

19

REVUE PRO PRÁVO A TECHNOLOGIE

Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity

ROČNÍK 10 / ROK 2019 / ČÍSLO 19

REVUE.LAW.MUNI.CZ

České právo a informační technologie 2019

pořádá Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity
cyber.law.muni.cz

Konference bude rozdělena na plenární panelovou diskusi a jednání v šesti odborných sekcích. Pořadatel konference vyzývá zájemce o aktivní účast, aby hlásili své příspěvky do následujících odborných sekcí. Písemná vyhotovení příspěvků budou nabídnuta k publikaci v recenzovaném časopisu Revue pro právo a technologie (revue.law.muni.cz).

Účastnický poplatek
1190 Kč

Registrace a další
informace na webu
cpit.law.muni.cz

Předběžný program konference

Čtvrtek 26. 9. 2019

13:00 - 14:00 registrace

14:00 - 15:30 plenární panelová diskuse

Práva k datům a umělá inteligence

Panelisté: Jiří Čermák; Radim Polčák;

Matěj Myška; (další panelisté: TBA)

15:30 - 16:00 přestávka na kávu

16:00 - 17:30 paralelní sekce

1. Právní informatika

moderuje Jakub Harašta (ÚPT PrF MUNI)

2. Limity autorského práva

moderuje Matěj Myška (ÚPT PrF MUNI)

19:00 - 22:00 večeře a networking
 restaurace Sborovna

Pátek 27. 9. 2019

8:00 - 9:00 registrace

9:00 - 10:30 paralelní sekce

3. Platformy, ISP a jejich odpovědnost

moderuje Pavel Loutocký (ÚPT PrF MUNI)

4. Ochrana osobních údajů

moderuje Jakub Míšek (ÚPT PrF MUNI)

10:30 - 11:00 přestávka na kávu

11:00 - 12:30 paralelní sekce

5. Kybernetická bezpečnost a obrana

moderuje Ivana Kudláčková (ÚPT PrF MUNI)

6. Ochrana soukromí v moderní společnosti

moderuje František Kasl (ÚPT PrF MUNI)

12:30 - 14:00 individuální konzultace

REVUE PRO PRÁVO A TECHNOLOGIE

ROČNÍK 10 | ROK 2019 | ČÍSLO 19

DISKUZE

John A. Gealfow, Christian May: Anonymizace osobních údajů v soudních rozhodnutích	3
Katarína Kesselová: Cezhraničný přístup k elektronickým dokazom v trestných veciach. Visí vo vzduchu evrópsky Cloud Act?	41
Štěpán Richter: Právní problematika loot boxů	69

ANOTACE

D. Galajdová, F. Kasl, I. Kudláčková, P. Loutocký, J. Míšek, T. Novotná, J. Svoboda, J. Zibner, V. Žolnerčíková: Přehled aktuální judikatury I/2019	87
--	----

RECENZE

Tereza Novotná: Ashley, Kevin D. Artificial Intelligence and Legal Analytics	125
---	-----

TÉMA

Jan Svoboda: Veřejné zakázky v oblasti ICT a problém závislosti zadavatele	135
---	-----

Revue pro právo a technologie

Odborný recenzovaný časopis pro technologické obory práva a právní vědy zařazený na Seznamu recenzovaných neimpaktovaných periodik vydávaných v České republice a v databázi ERIH PLUS.

Recenzovány jsou příspěvky v sekci Diskuze a Téma.

Vychází dvakrát ročně. Toto číslo vyšlo 30. 6. 2019.

ISSN 1804-5383 (Print), ISSN 1805-2797 (Online), Ev. č. MK ČR E 19707

Vydává Masarykova univerzita, Žerotínovo nám. 9, 601 77 Brno, ČR, IČ 00216224

Šéfredaktor a kontaktní osoba: JUDr. Matěj Myška, Ph.D., Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Veveří 70, 611 80 Brno, ČR, tel: + 420 549 494 751, fax: + 420 541 210 604, e-mail: revue@law.muni.cz | www.revue.law.muni.cz

Zástupce šéfredaktora: Ing. Mgr. František Kasl

Redakce: JUDr. Jakub Harašta, Ph.D., Mgr. MgA. Jakub Míšek

Tajemnice redakce: Anna Blechová

Editorkey: Anna Štefanidesová, Anna Blechová

Redakční rada: doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D. (čestný předseda), JUDr. Zuzana Adamová, Ph.D., prof. JUDr. Michael Bogdan, B.A., LL.M., jur. dr. (Lund), JUDr. Marie Brejchová, LL.M., JUDr. Jiří Čermák, doc. JUDr. Bc. Tomáš Gřivna, Ph.D., doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D., JUDr. Bc. Zdeněk Kučera, Ph.D., Mgr. Ing. Zbyněk Loeb, LL.M., JUDr. Ján Matejka, Ph.D., prof. RNDr. Václav Matyáš, M.Sc., Ph.D., JUDr. Matěj Myška, Ph.D., Mgr. Antonín Panák, LL.M., Mgr. Bc. Adam Ptašník, Ph.D., JUDr. Danuše Spáčilová, JUDr. Eduard Szattler, Ph.D., JUDr. Tomáš Ščerba, Ph.D.

Grafická úprava: Mgr. Martin Loučka, JUDr. Matěj Myška, Ph.D.

Tisk: POINT CZ, s.r.o., Milady Horákové 20, 602 00 Brno

Vydání tohoto čísla časopisu Revue pro právo a technologie bylo financováno z projektu „Právo a technologie VII“, MUNI/A/1006/2018.

Časopis © Masarykova univerzita, 2019

POKYNY PRO AUTORY

Revue pro právo a technologie je specializovaným odborným recenzovaným časopisem, který je zaměřen na technologické obory práva a právní vědy.

Časopis je zařazen od 1. 1. 2015 na Seznam recenzovaných neimpaktovaných periodik vydávaných v ČR a od 24. 6. 2015 do databáze ERIH PLUS.

Příspěvky zaslané do sekcí Téma a Diskuze jsou anonymně posuzovány minimálně dvěma nezávislými recenzenty a konečné rozhodnutí o publikaci příspěvků zaslaných do všech sekcí je v kompetenci redakční rady. Orientační doba recenze je jeden měsíc. Články neprochází jazykovou korekturou.

Příspěvky se podávají prostřednictvím redakčního systému dostupného na adrese www.revue.law.muni.cz.

DOPORUČENÝ ROZSAH PŘÍSPĚVKŮ:

Sekce Téma: 30 – 80 normostran

Sekce Diskuze: 5 – 30 normostran

Sekce Anotace: 2 – 10 normostran

Sekce Recenze: 1 – 5 normostran

(včetně mezer, poznámek pod čarou a seznamu použitých zdrojů)

CITAČNÍ STANDARD

Použité prameny je nutné citovat v souladu s citační směrnicí ČSN ISO 690:2011.

Způsob citování a praktické příklady jsou dostupné v interpretacích normy ISO 690:2011, které jsou dostupné např. na www.ezdroje.muni.cz/prehled/zdroj.php?lang=cs&id=441.

Na jednotlivé prameny se odkazuje v textu číslem poznámky psané horním indexem (metoda průběžných poznámek).

TERMÍNY PRO DODÁNÍ PŘÍSPĚVKŮ

Do letního čísla: 31. března

Do zimního čísla: 30. září

Časopis se hlásí k politice otevřeného přístupu realizovaného zlatou cestou.

Časopis a příspěvky jsou dostupné na webových stránkách časopisu www.revue.law.muni.cz za veřejně dostupných licenčních podmínek Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International (dostupné on-line na adrese <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>).

Příspěvky jsou přebírány do příslušných elektronických právních informačních systémů společností Wolters Kluwer ČR, a. s. (ASPI), Nakladatelství C. H. BECK, s. r. o. (beck-online.cz) a ATLAS consulting spol. s r. o. (CODEXIS).

Detailní informace ohledně publikačního procesu, struktury a formálních náležitostí příspěvků, recenzního řízení a autorských práv jsou dostupné v sekci „Pro autory“ na webu časopisu www.revue.law.muni.cz resp. Vám je na vyžádání ráda sdělí redakce (kontaktní e-mail: revue@law.muni.cz).

<https://doi.org/10.5817/RPT2019-1-1>

ANONYMIZACE OSOBNÍCH ÚDAJŮ V SOUDNÍCH ROZHODNUTÍCH

JOHN A. GEALFOW¹, CHRISTIAN MAY²

ABSTRAKT

Míra anonymizace osobních údajů obsažených v rozsudcích tuzemských soudů je značně nejednotná. Přístup jednotlivých soudů závisí na nejasných kritériích, často je patrné, že se soud jakožto povinný subjekt podle zákona o svobodném přístupu k informacím nad nimi ani nepozastavil. Pomocí analýzy základních principů jednotlivých druhů soudního řízení a principů, na kterých je založeno právo na informace, ochrana osobních údajů a také filozofie ochrany základních práv, lze ovšem dojít k závěru o tom, jaká míra anonymizace se má v konkrétním případě zvolit. Tento článek kritizuje praxi českých soudů, které při zodpovídání žádostí na informace neprovádí žádné vyvažování práva na soukromí a práva na informace, namísto toho bez jakéhokoliv odůvodnění dogmaticky rozhodují na jednu či druhou stranu. Častěji na stranu, že je nutné trvat na úplné anonymizaci. Tento stav – nedostatek odůvodnění a selhání v rozpoznání kolize dvou základních práv, jež je nutné prostřednictvím testu

¹ Mgr. Bc. John A. Gealfow je studentem dvojího doktorského studia, které vykonává na *École de droit de la Sorbonne* v Paříži v oboru srovnávacího práva a na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v oboru právní teorie. Jeho dizertační výzkum se věnuje tématu *Princip právní jistoty a jeho role v právním státu*. Tento článek byl sepsán díky podpoře z projektu specifického výzkumu č. MUNI/A/0837/2017 s názvem „*Informace o rozhodovací činnosti soudů v trestních věcech: teorie a praxe*“, jež se věnuje empirickému zjišťování faktické možnosti dostat se k informacím o rozhodovací činnosti českých soudů na základě zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím.

² Mgr. Christian May je advokátním koncipientem v advokátní kanceláři JUDr. Ivy Kremplové, kde se věnuje zejména obchodnímu právu a ochraně osobních údajů.

proporcionality vyvažovat – je podle autorů článku porušením práva na informace.

KLÍČOVÁ SLOVA

právo na soukromí, svobodným přístup k informacím, anonymizace, přístup k soudním rozhodnutím, test proporcionality, otevřenost justice, informace o trestním odsouzení, informace o trestním řízení, kontrola veřejnosti

ABSTRACT

The extent of personal data anonymization contained in judgements of domestic courts has never been unified. The approach of individual courts depends on unclear criteria, which, from the point of view of current legislation, cannot be unequivocally determined. It is, however, possible to determine certain limits of the anonymization of personal data in court decisions using the analysis of basic principles of individual types of judicial proceedings together with principles of the right to the access to information, protection of personal data and philosophy of protection of human rights. This article criticizes the way in which Czech courts as public subjects obliged to provide information based on the Czech statute about free access to information for the reason that the courts fail to recognize that there can be no dogmatic answer about what type of personal data should be anonymized applicable to all cases. The courts fail to recognize the conflict between two human rights – right to privacy and right to the access to information. The courts must provide reasoning, which right should outweigh the other in particular case based on the circumstances of the information asked (e.g. information about publicly active person) and on the circumstances of the person demanding the information (motivation of the person and the purpose information will be used for, also the public interest in having the information public). Authors conclude that without proper reasoning about these criteria the constitutional right to the access to information is violated.

KEYWORDS

right to privacy, free access to information, anonymization, access to judicial decisions, proportionality test, transparency of the judiciary, information about criminal conviction, information about criminal proceedings, public oversight

1. ÚVOD

Tento článek se zabývá otázkou anonymizace osobních údajů v trestních rozsudcích okresních soudů v České republice. Na interpretační problém a nekonzistentní praxi jsme narazili v rámci provádění empirického výzkumu, který zkoumal problematiku přístupu k těmto rozhodnutím prostřednictvím práva na svobodný přístup k informacím. Předmětné rozsudky mají sloužit jako podkladový materiál pro empirický výzkum vyžadující demografické údaje o pachatelích trestných činů. Z toho důvodu byly soudy požádány o poskytnutí množiny rozhodnutí a provedení nižší míry anonymizace osobních údajů v nich obsažených. Naše konkrétní prosba směřovala k tomu, aby soudy neanonymizovaly rok narození pachatele trestného činu a jeho křestní jméno. Důvodem pro tento požadavek byl zájem zjistit, zda věk pachatele může mít vliv na výši uloženého trestu. Stejný důvod měl i náš požadavek na zachování křestního jména – pohlaví pachatele je také jednou z možných proměnných, které mohou soudce při ukládání trestu ovlivnit. Kvůli ne zcela vhodné praxi českých soudů, kdy soudní rozhodnutí často uvádí neutrální pojem „obžalovaný“, ač se jedná o ženu, jsme chtěli disponovat křestními jmény pachatelů, abychom měli jednoznačné vodítko k určení pohlaví pachatele.

Tento článek se nevěnuje samotnému empirickému výzkumu, jehož průběh a závěry jsou popsány v článku, který je předmětem recenzního řízení v jiném periodiku, nýbrž se věnuje řešení interpretačních problémů pro standardy ochrany osobních údajů při poskytování soudních rozhodnutí. Při vyhodnocování rozhodovací praxe týkající se poskytnutí informací jsme identifikovali velké interpretační rozdíly v míře anonymizace soudních rozhodnutí. To se projevuje v rozdělení soudů do dvou skupin. Na základě to-

tožných žádostí některé soudy anonymizovaly veškeré osobní údaje v rozhodnutích s odkazem na zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, se stanoviskem, že na tomto podkladě dokonce mají povinnost veškeré údaje anonymizovat a nesmí z tohoto činit výjimky. Některé soudy část osobních údajů anonymizovaly, jejich postup však lze nazvat určitou „minimalistickou anonymizací“. Tyto soudy anonymizovaly pouze část údajů a v rozhodnutí ponechaly údaje, u kterých jsme výslovně požádali o jejich neanonymizování. Zároveň uvedly upozornění, že se jedná o jistou benevolenci a že zbytek údajů se anonymizovat musí.

Tento příspěvek analyzuje právní úpravu pro zodpovězení otázky, za jakých okolností a zda vůbec má dojít k anonymizaci osobních údajů obsažených v soudních rozhodnutích. Je nutné v tomto ohledu vyvážit více různých ústavněprávních hodnot – je to právo na soukromí na jedné straně, na druhé straně je pak právo na informace, dále otevřenost justice, záruky této otevřenosti a možnost její kontroly, v neposlední řadě pak právo na svobodu projevu, pro jehož realizaci je dostupnost informací nezbytnou podmínkou.

Cílem tohoto článku je tak analýza argumentů, které pro zdůvodnění svého rozhodnutí různé soudy využily. Chceme normativně vyřešit otázku, který ze soudních táborů interpretoval právní úpravu anonymizace osobních údajů při uplatňování práva na informace správně a ústavně konformně. Je totiž zarážející, že jsme se ze strany soudní soustavy při stejných požadavcích argumentujících totožnou právní úpravou setkali se dvěma zcela odlišnými právními závěry, které si soudy vždy zdůvodnily platnou a účinnou právní úpravou. To ukazuje na existující interpretační problém, který se nám snad tímto článkem podaří alespoň částečně osvětlit.

2. ANONYMIZACE OSOBNÍCH ÚDAJŮ PODLE ČESKÉHO PRÁVA

Svobodný přístup k informacím je základním právem zaručeným čl. 17 Listiny základních práv a svobod. Tento článek ve svém odst. 4 obsahuje právní normu stanovující, že právo vyhledávat a šířit informace lze omezit zákonem, jde-li o opatření v demokratické společnosti nezbytná pro ochranu práv a svobod druhých, bezpečnost státu, veřejnou bezpečnost,

ochranu veřejného zdraví a mravnosti.³ V případě osobních údajů v soudních rozsudcích bude relevantní hned první vymezený účel – ochrana práv a svobod druhých.

Jako v mnoha jiných případech, i zde se odehrává vyvažování mezi několika kolidujícími právy.⁴ Zatímco na jedné straně je legitimní získávat informace o činnosti státu a jeho orgánů (resp. nestátních nositelů a vykonavatelů veřejné moci), kolidujícím právem je zde soukromí osob, které jsou touto činností státu dotčeny nebo kterých se tato rozhodovací činnost týká. Tato dvě práva jsou na zákonné úrovni konkretizována – zákonem č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, a zákonem č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů. Alespoň touto právní úpravou se soudy měly řídit v době podávání žádostí o informace na začátku roku 2018. V mezidobí ještě vstoupilo v účinnost také Nařízení Evropského parlamentu a Rady 2016/679, o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (dále jen “obecné nařízení o ochraně osobních údajů” či jen “Nařízení”).

Zákon o svobodném přístupu k informacím ve svém § 11 odst. 4 písm. b) uvádí, že povinné subjekty neposkytnou informace o rozhodovací činnosti soudů s výjimkou rozsudků. Z toho lze a *contrario* dovodit, že soudy rozsudky musejí poskytnout.⁵ V našem případě pouze řešíme otázku,

³ Povahou práva na informace jako základního lidského práva se zabývá i s ohledem na mezinárodněprávní úpravu KOLMAN, Jiří. Právo na informace jako základní lidské právo. *Právní prostor*. Publikováno 7.1.2016, citováno dne 23.1.2016. Dostupné online: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/ustavni-pravo/pravo-na-informace-jako-zakladni-lidske-pravo>

⁴ Základ pro teorii tohoto vážení mezi kolidujícími právy položil Robert Alexy, přičemž jeho teoriemi se inspirovaly mnohé ústavní soudy včetně toho českého. Více viz ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*, č. 4, 2015, s. 22.

⁵ Sporné a kritizovatelné v této souvislosti je to, že rozsudek není jedinou formou rozhodnutí soudu, kterou se řízení končí. I usnesením se totiž někdy může rozhodovat meritorně. Z toho důvodu je tato právní norma někdy označována za nesystematickou a je navrhováno její vypuštění či změnu. K tomu srov. FUREK, Adam. ROTHANZL, Lukáš. JIROVEC, Tomáš. *Zákon o svobodném přístupu k informacím. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2016, s. 543. Z perspektivy našeho empirického výzkumu chceme podotknout, že toto nám vůbec nečinilo problémy. Nesetkali jsme se s jedinou instancí problému, kdy by nám soudy odmítly vydat trestní příkaz, kterým se někdy o spáchaném činu podle námi vymezených kritérií rozhodlo, protože by zastávaly názor, že je možné vydávat pouze rozsudky.

v jakém rozsahu tak jsou povinny učinit. Součástí rozsudků jsou totiž taktéž osobní údaje soukromých osob, přičemž tyto osoby mohou být zpřístupněním svých údajů třetím osobám dotčeny na svých právech.

Na situaci, kdy žádaná informace obsahuje i osobní údaje, reaguje § 8a zákona o svobodném přístupu k informacím. Toto ustanovení stanovuje, že informace týkající se osobnosti, projevů osobní povahy, soukromí fyzické osoby a osobní údaje poskytne povinný subjekt pouze v souladu s právními předpisy, které upravují jejich ochranu. Ochrana těmto hodnotám je poskytována jak cestou soukromoprávní, tak cestou veřejnoprávní. Soukromoprávní ochrana je poskytována ustanoveními § 81-90 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.⁶ Veřejnoprávní ochrana je v současné době poskytována zejména obecným nařízením o ochraně osobních údajů, v otázkách nekolidujících s touto evropskou právní úpravou i již téměř obsoletním zákonem o ochraně osobních údajů.⁷ V tomto ohledu je pak třeba zkoumat, v jakých případech a za jakých podmínek je poskytnutí osobních údajů v souladu s těmito předpisy.

2.1 REZORTNÍ ÚPRAVA PRO OSOBNÍ ÚDAJE V ROZSUDCÍCH

Je třeba zmínit ještě provádějící právní úpravu, která dopadá konkrétně na poskytování informací o rozhodovací činnosti soudů. Jedná se o Instrukci

⁶ Na tomto místě je třeba podotknout, že projev osobní povahy je základním pojmem soukromoprávní ochrany osobnosti není totožný s pojmem osobní údaj. Oba tyto instituty mají samostatnou povahu, na druhou stranu může v konkrétních případech docházet k překryvu. FUREK, Adam. ROTHANZL, Lukáš. JIROVEC, Tomáš. *Zákon o svobodném přístupu k informacím. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2016, s. 393.

⁷ Odpověď na otázku, do jaké míry je zákon o ochraně osobních údajů stále účinný a do jaké míry obsoletní, by přesahovala možnosti tohoto článku. V krátkosti je ale možné říci, že Obecné nařízení se samozřejmě z hlediska své přímé použitelnosti a z hlediska přednosti evropského práva bude aplikovat primárně, zatímco zákon o ochraně osobních údajů je možné použít pouze v oblastech, které Obecné nařízení neupravuje. Úřad pro ochranu osobních údajů předpokládal, že situace, ve které se nacházíme, vůbec nenastane, protože před účinností Nařízení dojde k přijetí adaptačního zákona, který zákon o ochraně osobních údajů zruší. Srov. Základní příručka k GDPR. *Úřad pro ochranu osobních údajů*. Citováno dne: 23.1.2019. Dostupné online: <https://www.uoou.cz/zakladni-prirucka-k-gdpr/ds-4744/archiv=0&p1=4726>. Tak se nestalo, v době psaní tohoto článku je návrh zákona o zpracování osobních údajů předložený Ministerstvem vnitra v srpnu 2017 teprve po druhém čtení v Poslanecké sněmovně. Tento návrh skutečně zákon o ochraně osobních údajů v § 65 ruší. Do té doby je ovšem tento zákon stále součástí právního řádu.

Ministerstva spravedlnosti ze dne 24. července 2009, č.j. 13/2008-SOSV-SP, kterou se provádějí některá ustanovení zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím (dále jen „Instrukce“). Tímto interním normativním předpisem Ministerstvo spravedlnosti jakožto dohlížejší orgán nad resortem justice konkretizovalo úpravu zákona o svobodném přístupu k informacím za účelem zajištění jednotného postupu u jednotlivých povinných subjektů spadajících do resortu.

V naší záležitosti je podstatný zejména § 5 odst. 4 Instrukce, podle kterého povinný subjekt v případě žádostí o informace, které směřují k pravomocným rozsudkům, posoudí, zda tento rozsudek obsahuje chráněné informace. Těmi jsou vedle osobních údajů také utajované informace, obchodní tajemství apod. Toto ustanovení také výslovně zakotvuje, že soud má vycházet z respektu k principu minimalizace a selekce, které jsou zakotveny v § 12 zákona o svobodném přístupu k informacím.

V § 6 odst. 7 Instrukce je obsažena další pro předmětnou problematiku důležitá norma, která stanoví rozsah anonymizace. Ta má probíhat tak, že povinný subjekt v záhlaví i samotném textu rozsudku znečitelní **příjmení (vyjma iniciály), adresu a datum narození fyzických osob** (s výjimkou jmen a příjmení soudců, státních zástupců, advokátů, znalců a jiných obdobných osob). Výslovně je stanoveno, že (křestní) jméno soud v rozsudku ponechá, ledaže by uvedení jména společně s částečně anonymizovaným příjmením a obsahem rozsudku umožnilo snadnou identifikaci fyzické osoby, přičemž tato identifikace by představovala neoprávněný zásah do chráněného práva. Pokud by se tak stalo, soud má znečitelnit jak příjmení, tak jméno fyzické osoby na pouhé iniciály.

Již zde je tak možné konstatovat, že soudy, jež přistoupily k úplné anonymizaci, postupovaly v rozporu s touto Instrukcí tím, že nevyhověly žádosti o neanonymizování křestních jmen. Křestní jména by totiž neměla být anonymizována jako obecné pravidlo, bez ohledu na to, zda k tomu žadatel sdělil svoje stanovisko nebo nikoliv. U tak generického a častého trestného činu, jakým je krádež, je identifikace pachatele pouze na základě křestního jména a údajů obsažených v rozsudku prakticky vyloučena. I kdyby ovšem nebyla, soud by pochybil, pokud by nezdůvodnil, z jakých důvodů toto

riziko spatřuje. V odůvodnění se tomuto nevěnoval žádný soud, který odmítl poskytnout neanonymizovaná křestní jména.⁸

Otázka roku narození je již složitější, protože výslovnou odpověď pro to, že se má rok narození poskytovat, již v Instrukci Ministerstva spravedlnosti nenalezneme. Větu, že povinný subjekt v záhlaví rozsudku i v samotném textu znečitelní datum narození fyzických osob, bychom mohli vykládat úzce či široce. Mohli bychom se ptát, zda výraz „datum“ narození poukazuje skutečně pouze na datum v užším slova smyslu, tedy pouze měsíc a den, nebo jestli se datem narození myslí den, měsíc i rok. Snad naše předcházející teze nebude čtenářem vykládána tak, že se na tomto místě pokoušíme ohnout vcelku jasný termín „datum“, který se v běžné mluvě používá pro označení dne, měsíce i roku. Je totiž vhodné uvést, že se zveřejňováním roku narození zákon o svobodném přístupu k informacím principiálně nemá problém. Naopak kupříkladu § 8b odst. 3 tohoto zákona rok narození výslovně vymezuje jako informace, které se mají poskytnout o příjemcích veřejných prostředků. I na základě zákona o svobodném přístupu k informacím je tak rozlišováno mezi dnem a měsícem narození na jedné straně a rokem narození na straně druhé. Tento rozdíl pouze není reflektován Instrukcí.

Mohli bychom se na tomto místě pustit do rozsáhlého jazykového výkladu a zkoumání toho, v jakých právních předpisech je legislativní termín „data“ či „data narození“ definován. Argumentace může totiž směřovat na obě dvě strany. Je ovšem třeba se ptát, proč je na jedné straně akcentován rozdíl mezi jménem a příjmením, u data a roku narození ale tento rozdíl akcentovaný není, přičemž vliv na možnost identifikace je podobný.

Úmysl normotvůrce v případě Instrukce patrně směřoval k anonymizaci dne, měsíce i roku. Je ovšem otázkou, jestli v případě takto nejasného slovního spojení nemá převážít spíše výklad podle účelu právního předpisu

⁸ V případě našeho empirického výzkumu se jednalo o Obvodní soud pro Prahu 4 a Obvodní soud pro Prahu 2, které výslovně uvedly, že je nutné aplikovat Instrukci, ovšem přesto došlo k anonymizaci křestních jmen. U mnoha dalších soudů došlo k anonymizaci, ovšem často bez jakékoliv úvahy či zmínky jakéhokoliv normativního předpisu vyjma obecného odkazu na zákon o ochraně osobních údajů.

a výklad ústavně-konformní. Domníváme se, že tyto dvě výkladové metody poskytují stejnou odpověď.

Jak bude vypadat teleologický výklad této právní normy? Účelem je na jednu stranu ochrana soukromí a osobních údajů fyzických osob, na druhou stranu se ale Instrukce snaží zjevně vyvážit toto právo i s právem na informace. Je sice možné argumentovat, že soukromá osoba nemůže disponovat žádným oprávněným zájmem na vědomosti o detailech soudního řízení týkajícího se jiné soukromé osoby. Těchto zájmů však může být více, v následující kapitole o účelu trestu se budeme touto otázkou ještě více zabývat a ukážeme, že i u soukromé osoby bez osobního zapojení může být legitimní zájem na informacích o trestním řízení jiné osoby. Na druhou stranu je ale třeba uvést, že k tomuto konfliktu mezi právem na soukromí a právem na informace vůbec nemusí dojít, pokud je anonymizace provedena – tedy pokud není možné identifikovat konkrétní osobu. Bez možnosti identifikovat konkrétní osobu totiž nemůže dojít ani k žádnému zásahu do práva na soukromí.⁹

Pokud se Instrukce Ministerstva spravedlnosti velmi pečlivě snaží vymezit případy týkající se anonymizace křestního jména, činí tak právě z toho důvodu, aby nebylo možné snadno identifikovat osobu, které se dané rozhodnutí týká. Proč by ale mělo dojít k takovému uvažování pouze u křestního jména, které samo o sobě není způsobilé identifikovat konkrétní osobu, když rok narození sám o sobě této identifikace není taktéž schopen? Když víme, že krádeže v Lidlu v Blansku se dopustil Petr M., který se narodil v roce 1973, samotný rok narození nám zásadní znalost nepřinese. Z toho důvodu se domníváme, že pokud je výchozím přístupem poskytování křestního jména (nejsou-li dány zvláštní důvody pro jeho neposkytnutí), pak by se měl taktéž poskytovat i rok narození (opět však pouze

⁹ Zde je samozřejmě možné podotknout, že možnost identifikace se těžko posuzuje dopředu, ovšem že s každým údajem obsaženým navíc se riziko identifikace zvyšuje. Touto otázkou se budeme zabývat ještě dále v textu, na tomto místě pouze uvádíme, že při nemožnosti identifikace osoby (např. při poskytnutí pouze zcela kusých informací či klidně i jména a příjmení, které jsou ovšem zcela běžné a zaměnitelné, jako např. Petr Novák, při anonymizaci apod.) se vůbec nejedná o zásah do práva na soukromí. V případě, kdy je identifikace možná, se již o zásah do práva na soukromí jedná, ovšem ještě se nemusí jednat o zásah nepřipustný, protože je nutné provést test proporcionality – viz dále.

pokud nejsou dány důvody pro jeho neposkytnutí). Účelem právních předpisů upravujících právo na informace je informace poskytnout – limitem je to, pokud by poskytnutím bylo zasaženo do práv jiného. Bylo by v rozporu s tímto účelem, pokud by nebyla poskytnuta informace, která není způsobilá zasáhnout do práv jiného.

Stejný závěr dle našeho názoru poskytuje i ústavněprávní výklad. Na základě obecné teze, že při omezování jakéhokoliv základního práva do tohoto práva máme zasáhnout co nejšetrněji a udělat tento zásah co nejminimalističtější, můžeme totéž vyvodit i do zásahu do práva na informace.¹⁰ Právo na informace omezuje právo na soukromí. Pokud nebude soukromí konkrétní osoby zasaženo, není v souladu s ústavním pořádkem, dojde-li přesto k omezení práva žadatele na informace.¹¹

Situace je pochopitelně komplikovanější tím, že soud nikdy nemůže vědět, jestli k identifikaci nakonec dojde nebo nedojde – jestli jsou informace pro identifikaci dostatečné nebo nedostatečné. Bavíme se pouze o určité míře rizika, která s každým poskytnutým údajem pochopitelně roste. Přesto se domníváme, že paušální závěr o neposkytování roku

¹⁰ Právo na informace je velmi úzce spojeno s právem na svobodu projevu, zejména v případě judikatury Evropského soudu pro lidská práva, protože Úmluva v čl. 10 zakotvuje zejména právo na svobodu projevu a právo na informace se dlouhou dobu vyvíjelo pouze jako přívažek, který se stal samostatným právem až po dlouhém judikatorním vývoji (srov. rozsudek ESLP ze dne 14. dubna 2009 ve věci Társaság a Szabadságjogokért proti Maďarsku, č. 37374/05, a dále rozsudek ESLP ze dne 26. května 2009 ve věci Kenedi proti Maďarsku, č. 31475/05. O principech vyvažování práva na svobodu projevu a práva na soukromí ve vztahu ke zveřejňování informací o soukromém životě osob srov. KMEC, Jiří. KOSAŘ, David. KRATOCHVÍL, Jan. BOBEK, Michal. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 910-912.

¹¹ Jedná se o porušení podmínky vhodnosti, jakožto jedné ze tří podmínek testu nezbytnosti v demokratické společnosti, což je poslední bod tříkrokového testu proporcionality používaného Ústavním soudem. Vhodnost je způsobilost prostředku k dosažení účelu omezení, v tomto případě ale k naplnění účelu vůbec nedojde, protože omezením jedné ústavněprávní hodnoty nedojde ke zvýšené ochraně u ústavněprávní hodnoty jiné. K tomu srov. WAGNEROVÁ, Eliška In: WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 26, či KOSAŘ, David. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*, č. 1, 2008, s. 7-8, ze kterého je možné zdůraznit zejména to, že krok identifikace základních práv, jež stojí v kolizi, může působit nadbytečně, je ale důležitý právě z toho hlediska, aby se nechránilo pouze jedno ze základních práv a vůbec se ani nezvažil důsledek pro jiné základní právo, které soud ve své úvaze vůbec nezohlednil.

narození není ústavně konformní a není ani v souladu s principy, na kterých je postaven zákon o svobodném přístupu k informacím. Závěrečná myšlenka této kapitoly (a zároveň myšlenka prostupující celý článek) je, že k veškerému posuzování toho, jestli má dojít k poskytnutí informace, **musí docházet s ohledem na konkrétní okolnosti** a s přihlédnutím k riziku zjištění přesné totožnosti dotčené osoby, k oprávněnému zájmu žadatele, k veřejnému zájmu apod. Činit paušální závěry o poskytnutí konkrétního údaje bez uvažování nad konkrétními okolnostmi čistě z díkce právního předpisu (*nota bene* když předmětná Instrukce je pouhým interním normativním předpisem, není dokonce ani podzákonnou právní úpravou)¹² je v rozporu s filozofií, na které je postaven ústavní pořádek, ochrana základních práv a ostatně i zákon o svobodném přístupu k informacím.¹³

¹² Interní normativní akty nejsou prameny práva, i když mají normativní charakter. Jsou závazné na základě právních předpisů. Jsou závazné jen pro toho, kdo je na základě zákona účastníkem určitého vztahu, kterého se týkají (např. člen akademické obce či úředník ve služebním poměru). Srov. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 6. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 73. Je ovšem třeba zdůraznit, že i interní normativní předpisy mají své působení na externí subjekty. Zaměstnanec úřadu např. nevydává určité rozhodnutí, pokud by to bylo v rozporu s jejich vnitřní instrukcí, i když tato instrukce je závazná pouze pro něj jako zaměstnance, nikoliv pro občana požadujícího vydání rozhodnutí. Existence tohoto interního normativního aktu tedy může zasáhnout do práv jednotlivce. Vzhledem k tomu, že zasahovat do práv a povinností jednotlivců ze strany státu je možné pouze na základě zákona, je i zde požadavek toho, aby založení práv a povinností bylo učiněno zákonnou úpravou a interní normativní instrukcí bylo toto pouze více specifikováno.

¹³ Obdobný případ, kdy byla obecným právním předpisem zakotvena povinnost anonymizovat veškeré osobní údaje, představují GRUODYTÉ, Edita. MILČIUVIENĚ, Saulė. Anonymization of Court Decisions: Are Restrictions on the Right to Information in “Accordance with the Law”? *Baltic Journal of Law & Politics*. Roč. 9, č. 2, 2016, s. 166. Autoři kritizují zakotvení této povinnosti v litevském právním řádu. Je třeba podotknout, že tato povinnost byla zakotvena rozhodnutím Justiční rady, dokonce tedy orgánem moci soudní. Svoji kritiku zakládají na obdobných důvodech, na kterých je založena argumentace tohoto článku – nedostatečnost vyvažování lidských práv a zároveň zasažení do samotného jádra práva na informace, které je podle autorů zcela potlačeno, nikoliv pouze omezeno. Navíc se přidává ještě prvek dělby moci a porušení předpokladu testu proporcionality o tom, že práva lze omezit pouze zákonem, zde je ale omezuje dokonce justiční orgán svým rozhodnutím. Zajímavé je také podotknout, že Česká republika se stala součástí analýzy autorů tím, že je jedná z poměrně malého počtu zemí Evropské unie (podle autorů společně s Nizozemím, Maďarskem, Estonskem a Litvou), kde jsou soudní rozhodnutí anonymizována jako pravidlo, ze kterého jsou občasné výjimky. Tamtéž, s. 165.

2.2 DOVODILI BYCHOM STEJNÝ ZÁVĚR I NA ZÁKLADĚ ZÁKONNÉ ÚPRAVY?

K výše uvedenému závěru jsme dospěli na základě interního normativního předpisu. Jedná se však o řešení, které není zcela uspokojivé, proto považujeme další analýzu problematiky za zcela nezbytnou. Jaká by nastala situace, kdyby předpis jako Instrukce Ministerstva spravedlnosti neexistoval? Nemusí se přitom jednat o samoúčelnou a hypotetickou otázku. Některé žadatele přitom mohou zajímat informace o rozhodovací činnosti orgánů samosprávy, státní správy, profesní samosprávy či jiných obdobných subjektů, v těchto rezortech se přitom ústřední orgány nemusely uchýlit k tvorbě podobné standardizační úpravy. V následujícím textu se pokusíme dovést, že shodné stanovisko lze vyčíst i z obecné zákonné právní úpravy.

Existence úpravy jako je Instrukce Ministerstva spravedlnosti je žádoucí. Zákonná úprava je totiž nadmíru obecná a vyjma abstraktních klauzulí nám sama o sobě v popisovaných složitějších otázkách odpověď nedává. Tomu ostatně přisvědčují i odpovědi soudů na naše žádosti o informace. Z nich je patrné, že mnoho z nich o existenci Instrukce nemělo ani ponětí.¹⁴ Neradi bychom ale opomněli ještě jednu klíčovou otázku – a to totiž tu, že jakékoliv omezení základního práva by mělo být provedeno na základě zákona.¹⁵ V případě Instrukce, která má povahu interního normativního předpisu, má smysl se ptát, jestli je toto kritérium naplněno. Pokud by obsah Instrukce byl skutečně pouze provedením a konkretizací zákonných ustanovení, kritérium omezení zákonem by bylo splněno. Je ovšem třeba podotknout, že

¹⁴ Z celkem 67 případů, kdy soudy ve svém rozhodnutí argumentovaly právní úpravou anonymizace, byla tato Instrukce zmíněna pouze v 7 z těchto případů (konkrétně ji zmínily Obvodní soud pro Prahu 2, pro Prahu 3 a pro Prahu 4 a dále pak Okresní soud v Nymburce, v Kolíně, Kutné Hoře a Mělníku, všechny ostatní soudy se aplikací této směrnice výslovně nezabývaly a lze předpokládat, že mnoho z nich o její existenci ani neví). Zajímavé jsou případy Obvodního soudu pro Prahu 2 a Obvodního soudu pro Prahu 4, které zdůrazňovaly nutnost aplikace Instrukce a nemožnost se od ní odchýlit (výslovně je zmíněno, že ačkoliv se nejedná o podzákonný předpis, jedná se o rezortní předpis, kterým jsou soudy vázány), přesto došlo k anonymizaci křestních jmen, přestože křestní jména být anonymizována nemají, pokud k tomu není zvláštní důvod. V tomto se ale domníváme, že pokud by soud takový důvod shledal, bylo by nutné toto výslovně zdůvodnit v rozhodnutí soudu, k čemuž nedošlo. Vyvozujeme z toho, že tyto dva soudy sice o existenci Instrukce vědí, ovšem důkladně se neseznámily s jejím obsahem a používají argumentaci o nutnosti její aplikace spíše jako floskuli, než že by skutečně aplikovaly její obsah.

i přes naše převážně kladné hodnocení v předcházející kapitole je i úprava Instrukce poměrně restriktivní a dogmatická. I ona trpí tím, že pro některé případy zkrátka paušálně stanovuje, že má dojít k anonymizaci, ačkoliv to v konkrétním případě není důvodné.

Z komparativního hlediska je třeba připomenout jednu z mála právních norem našeho právního řádu, která konkretizuje otázku anonymizace soudních rozhodnutí. Nalezneme ji v § 59 odst. 3 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, přičemž předmětem její úpravy je rozsah informací o rozhodovací činnosti Ústavního soudu, který se má uveřejnit ve Sbírce rozhodnutí. Je přitom třeba zmínit i historický vývoj tohoto ustanovení. Toto ustanovení totiž původně znělo: „Z každého nálezu se ve Sbírce rozhodnutí uveřejňují jeho výrok a taková část odůvodnění, ze které je zřejmé, jaký je právní názor Ústavního soudu a jaké důvody k němu vedly. Údaje o totožnosti účastníků a vedlejších účastníků, jejich zástupců, svědků a znalců se neuveřejňují.“ S účinností od 1.1.2013 vlivem novely č. 404/2012 Sb. druhá věta tohoto ustanovení zní: „Údaje o totožnosti účastníků a vedlejších účastníků, jejich zástupců, svědků a znalců se neuveřejňují, stanoví-li tak zvláštní zákon nebo vyžadují-li to důležité zájmy těchto osob nebo státu anebo mravnost; rozhodnout o tom přísluší tomu, kdo řídí vydávání Sbírky

¹⁵ Jedná se o tzv. test legality, který je součástí třetího kroku pětistupňového testu omezení základních práv Evropským soudem pro lidská práva. Porušení tohoto pravidla automaticky znamená zásah do základního práva. Srov. KMEC, Jiří. KOSAŘ, David. KRATOCHVÍL, Jan. BOBEK, Michal. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 104: „Shledá-li ESLP porušení principu legality u jednoho ustanovení Úmluvy, znamená to tak v podstatě automaticky porušení i ostatních aplikovatelných ustanovení Úmluvy nebo Protokolů obsahujících tento princip.“ V kontextu aplikace Úmluvy je třeba podotknout, že test legality pojímá právo ve smyslu materiálním a nikoliv formálním – zahrnuje sem psané jako obsahující jak podzákonné právní předpisy, tak i vyhlášky přijaté profesními komorami v rámci samosprávné působnosti stanovené zákonodárcem. Je třeba doplnit, že je zde pnutí mezi českým překladem Úmluvy a jejím anglickým zněním. Judikatura ESLP se vydala tím směrem, že omezení musí být stanovena právem a musí být v souladu s právem, nikoliv že toto omezení musí být provedeno přímo zákonem. KMEC, Jiří. KOSAŘ, David. KRATOCHVÍL, Jan. BOBEK, Michal. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 106 cituje rozhodnutí Sanoma Uigevera B. V. proti Nizozemsku. I obecný normativní akt jako akt vydaný profesními organizacemi či dokonce věstníky vydané rektorem univerzity v Leyla Sahin proti Turecku jsou právem. Komponentami kvality práva jsou přitom dostupnost práva a předvídatelnost práva, dostatečné záruky před svévolnou aplikací práva. KMEC, Jiří. KOSAŘ, David. KRATOCHVÍL, Jan. BOBEK, Michal. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 107-109.

rozhodnutí.”¹⁶ Je zde tedy vidět posun od zásadního nezveřejňování údajů o totožnosti k jejich zveřejňování, pokud zde nejsou konkrétní důvody pro nezveřejnění. Znění tohoto ustanovení se projevilo i v tom, jaké údaje o totožnosti jsou nyní zjistitelné z databáze rozhodnutí Ústavního soudu NALUS. Od roku 2013 jsou v této databázi na základě vykládaného ustanovení dostupné jméno, příjmení a akademický titul účastníků a vedlejších účastníků.

To opět ukazuje na výraznou restriktivnost Instrukce, pokud ta z nezveřejňování příjmení nečiní žádné výjimky, přestože zákonná právní úprava má (ač v jiném případě) zveřejňování příjmení dokonce jako obecné pravidlo, pokud zde nejsou konkrétní důvody proti tomuto zveřejnění. Možnost zásahu do soukromí dotčené osoby je úplně stejná, jedná se taktéž o zveřejňování informací o soudním řízení.

To je jenom dalším důvodem zabývat se přímo zákonnou úpravou a jejím ústavně-konformním výkladem, protože se zdá, že Instrukce přes některé své výhody patrně postupuje nad rámec zákona, a není tak splněna podmínka, že k omezení základního práva musí docházet v rámci zákona.¹⁷

Při uplatňování práva na informace jsme také došli k závěru, že na základě současné zákonné úpravy specifikované Instrukcí Ministerstva spravedlnosti soudy zkrátka učiní o anonymizaci osobních údajů jakýkoliv závěr, jaký chtějí učinit, a to prakticky bez zdůvodnění. Právě z toho vychází diametrální roztržičnost rozhodování soudů v případech našich žádostí, které

¹⁶ BRENSKA, Gabriel. Nová úprava anonymizace rozhodnutí Ústavního soudu. *brenka.eu*. Publikováno dne 18. 9. 2013. Citováno dne 31. 10. 2018. Dostupné online: <http://brenka.eu/nova-uprava-anonymizace-rozhodnuti-ustavniho-soudu/>

¹⁷ V tomto je možné odkázat na FUREK, Adam. ROTHANZL, Lukáš. JIROVEC, Tomáš. *Zákon o svobodném přístupu k informacím. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2016, s. 396, podle kterého i na základě zákona o svobodném přístupu k informacím nemá ochrana osobních údajů absolutní přednost před právem na informace. Autoři komentáře uvádí: „*Jak ovšem ukazuje soudní rozhodovací praxe, ani rozsáhlé hájemství zákonem koncipované ochrany osobních údajů nemusí vést ve všech případech k závěru o přednosti této ochrany před právem na informace. Jinak řečeno, navzdory zákonem založenému vztahu mezi právem na informace a ochranou osobních údajů (k tomu podrobněji níže) nelze ve všech případech vycházet z předpokladu absolutní aplikační přednosti ochrany osobních údajů před právem na přístup k informacím.*“ Pausální závěr Instrukce o tom, že právo na soukromí ve své podobě ochrany osobních údajů má absolutní přednost, je tedy v rozporu s právní úpravou, kterou má pouze v jejích mezích provádět.

byly ovšem naprosto totožné. Soudy činily obecné výroky, dle kterých údajně musí na základě zákona o ochraně osobních údajů anonymizovat veškeré údaje, přestože tento zákon takto striktní (a navíc v podání soudů velmi přesně definované) stanovisko neobsahuje. Zákon o ochraně osobních údajů i směrnice, kterou tento zákon implementoval¹⁸, byly založeny na stejné filozofii.¹⁹ Obecné nařízení o ochraně osobních údajů opět přebírá stejné principy.²⁰

Uvedený postup soudů je jednoznačně špatný – nejde čistě jenom o nedostatek odůvodnění v tomto rozhodnutí, což je problém sám o sobě, problémem je i to, že se těmito otázkami soudy nezabývají ani vnitřně – jejich rozhodnutí jsou patrně činěna na základě intuicí těch, kdo dané rozhodnutí píší, a to bez seznámení se s obsahem právní úpravy a bez úvahy nad tím, že se zabývají kolizí dvou základních práv a že tomu by také mělo odpovídat to, čemu se ve svém uvažování věnují.²¹ Ústavní soud ve své judikatuře široce pojednává o tom, jak základní práva působí zprostředkovaně skrze jednotlivé normy podústavního práva tak, že „prozařují” podústavním právem²², a že soudy jsou povinny toto prozařování pečlivě vážít a brát v potaz tak, aby při výkladu či aplikaci norem podústavního práva zároveň chránily základní práva.²³ Z nálezu, ze kterého pochází poslední vyjádřená myšlenka, lze připomenout i to, že v případě kolize základních práv jako principů (na rozdíl od případu konfliktu norem podústavního práva) se Ústavní soud řídí příkazem k optimalizaci, tj. postulátem minima-

¹⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 95/46/ES ze dne 24. října 1995, o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (dále jen „Směrnice“).

¹⁹ Princip proporcionality byl zakotvený v čl. 6 odst. 1 písm. c) a v čl. 7 písm. c) a e) Směrnice. V tomto je možné odkázat na judikaturu Soudního dvora EU. V rozsudku ve spojených věcech C-92/09 a C-93/09 ze dne 9. listopadu 2010 Soudní dvůr uvedl, že právo na ochranu osobních dat není absolutním právem, ale musí být posuzováno ve vztahu k jeho funkci ve společnosti. Toto bylo dále rozvedeno rozsudkem ze dne 6. října 2015 ve věci *Schrems* (C-362/14), kde bylo konstatováno, že národní dozorové orgány musí zajistit spravedlivou rovnováhu mezi dodržováním základního práva na soukromí na straně jedné, a zájmy vyžadujícími volný pohyb osobních dat na straně druhé.

²⁰ Zejména je opět možné odkaz na čl. 5 odst. 1 písm. c) Nařízení, které zakotvuje přiměřenost a relevantnost osobních údajů společně s omezením na nezbytný rozsah ve vztahu k účelu, pro který jsou zpracovávány.

lizace omezení základního práva a svobody, příp. veřejného statku.²⁴ Je potřeba s přihlédnutím ke všem okolnostem pečlivě zvážit, zda není jednomu základnímu právu dávána neoprávněně přednost před druhým, přičemž musí být současně šetřeno smyslu a podstaty základních práv (čl. 4 odst. 4 Listiny). K tomuto posouzení je třeba aplikovat test proporcionality (posouzení potřebnosti, vhodnosti a proporcionality v užším smyslu).²⁵

3. JAKÝMI KRITÉRII BY SE MĚLY POVINNÉ SUBJEKTY ZABÝVAT?

Jakmile jsou v dokumentu, který má být poskytnut v rámci práva na informace, uvedeny osobní údaje, jedná se o kolizi dvou lidských práv. V ta-

²¹ Zajímavé je zde zjištění, že některé soudy se specifickým toho, jakou volnost mají při anonymizaci, zabývaly ve svém rozhodnutí, i když ještě námi požadované rozsudky přímo neposkytovaly, a nemůžeme se tedy o jejich přístup přesvědčit v praxi (jednalo se obvykle o rozhodnutí o stanovení výše úhrady nákladů, proti němuž jsme v mnoha případech podávali stížnost k Ministerstvu spravedlnosti jakožto nadřízenému orgánu). Celkem v 8 případech byl učiněn závěr o bezpodmínečné paušální anonymizaci. Z toho tedy vyplývá, že by k žádnému vyvažování základních práv nemohlo dojít – tyto soudy by patrně zastávaly stanovisko, že vyvážení provedl již zákonodárce při tvorbě právních norem. K úplné anonymizaci včetně křestních jmen (a tedy v rozporu s Instrukcí) došlo však dokonce ve 13 případech. Naší žádané „minimalistické“ anonymizaci bylo vyhověno v 6 případech, kdy bylo poskytnuto jak křestní jméno, tak rok narození. Nutnost provést test proporcionality byla v teoretické rovině (před tím, než byla rozhodnutí ještě poskytnuta) zmíněna pouze jednou. Z naší perspektivy lze však dovodit, že se testem proporcionality zabývaly všechny soudy, které vyhověly naší žádosti o minimalistickou anonymizaci. Zajímavý je případ Obvodního soudu pro Prahu 7 a Obvodního soudu pro Prahu 8, které anonymizovaly pouze křestní jméno (přes naši výslovnou žádost a přes znění Instrukce), ovšem ponechaly neanonymizovaný rok narození. Není přitom patrné, jaký právní podklad pro toto své rozhodnutí použily. Ještě zajímavější je případ Okresního soudu v Litoměřicích, který provedl úplnou anonymizaci, ovšem provedenou technicky špatně, tedy ponechal veškeré osobní údaje zobrazitelnými. Tím myslíme zcela všechny osobní údaje – celé jméno a příjmení, data narození, místa bydliště i kontaktní adresy.

²² Z mnohých nálezů lze zmínit např. náleze Ústavního soudu ze dne 14. července 2004, sp. zn. I. ÚS 185/04, či náleze ze dne 19. července 2016, sp. zn. Pl. ÚS 20/15. K rozsáhlému teoretickému pozadí k otázce prozařování lidských práv se všemi výhodami i riziky této koncepce srov. KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech – k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 159 a násl.

²³ Srov. náleze Ústavního soudu ze dne 12. března 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06. K tomu ještě detailněji viz WAGNEROVÁ, Eliška. In: WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 22.

²⁴ K testu minimalizace zásahu do základního práva srov. KOSAŘ, David. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*, č. 1, 2008, s. 9-10.

kovém případě nezbyvá než provádět jejich poměrování²⁶, přičemž k tomu musí přistoupit i „řadový“ povinný subjekt, tím spíše soud.²⁷

V tomto ohledu je hned několik možných kritérií, která by měl soud zvážit při tom, kdy rozhoduje o anonymizaci a jejím rozsahu. Měla by to být kritéria rozpoznatelnosti podle osobních údajů, pohnutky žadatele, a dále také zájem žadatele či veřejnosti na znalosti těchto údajů.

3.1 ROZPOZNATELNOST TOTOŽNOSTI OSOBY PODLE OSOBNÍCH ÚDAJŮ

O rozpoznatelnosti totožnosti osoby již bylo pojednáno v předcházejících kapitolách. Zkoumání tohoto kritéria by mělo znamenat to, jestli na základě zveřejněných údajů bude možné identifikovat konkrétní fyzickou osobu a spojit ji se skutky, které jsou popsány v předmětném rozhodnutí.

V případě, že rozpoznání na základě těchto údajů možné není, pak je odpověď jednoznačná – už by nemělo docházet k další anonymizaci, neboť by se jednalo o anonymizaci nadbytečnou. Zaprvé by navyšovala náklady

²⁵ K tomu srov. WAGNEROVÁ, Eliška. In: WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 26. „Smyslem příkazu proporcionality je zjistit, aby nebyla výhrada zákona použita k vyššímu než opravdu nutnému omezení základních práv.“ Vhodnost jako způsobilost prostředku k dosažení účelu, potřebnost jako nutnost použít právě a jenom zákonodárcem vybraného prostředku a proporcionality v užším smyslu jako přiměřenost zákonodárcem vybraného prostředku v relaci k dotčenému právnímu statku. Shodně viz KMEC, Jiří. KOSAŘ, David. KRATOCHVÍL, Jan. BOBEK, Michal. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 81, který ještě rozlišuje kritérium nezbytnosti v demokratické společnosti v judikatuře Ústavního soudu a v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva, u kterého podle něj panuje nekonzistence a jedná se o černou skříňku. Srov. KMEC, Jiří. KOSAŘ, David. KRATOCHVÍL, Jan. BOBEK, Michal. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 114-115. Projev v judikatuře Ústavního soudu pak srov. např. nález Ústavního soudu ze dne 1. března 2007, sp. zn. Pl. ÚS 8/06, § 28.

²⁶ V nález ze dne 20. června 2006, sp. zn. Pl. ÚS 38/04, stejně jako v nález ze dne 13. srpna 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02, Ústavní soud konstatoval, že v případech střetů základních práv či svobod s veřejným zájmem, resp. jinými základními právy či svobodami, je třeba posuzovat účel (cíle) takového zásahu ve vztahu k použitým prostředkům, přičemž měřítkem pro toto posouzení je zásada proporcionality (přiměřenosti v širším smyslu), jež může být také nazývána zákazem nadměrnosti zásahů do práv a svobod.

²⁷ K otázce ochrany základních práv soudní soustavou srov. nález Ústavního soudu ze dne 21. října 2008, sp. zn. IV. ÚS 1735/07.

poskytnutí informace,²⁸ zadruhé by se jednalo o omezování práva na informace o informace, jejichž povaha nevylučuje jejich poskytnutí – z těchto dvou důvodů se tedy jedná o porušení práva na informace.

I v případě, že povinný subjekt dojde k názoru, že na základě osobních údajů je možná identifikace konkrétní fyzické osoby, ještě to neznámá, že k anonymizaci má dojít.²⁹ Je totiž třeba zkoumat ještě další aspekty, které mohou poskytnutí této informace odůvodnit. Řeč přitom není pouze o datu a měsíci narození – tyto údaje žadateli patrně k ničemu nebudou a není zde důvod, proč by je měly soudy poskytovat. Představme si ale osoby s netypickým jménem a příjmením. Je rozdíl mezi jménem Jan Novák a Chuck Wilson, alespoň v českém prostředí. Zatímco v případě jména Chuck nám bude pravděpodobně pouze toto jméno ve spojení identifikací soudu, který řízení vedl, postačovat k identifikaci, o jakého Chucka se jedná. Na druhou stranu podle jména Jan Novák patrně není možnost poznat, zvláště ne v případě tak genericky určené kriminality jako krádež hotovosti, o jakého Jana Nováka se jedná, a to často ani s jeho rokem narození.

Přesto, že Chucka z výše uvedeného příkladu jsme schopni identifikovat, není to sám o sobě důvod, abychom jeho jméno anonymizovali – může zde existovat konkurující zájem, který může poskytnutí informace odůvodňovat. Zejména se jedná o zájem vědecký, resp. výzkumný, či jiný veřejný zájem, o nichž bude pojednáno níže.

²⁸ Je totiž třeba podotknout, že v době psaní tohoto článku je i judikaturou Nejvyššího správního soudu akceptovaná hranice pro náklady anonymizace dokumentů až 10 Kč na stranu (tento výpočet vychází z akceptované hranice 3 minuty na jednu stranu rozhodnutí, přičemž podle Instrukce Ministerstva spravedlnosti ze dne 14. července 2011, č.j. 286/2011-OT-OSV, kterou se stanoví sazebních úhrad za poskytování informací, je hodinná sazba při poskytování informací 200 Kč na hodinu). Při dvacetistránkovém rozhodnutí se jedná o 200,- Kč za jedno takové rozhodnutí, což už zejména v případě, kdy žadatel potřebuje takových rozhodnutí víc, řekněme kvůli svému akademickému zájmu o danou oblast práva, poměrně vysoká částka. V případě, že je tato hodnota vynakládána zcela zbytečně, protože ani na základě neanonymizovaných údajů by nebylo možné konkrétní osobu rozpoznat, se jedná o porušení žadatelova práva na informace.

²⁹ Ostatně i z judikatorní praxe Ústavního soudu můžeme vidět, že právo na soukromí může být omezeno právem na informace, jak se stalo např. v nálezů Ústavního soudu ze dne 15.11.2010, sp. zn. I. ÚS 517/10, v němž Ústavní soud dospěl k tomu, že je zde legitimní zájem veřejnosti na tom vědět o členství soudů v KSČ před rokem 1989, přestože tato informace má povahu osobního údaje.

3.2 POHNUTKY ŽADATELE O INFORMACE

Zákon o svobodném přístupu obecně vylučuje, aby pohnutky žadatele hrály nějakou roli v tom, jestli bude informace poskytnuta nebo ne. Nejvyšší správní soud judikoval, že povinný subjekt není oprávněn jakkoli zkoumat a zabývat se otázkou účelnosti a důvodnosti žadatelovy žádosti či jeho motivy.³⁰ Žádost o informace nemusí být nijak zdůvodněna, což je rozdílem např. od nahlížení do spisu, kdy je nutné prokázat právní zájem nebo jiný vážný důvod.³¹ Jedná se ovšem toliko o obecné pravidlo k poskytování informací.

Domníváme se, že při rozhodování o míře anonymizace v rozsudku je posuzování pohnutek žadatele zcela namístě, a to právě s ohledem na existenci dvou kolidujících práv. Zájem na poskytnutí informace a záměr, jaký s těmito informacemi žadatel má, může být muška na vahách, která odůvodní to, že by k anonymizaci nemělo docházet.

Rozdíl mezi seriózním akademickým zájmem na zkoumání soudních rozhodnutí a související potřebou znalostí demografických údajů o pachatelích trestných činů, a zájmem na budování databáze odsouzených osob je jednoznačně patrný. Vědecký výzkum často sám o sobě poskytuje záruky anonymity, a to zejména s ohledem na autoritu institucí, které za tímto výzkumem stojí a na jejichž půdě se výzkum provádí. Toto platí zejména v případech, kdy je příslušný výzkum prováděn interně, tedy výhradně zaměstnanci dané instituce, členy akademické obce apod. Hlavním mechanismem,

³⁰ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. června 2007, sp. zn. 6 As 79/2006-58. S ohledem na kolizi práva na soukromí a práva na informace (což je zejména s ohledem na téma tohoto článku relevantní) v případě platů úředníků pak také rozsudek ze dne 22. října 2014, sp. zn. 8 AS 55/2012-62. Nelze ovšem ani nezmínit dva nálezy Ústavního soudu z relativně nedávné doby, které se obsahem tohoto judikátu zabývaly a u kterých se může zdát, že zaujaly opačné stanovisko. Jedná se o nález ze dne 17. října 2017, sp. zn. IV. ÚS 1378/16, jehož závěry byly ještě potvrzeny dalším nálezem ze dne 3. dubna 2018, sp. zn. IV. ÚS 1200/16. Zejména v prvně zmiňovaném nálezu Ústavní soud vznesl posléze rozporuplně přijímanou tezi o tom, že se účel žádosti o informace a motivace k získání těchto informací zkoumat má. K tomu zaujmeme stanovisko ještě dále, už zde je třeba uvést, že se nedomníváme, že by tyto dvě teze byly v rozporu, protože se principiálně vyjadřují k odlišným otázkám.

³¹ JELÍNKOVÁ, Jitka. TUHÁČEK, Miloš. *Zákon o svobodném přístupu k informacím. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2017, s. 6.

který v takovém případě zajišťuje diskretnost při práci s osobními údaji, je pracovněprávní či disciplinární odpovědnost. Potenciální zveřejnění výsledků takového výzkumu pochopitelně není bez dalšího vyloučeno, avšak osobní údaje obsažené ve výstupu by měly být náležitě anonymizovány, není-li pro jejich ponechání zvláštního důvodu, viz kap. 3.3. Konečné zvážení toho, jestli pouhé spojení žadatele s výzkumnou institucí poskytuje dostatečnou úroveň ochrany osobních údajů, ovšem je samozřejmě v diskreci povinného subjektu. Naší tezí zde je pouze to, že úplná absence odůvodnění v této oblasti opět zasahuje do základních práv žadatele.

Ačkoliv se povinné subjekty pod vlivem výše zmíněné judikatury Nejvyššího správního soudu o irelevanci pohnutek žadatele zdráhají dotazovat žadatelů na to, jak poskytnuté informace plánují zpracovat, domníváme se, že v případě poskytování osobních údajů je tento dotaz zcela namístě. Pokud o osobní údaje v soudním rozhodnutí žadatel požádá, a přitom nezodpoví zájem, který ho k tomu vede (což se ovšem většinou děje), je podle našeho názoru dotaz na tento zájem zcela legitimní.

Podobné stanovisko zaujal Ústavní soud, když posuzoval otázku poskytování informací o platech úředníků. Ústavní soud se věnoval kritériu role žadatele a konstatoval, že pokud někdo zaměřuje pozornost na věci veřejného zájmu, jde o výkon role veřejného „hlídacího psa“. Taková osoba může být charakterizována jako sociální „hlídací pes“ zasluhující stejnou ochranu jako je přiznávána tisku.³² Důležité je tudíž posouzení otázky, zda žadatel o informaci takto koná s cílem informovat veřejnost jako „veřejný hlídací pes“. Znamená to tedy, že tato role nemusí být vykonávána výlučně jen tiskem či nevládními organizacemi.³³

Rozporuplné přijímání zmíněného nálezu Ústavního soudu odbornou veřejností je způsobeno zejména představou, že tento nález mění zavedenou praxi týkající se nutnosti neprokazovat důvody zájmu a motivaci při uplatňování práva na informace. Domníváme se však, že taková interpretace zmíněné judikatury by byla chybná. Důvodem, proč se Ústavní soud prokazováním těchto důvodů zabýval, je, že se jednalo o vyvažování dvou

³² Nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 1378/16 ze dne 17. října 2017, § 90.

³³ Tamtéž, § 92.

lidských práv. Tuto judikaturu je podle nás nutné vykládat způsobem, dle kterého je v případě kolize dvou lidských práv, popř. jiného veřejného zájmu, nutné přistoupit k vyvažování těchto hodnot. K vyvážení těchto hodnot může dojít pouze tehdy, disponuje-li povinný subjekt dostatkem k informací k tomu, aby toto vyvážení mohl provést. Jednotlivá lidská práva totiž mají v různých situacích různou úroveň ochrany, jak Ústavní soud ostatně konstatoval i ve své judikatuře týkající se kolize mezi právem na soukromí a svobodou projevu. To, kdo projev činí a z jakých důvodů, má vliv na to, zda je jeho právo na svobodu projevu hodno větší či menší ochrany a zda převáží nad právem na soukromí dotčené osoby.³⁴ Stejně je bezpochyby nutné postupovat i v případě kolize mezi právem na informace a právem na soukromí.³⁵ Naopak v případě „běžných“ žádostí o informace požadující poskytnutí informací např. o stavbě budovy za prostředky obce nebo v případě žádosti o vydání rozhodnutí, v němž budou veškeré osobní údaje anonymizovány, by se mělo nadále setrvat na ustáleném závěru, že není potřeba prokazovat důvod a účel žádosti o informace, ani jak informace budou použity. To právě z důvodu, že v takovém případě neexistuje kolidující hodnota.

Je třeba uvést také to, že jistá zdrženlivost povinných subjektů ohledně poskytovaných údajů, které mohou potenciálně zasáhnout do práv jiného,

³⁴ Za příklad je možné uvést známý nálezy Ústavního soudu ze dne 15. března 2005, sp. zn. I. ÚS 367/03, populárně známý jako *Rejžek vs. Vondráčková*, ve kterém soud uzavírá: „*Lze obecně konstatovat, že osoby veřejně činné, tedy politici, veřejní činitelé, mediální hvězdy aj., musí akceptovat větší míru veřejné kritiky než jiní občané.*“ Velmi podobně pak i v nálezu ze dne 17. července 2007, sp. zn. IV. ÚS 23/05, ve kterém Ústavní soud řešil kolizi mezi právem na svobodu projevu novinářky a právem na soukromí soudkyně, o kárném řízení s níž novinářka natočila reportáž. V obou dvou případech Ústavní soud konstatoval, že právo na soukromí u veřejně činných osob má nižší míru ochrany. Není důvod, proč stejný závěr nevztáhnout kromě práva na svobodu projevu i na právo na informace.

³⁵ Dva výše zmiňované nálezy ostatně nejsou jediné. WAGNEROVÁ, Eliška. In: WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 436, v této záležitosti uvádí klíčový nálezy Ústavního soudu ze dne 15. listopadu 2010, sp. zn. I. ÚS 517/10, ve kterém je uvedeno: „*Ústavní soud zastává názor, že musí být jednoznačně rozlišeno mezi žádostí o informaci způsobitou přispět k diskuzi v demokratické společnosti týkající se veřejného zájmu, a informováním o detailech soukromého života jednotlivce, který nadto kupř. nevykonává veřejnou funkci. Veřejnost má právo být informována, což je základní právo v demokratické společnosti, které se může za určitých okolností dotýkat i soukromého života osob veřejně činných.*“

je pochopitelná. Setrváme-li u našeho případu týkajícího se vydání trestních rozsudků s neanonymizovanými osobními údaji pachatele: na jednu stranu platí, že pokud by žadatel porušil právní předpisy o ochraně osobních údajů jejich neoprávněným zpracováním, např. tím, že by veškeré soudem poskytnuté informace zveřejnil, jednalo by se o porušení ochrany osobních údajů na jeho straně a bylo by možné sankcionovat přímo žadatele. Na druhé straně je pochopitelné, že se soudy snaží těmito situacím předcházet a takové údaje nepředávat právě s ohledem na obavy ohledně povahy reálné pohnutky žadatele.

Poskytnutí soudního rozhodnutí je zcela jistě zpracování osobních údajů podle Obecného nařízení. K tomuto poskytnutí však existuje titul. Tímto titulem je již zmiňovaný § 11 odst. 4 písm. b) zákona o svobodném přístupu k informacím, podle kterého mají povinné subjekty poskytnout soudní rozsudky, tedy s ohledem na čl. 6 odst. 1 písm. c) Obecného nařízení se jedná o zpracování pro splnění právní povinnosti, která se na správce vztahuje.

Následné zveřejnění těchto údajů žadatelem by již však bylo další zpracování, které by tentokrát prováděl žadatel, k čemuž by však sám musel disponovat určitým právním titulem. Za předpokladu, že žadatel provádí určitý akademický výzkum, přičemž zveřejní pouze výsledky tohoto výzkumu, nicméně datový soubor obsahující osobní údaje uschová pouze pro povolané vědecké pracovníky, typicky opět příslušné zaměstnance dané instituce či oprávněné členy akademické obce (viz výše), jedná se o zcela jiný případ.

Jak již ale bylo uvedeno, chápeme zdrženlivost soudu v této oblasti, neboť vytvoření databáze trestně odsouzených osob na základě údajů, které poskytl některý ze soudů, by jistě bylo z mediálního hlediska břemenem, které by dopadlo právě na tento soud, a to bez ohledu na to, jaká je jeho právní odpovědnost za takové zpracování osobních údajů.

Lze si dokonce představit situaci, kdy si povinný subjekt od žadatele vyžádá určité záruky dostatečné ochrany poskytnutých osobních údajů, zvláště pokud se jedná o zvláštní kategorie osobních údajů. Je totiž pravděpodobné, že by Úřad pro ochranu osobních údajů v případě zahájeného

řízení zkoumal, jak soud informace včetně osobních údajů poskytoval, a jaký byl jeho důvod pro poskytnutí těchto osobních údajů i přes možnost identifikace konkrétní osoby.

I veřejně dostupné informace mohou být v případě jejich propojení být zásahem do práva na soukromí, minimálně lze o tomto porušení diskutovat. Příkladem může být např. web O spravedlnosti,³⁶ který pracuje s veřejně přístupnými daty – jeho provozovatelé pracují s daty v databázi soudních rozhodnutí Ústavního soudu, Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu, přičemž tato data analyzují a propojují s informacemi o jednotlivých advokátech, aby pak poskytl informaci o tom, jak si jednotliví advokáti stojí v úspěšnosti podávání ústavních stížností, dovolání a kasačních stížností. Na jednu stranu jde o činnost pochopitelnou, neboť kvalitního advokáta nelze na první pohled poznat. Na druhou stranu je však třeba uvést, že pouhá veřejná dostupnost informace ještě automaticky nezakládá právo takovou informaci zpracovávat. I takové zpracování musí být založeno na existenci právního titulu, a toto zpracování musí být v souladu s účelem, s jakým byla tato data zveřejněna.³⁷

V tomto článku jsme se až do této chvíle klonili na stranu spíše extenzivního zveřejňování soudních rozhodnutí – otevřeně přiznáváme, že za nejlepší cestu považujeme úplné zveřejnění celé databáze všech soudních rozhodnutí, a to včetně rozhodnutí všech okresních a krajských soudů

³⁶ Dostupné na adrese: <https://oadvokatech.ospravedlnosti.cz/>

³⁷ Podnětné jsou v tomto smyslu úvahy v článku NONNEMANN, František. Zpracování veřejně dostupných osobních údajů a GDPR. *Právní rozhledy*, č. 5, 2018, 167-170. Jako další obdobný případ ze zahraničního prostředí lze uvést rozsudek ESLP ze dne 27. června 2017 ve věci *Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy proti Finsku*, č. 931/13. Ten se týkal toho, že docházelo ke shromažďování dat od Finského národního úřadu pro daně za účelem zveřejňování informací o zdanitelných příjmech a majetku fyzických osob. Takové jednání bylo národními orgány pro ochranu osobních údajů zakázáno. Provozovatelé databáze tvrdili porušení práva na svobodu projevu. ESLP se zabýval nalezením rovnováhy mezi právem na přístup k datům o plnění daní a právem na soukromí. ESLP konstatoval, že veřejná dostupnost informace ještě neznamená, že pozbývá ochrany poskytované článkem 8 Úmluvy. Ochrana osobních dat má základní význam pro užívání práva na respektování soukromého a rodinného života a národní právo musí poskytovat odpovídající záruky k zabránění jakéhokoliv užití osobních dat, jež může být neslučitelné s garancemi citovaného článku. ESLP tedy závěrem stížnost provozovatelů databáze odmítl.

podobně, jako tato databáze existuje na Slovensku či v Rakousku.³⁸ Je ovšem rozdíl, jak s těmito údaji jednotlivé subjekty pracují. Pokud jsou tato rozhodnutí používána k seznámení se s rozhodovací praxí soudu, je takový postup v souladu s účelem, pro který byla data použita. Pokud však soukromé subjekty začnou data analyzovat a vytvářet seznamy dlužníků, pachatelů trestných činů či obdobné databáze, jedná se o další zpracování osobních údajů na základě veřejně přístupných dat, které již legitimní v zásadě není, nesvědčí-li takovému zpracování zvláštní důvody.

Akademické zkoumání úspěšnosti advokátů v řízeních u nejvyšších soudních instancí České republiky je podle nás samo o sobě v pořádku. Naopak může přinést velmi zajímavé informace, podněcující legislativní úpravy procesních předpisů u těchto soudů. Na druhou stranu nepovažujeme za správné zveřejnění těchto údajů s možností identifikovat jednotlivé soukromé osoby, a dokonce mezi nimi provádět vyhledávání, podobně jako bychom nesouhlasili s tvorbou jakékoliv jiné databáze soukromých osob, ať už ohledně jejich dluhů, trestní minulosti či jiných podobných údajů.

3.3 VEŘEJNÝ ZÁJEM ČI SOUKROMÝ ZÁJEM ŽADATELE

Další kritérium, které by soudy měly jednoznačně zkoumat, je to, zda existuje veřejný či soukromý zájem na zveřejnění informace. Soukromý zájem bude často odpovídat pohnutce žadatele. Představme si situaci, kdy žadatel žádá o informaci z důvodu jiného svého probíhajícího řízení. Danou situaci si dovolíme přirovnat k naléhavému právnímu zájmu, který je základní podmínkou pro úspěšnost určovací žaloby dle § 80 zákona č. 99/1963 Sb.,

³⁸ V době práce na tomto článku se v médiích objevila informace, že se spuštění takové databáze připravuje, a že by údajně měla být spuštěná ještě v roce 2019, i když patrně ještě ne se všemi rozsudky. ŠTEFAN, Václav. Online rozsudek. Ministerstvo zavede databázi soudních rozhodnutí, na Slovensku funguje už šest let. *iROZHLAS.cz*. Publikováno dne: 23.1.2019. Citováno dne 23.1.2019. Dostupné online: <http://irozhlas.cz/4H7>. Otázka anonymizace je ale stále relevantní, protože pouhé zveřejnění rozsudků nevyřeší obdobné problémy spojené např. se správními rozhodnutími. Dále je také ponechána aktuálnost otázky vědeckého výzkumu, pro jehož účely jsou v některých případech nezbytné demografické údaje, právě jako pro dizertační výzkum, z důvodu kterého provádíme sběr dat my. V předmětné databázi má fungovat automatický anonymizátor, který odstraní úplně všechny osobní údaje. Relevance zde rozebíraného tématu zůstává zachována i s ohledem na to, že se pravděpodobně ještě rozhoří diskuze o tom, do jaké míry mají být osobní údaje ve všech rozsudcích v této databázi anonymizovány.

občanský soudní řád. Je možné si představit svědka, kterého potřebuje žadatel identifikovat pro účely soudního řízení, jehož je účastníkem, přičemž nemá jinou možnost, jak toto učinit, než skrze informace o řízení, jehož ovšem není aktivně ani pasivně legitimovaným účastníkem.

Na jednu stranu je možné namítnout, že v takovém případě má žadatel v rámci jeho se týkajícího soudního řízení označit soudu důkazy, přičemž předmětný spis by si měl vyžádat soud. Na druhou stranu je třeba vzít v potaz, že informace o tom, jestli se podaří svědky identifikovat či nikoliv, může být klíčovým prvkem pro rozhodnutí, zda soudní řízení vůbec zahajovat. Není nutné připomínat, že nedostatek důkazů pochopitelně vede k neúspěchu ve sporu. Často proto může k dotazu na obsah rozhodnutí dojít ještě před zahájením soudního řízení týkajícího se žadatele.

Veřejný zájem je snad ještě jednoznačnější kritérium. Veřejný zájem se vztahuje k věcem, které ovlivňují veřejnost do takové míry, že se o ně může zajímat, které přitahují její pozornost nebo které se jí týkají do značného stupně, zvláště pokud ovlivňují životní úroveň občanů nebo život společnosti. Veřejný zájem nemůže být redukován na zájem veřejnosti po informacích o soukromém životě jiných, nebo na touhu publika po honbě za senzacími nebo dokonce voyeurismu.³⁹ Pokud je znalost určitých informací veřejným zájmem, je logické, že tento veřejný zájem může převážet nad právem na soukromí osoby, které se uvedené informace týkají.

V trestních rozsudcích mohou být rozhodujícím kritériem totožnost pachatele a povaha činu. Informace, o jakého pachatele se jedná, může odůvodnit důležitost jeho identifikace. Větší zájem na identifikaci pachatele lze spatřovat u veřejně činných osob, např. politiků.⁴⁰ Z hlediska dohledu veřejnosti na výkon státní moci musí být zejména u veřejně činných osob

³⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 17. října 2017, sp. zn. IV. ÚS 1378/16, § 88.

⁴⁰ K otázce nižší ochrany soukromí u politiků a osob zastávajících politické funkce či státní úřady existuje rozsáhlá judikatura Ústavního soudu i Evropského soudu pro lidská práva. Pokud jde o otázku veřejného zájmu, bude projev požívat vyšší ochrany. Srov. KMEC, Jiří. KOSAŘ, David. KRATOCHVÍL, Jan. BOBEK, Michal. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 911-913.

patrné, že se dopouštěly trestné činnosti, která mohla s výkonem jejich mandátu souviset.⁴¹

O jaký čin se jedná, je taktéž relevantní, neboť u některých trestných činů je s informací o jejich spáchání spojený vyšší veřejný zájem než u jiných. Lze zejména zdůraznit rozdíl mezi nedbalostními a úmyslnými trestnými činy. Níže se text bude věnovat účelu trestu a tomu, že účelem trestu je veřejné odsouzení činu pachatele.⁴² V podstatě u každého trestného činu tak existuje určitý veřejný zájem na tom, aby se o jeho spáchání veřejnost dozvěděla. Tento veřejný zájem je však u některých trestných činů nižší a u některých vyšší. Problém s informacemi o trestní minulosti je zejména ten, že se často jedná o „cejch“, který si s sebou dotyčná osoba nese kvůli skutkům spáchaným v minulosti, přestože objektivně došlo k její nápravě. Po vykonání trestu jsou často pachatelé stigmatizováni, a mohou tak mít problém s hledáním zaměstnání či ubytování. Zejména u nedbalostních trestných činů je taková stigmatizace zcela zbytečná a nežádoucí.

Některé druhy trestné činnosti jsou provázeny značným veřejným zájmem na vědomosti o nich. Jedná se o závažnou hospodářskou trestnou činnost, trestné činy proti životnímu prostředí, podvodná jednání apod.

Opět se vracíme k myšlence, kterou jsme vyslovili v minulé kapitole – důležité je individuální posuzování, nikoliv činění paušálních závěrů. Kritérií, která lze zohlednit, je mnoho – jak je vidět na této kapitole. Domníváme se, že jejich nezohlednění nutně vede k závěru o porušení práva na

⁴¹ Ve vztahu ke zveřejňování fotografií lze zmínit rozsudek Evropského soudu pro lidské práva ve věci News Verlags GmbH & Co.KG proti Rakousku byly v časopise zveřejněny fotografie pravicového extremisty, který byl podezřelý ze zaslání dopisů s výbušninami několika veřejně činným osobám. Soud uvedl, že případné porušení soukromí podezřelého bude záležet na okolnostech daného případu a zejména podstatě trestného činu. Pokud jde o trestný čin s politickým kontextem a navíc podezřelá osoba již dříve nebyla čistě soukromou osobou, bude zákaz zveřejnění fotografie podezřelého představovat nepřiměřený zásah do svobody projevu. [rozsudek, 11. 1. 2000, č. 31457/96, § 58] A contrario je tedy možné dovodit, že se nebude jednat o neústavní zásah do práva na soukromí.

⁴² Tím se liší ochranná opatření od trestů, uložení ochranného opatření nevyjadřuje negativní hodnocení osoby pachatele, zatímco uložení trestu ano. Srov. JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 3. vydání. Praha: Leges, 2013, s. 456. Trest se dá definovat jako opatření státního donucení, kterým se vyslovuje společenské odsouzení činu a jeho pachatele. NOVOTNÝ, Oto a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 3. vydání, Praha: Codex, 1997, str. 197.

informace žadatele. To neznamená, že žadateli musí být vždy vyhověno – je však naprosto nutné, aby se těmito kritérii soud či jakýkoliv jiný povinný subjekt zabýval, neboť v opačném případě bude jeho rozhodnutí nepřezkoumatelné a mělo by být odvolacím orgánem, potažmo správním soudem, zrušeno.

4. KOLIZE NEPOSKYTNUTÍ INFORMACÍ O ODSOUZENÍ S ÚČELEM TRESTU

V předchozí kapitole již bylo naznačeno, že informace o trestní minulosti pachatele mají specifický charakter hned v několika aspektech. Na jednu stranu je jedním z účelů trestního práva veřejné odsouzení činu pachatele.⁴³ Na druhou stranu však Obecné nařízení ve svém čl. 9 vymezuje tzv. zvláštní kategorie osobních údajů a upravuje také přípustné způsoby s jejich nakládáním. K tomuto ustanovení je třeba přidat ustanovení čl. 10, to totiž vedle zvláštních kategorií osobních údajů vymezuje ještě osobní údaje týkající se rozsudků v trestních věcech a trestných činů.⁴⁴

⁴³ JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 3. vydání. Praha: Leges, 2013, s. 386.

⁴⁴ Zdá se, že Nařízení je formulováno takovým způsobem, že tyto osobní údaje týkající se trestního odsouzení nejsou čl. 10 zařazeny mezi zvláštní kategorie osobních údajů, ale že se jedná ještě o další samostatnou kategorii, na kterou se patrně budou vztahovat obdobně pravidla jako pro zvláštní kategorie osobních údajů. To, že Nařízení pracuje s těmito koncepty jako s odlišnými pojmy je patrné např. z díkce čl. 6 odst. 4 písm. c) Nařízení. Stejně rozdělení naznačuje také odst. 91 důvodové zprávy k tomuto Nařízení. Stejného názoru je i NULÍČEK, Michal a kol. *GDPR. Obecné nařízení o ochraně osobních údajů. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 169, podle kterého: „Na rozdíl od zákona o ochraně osobních údajů Nařízení neoznačuje osobní údaje týkající se rozsudků v trestních věcech a trestných činů za součást citlivých údajů. Namísto toho pro ně stanoví speciální kategorii a definuje pro jejich zpracování odlišné podmínky.”

Problémem ovšem je, že čl. 10 ovšem sám o sobě není dostatečně konkrétní a je otázkou, jestli se má analogicky aplikovat čl. 9 odst. 2, pokud jde o způsob nakládání s osobními údaji. Čl. 10 totiž vymezuje pouze to, že zpracování může provádět pouze pod dozorem orgánu veřejné moci nebo v případě, že je to oprávněné podle práva Unie nebo členského státu. Jde zejména o vyřešení otázky, zda se aplikuje na informace o trestním odsouzení čl. 9 odst. 2 písm. g), tedy titul pro zpracování v případě významného veřejného zájmu přiměřeného sledovanému cíli a poskytujícími vhodné a konkrétní záruky pro ochranu práv a zájmů subjektu údajů, a také čl. 9 odst. 2 písm. j), pokud je zpracování nezbytné pro účely archivace ve veřejném zájmu, pro účely vědeckého nebo historického výzkumu či pro statistické účely.

To znamená, že na jednu stranu je vlastně záměrem, aby se veřejnost dozvěděla o spáchání trestného činu konkrétní osobou, o potrestání této osoby a o vyslovení společenské nepřipustnosti tohoto činu. Jedná se *de facto* o naplnění jedné z funkcí trestního práva, totiž funkci generální prevence trestné činnosti.⁴⁵ Na druhou stranu však existuje potřeba osobu pachatele chránit, a to právě s ohledem na možnou stigmatizaci ve všech oblastech života, zejména v souvislosti se zaměstnáváním. V tomto ohledu lze zmínit, že § 316 odst. 4 písm. h) zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, zakotvuje, že zaměstnavatel nesmí vyžadovat od zaměstnance informace, které bezprostředně nesouvisí s výkonem práce, přičemž v uvedeném demonstrativním výčtu je výslovně uvedena i trestněprávní bezúhonnost. Výjimkou, kdy může zaměstnavatel tyto informace získávat, je věcný důvod spočívající v povaze práce, která má být vykonávána, za předpokladu, že je tento požadavek přiměřený, nebo v případech, kdy to stanoví zákon či jiný právní předpis.

Jedná se o ustanovení, které je v praxi poměrně rozsáhlým způsobem porušováno, neboť existuje stále značné množství zaměstnavatelů, kteří po potenciálních zaměstnancích požadují výpis z trestní rejstříku zcela automaticky, aniž by byl takový požadavek objektivně odůvodněn. Toto ustanovení lze však uvést jako další příklad ochrany osob s trestněprávní minulostí.

Nacházíme se tak opět u vyvažování dvou protichůdných zájmů. Stejně jako v předcházející kapitole je třeba zdůraznit roli proporcionality. Lze si představit extrémní případy, ve kterých bude naše stanovisko o tom, jestli má být taková informace dostupná či nikoliv, poměrně jednoznačné. Dále však existuje množství případů nacházejících se v šedé oblasti.

Pokud jde o rozsáhlé zpracování údajů o trestných činech, pak je nepochybné, že bude nutné provést posouzení vlivu na ochranu osobních údajů a patrně i povinnost jmenovat pověřence pro ochranu osobních údajů dle čl. 37 Nařízení. Srov. NULÍČEK, Michal a kol. *GDPR. Obecné nařízení o ochraně osobních údajů. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 170-171. Rozsáhlejší výklad o přesné povaze povinností při nakládání s těmito údaji ovšem přenecháváme jiným akademikům. Pro naši další analýzu je totiž podstatné pouze to, že informace o trestním odsouzení požívají oproti obecné úpravě ochrany osobních údajů ještě zvláštní ochrany.

⁴⁵ JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 3. vydání. Praha: Leges, 2013, s. 25.

Stejně jako v předcházející kapitole je třeba zdůraznit, jak problematická je situace, kdy soud bez jakékoliv úvahy učiní dogmatický závěr o neposkytnutí informací či informace. Stejně jako v případě kolize mezi právem na soukromí a právem na informace existuje řada okolností ovlivňujících závěr o existenci veřejného zájmu odůvodňující poskytnutí informací veřejnosti a dostatečné závažnosti veřejného zájmu, aby tak mohlo dojít k legitimizaci zásahu do práva na soukromí pachatele trestného činu.

Silný názor pro zveřejňování informací je založený na tom, že pachatel se svého práva na soukromí vzdává již samotným spácháním trestného činu. Rozhodnutí o protiprávní činnosti učinil samotný pachatel s jednoznačným vědomím toho, že v případě dopadení bude trestně stíhán, odsouzen a veřejnost bude mít pochopitelně možnost se o této informaci dozvědět.

Takto silné stanovisko pochopitelně zaujmout nechceme, rozhodně nejsme nakloněni veřejnému lynčování pachatelů za jejich trestnou činnost, a to právě s ohledem na možnou stigmatizaci i poté, co pachatelé podstoupili svůj trest. Zároveň ovšem chceme poukázat na problematičnost závěrů, které vyplývají z omezování přístupu k informacím o trestním odsouzení. Odsouzení v trestních věcech má obecně výchovnou úlohu vůči společnosti, tedy tzv. negativně-výchovný efekt,⁴⁶ posiluje vnímání autority práva a přesvědčení, že jednání naplňující skutkovou podstatu trestního zákoníku bude také potrestáno a bude uložen trest.

Jedno z možných řešení je rozlišit mezi okamžiky, kdy má dojít k přístupu k informacím. Je rozdíl mezi vznikem soukromé databáze svým obsahem odpovídající rejstříku trestů vzniklé indexací zveřejněných rozhodnutí, podle kterých by se dal identifikovat konkrétní pachatel (takto funguje např. databáze Sex Offenders v USA)⁴⁷, a informacemi o odsouzení v okamžiku odsouzení a do ukončení výkonu trestu, např. nepodmíněného odnětí svobody. Nejsou-li totiž tyto informace dostupné, není tím naplňován jeden z účelů trestu – již zmíněné veřejné odsouzení činu pachatele.

⁴⁶ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní právo hmotné*. 8. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 37.

5. OTÁZKA VEŘEJNOSTI SOUDNÍHO ŘÍZENÍ A DOHLEDU NAD JUSTICIÍ

Existuje ještě jeden aspekt, který je vhodné zmínit. Zásada veřejnosti v soudním řízení je prvkem práva na spravedlivý proces, čímž požívá ústavněprávní relevance. Jedná se o jedno z nejsilnějších opatření, které má předcházet fungování a vzniku tzv. kabinetní justice,⁴⁸ má zvyšovat transparentnost soudního rozhodnutí a zvyšovat důvěru obyvatel v soudy a v nezájatost jejich rozhodování.⁴⁹ V českých zemích byla kontrola tradičně chápána jako jediný a hlavní význam zásady veřejného soudního řízení.⁵⁰ Procesní předpisy, stejně jako lidskoprávní předpisy národní⁵¹ i mezinárodní úrovně⁵², z ní samozřejmě pro určité druhy řízení (např. trestní řízení s mladistvými) či pro určité případy (např. z důvodu mravnosti, národní bezpečnosti či soukromého života účastníků) činí vý-

⁴⁷ Srov. DIECIDUE, Emmaleigh. The Problem with the National Sex Offender Registry. *The Odyssey Online*. Publikováno dne: 15. 8. 2016. Citováno dne: 30. 10. 2018. Dostupné online: <https://www.theodysseyonline.com/problem-national-sex-offenders-registry>. Je ale vhodné zmínit, že příklady jako tyto nejsou řešeny pouze v angloamerickém prostředí, ale velmi podobný případ byl řešen i Evropským soudem pro lidská práva, přičemž zásah do práva na soukromí byl shledán za v souladu s Úmluvou. V rámci rozsudku ESLP ze dne 17. prosince 2009 ve věci Bouchacourt proti Francii se řešila otázka, jestli případ zapsání do národního automatizovaného registru v případě odsouzení za znásilnění a sexuální násilí na dítě je v souladu s právem na soukromí. Proporcionalita vzhledem k legitimnímu cíli veřejné bezpečnosti a předcházení zločinnosti byla dle ESLP zachována.

⁴⁸ ŠIMÍČEK, Vojtěch. In: BAHÝLOVÁ, Lenka a kol. *Komentář. Ústava České republiky*. Praha: Linde, 2010, s. 1309.

⁴⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. srpna 2017, sp. zn. 4 As 46/2016-94.

⁵⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 8. listopadu 2005, sp. zn. Pl. ÚS 28/04.

⁵¹ Čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) stanovuje: „Každý má právo, aby jeho věc byla projednána veřejně, bez zbytečných průtahů a v jeho přítomnosti a aby se mohl vyjádřit ke všem prováděným důkazům. Veřejnost může být vyloučena jen v případech stanovených zákonem.“

⁵² Čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“) stanovuje: „Každý má právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech nebo závazcích nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu. Rozsudek musí být vyhlášen veřejně, avšak tisk a veřejnost mohou být vyloučeny buď po dobu celého nebo části procesu v zájmu mravnosti, veřejného pořádku nebo národní bezpečnosti v demokratické společnosti, nebo když to vyžadují zájmy nezletilých nebo ochrana soukromého života účastníků, anebo v rozsahu považovaném soudem za zcela nezbytný pokud by, vzhledem ke zvláštním okolnostem, veřejnost řízení mohla být na újmu zájmům spravedlnosti.“

jimky.⁵³ I když je veřejnost z řízení vyloučena, rozsudek musí být vždy vyhlášen veřejně,⁵⁴ což je požadavek zakotvený právě čl. 6 Úmluvy a podle doktríny minimálního jmenovatele lidskoprávní ochrany se tento standard musí uplatnit, i když s ním Listina takto neoperuje.

Jeden z účelů, který v naší argumentaci zatím nebyl zmíněn, je otázka řádného a transparentního fungování soudní moci. Veřejné soudní řízení je garancí nestrannosti, nezávislosti soudů a jejich zákonného procesního postupu. Významnou rovinou zásady je dále možnost naplnit prostřednictvím přímé účasti na soudním řízení právo na informace o činnosti státních (soudních) orgánů.⁵⁵ Každé soudní řízení je s ohledem na jeho veřejnost nepochybně zásahem do soukromí. Právě proto je fakt „praní špinavého prádla na veřejnosti“ jak pro jednotlivce, tak pro obchodní společnosti často jedním z důvodů, proč se pokusit spory řešit alternativní cestou – mediací či neveřejnou arbitráží.

Na jednu stranu je třeba představit názor, že dohled nad fungováním justice a záruky její nestrannosti a nezávislosti jsou dány již veřejností soudního jednání samotného. S veřejným vynesemím rozsudku již je podle některých názorů veřejnosti dokázáno, že v řízení proběhlo vše v pořádku – a je poté pouze na jednotlivcích, jestli svého práva na kontrolu justice využijí či nikoliv.

Přesto si dovolíme tvrdit, že situace je složitější. Je možné citovat nálezy Ústavního soudu, s jehož závěry a argumentací se plně ztotožňujeme, a podle kterého s ohledem na podstatu a význam zásady veřejnosti soudního řízení se nelze při její aplikaci omezit pouze na umožnění přístupu veřejnosti do soudní síně v době jednání.⁵⁶ Ústavní soud dále

⁵³ Zejména k posledním bodu, který výslovně zakotvuje čl. 6 odst. 1 Úmluvy, je třeba se vyjádřit tak, že zde musí být skutečně legitimní důvod pro omezení účasti veřejnosti, to stejné se vztahuje i na omezení veřejnosti při vyhlášení rozhodnutí. Omezení veřejnosti musí být v každém případě nezbytné, srov. KMEC, Jiří. KOSAŘ, David. KRATOCHVÍL, Jan. BOBEK, Michal. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 688.

⁵⁴ ŠIMÍČEK, Vojtěch. In: BAHÝLOVÁ, Lenka a kol. *Komentář. Ústava České republiky*. Praha: Linde, 2010, s. 1310.

⁵⁵ KRÍŽKOVÁ, Michaela. *Publikace rozhodnutí státních orgánů a ochrana osobních údajů*. Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2006, s. 11.

⁵⁶ Nález Ústavního soudu ze dne 14. února 2008, sp. zn. II. ÚS 2672/07.

uvádí: „Tato forma je nepochybně původní a základní, avšak stejně jako jiné oblasti života a nauky i právní řád prošel vývojem, který nutně musel reflektovat nové možnosti mezilidských vztahů, vytvářených zejména rozvíjejícími se službami a technickým pokrokem. Ten reprezentuje především nástup vlivu a významu masových sdělovacích prostředků, resp. technických prostředků, které tato média při své činnosti využívají.“⁵⁷ Vylučování některé formy veřejnosti musí být podle Ústavního soudu vždy propojeno s legitimním cílem, v opačném případě se jedná o svévolí mýjící se s cílem principu veřejnosti soudního řízení. Podle Ústavního soudu však nelze princip veřejnosti pojímat jako princip stanovený pouze ve prospěch osob odlišných od účastníků řízení, nýbrž je třeba jej chápat i jako princip umožňující právo na svobodu projevu v souvislosti s kritikou konkrétního fungování soudní moci. Účastníci soudního řízení spadají do množiny veřejnosti a v tomto ohledu je jejich postavení vůči soudu identické.⁵⁸

Ústavní soud se v tomto nálezu zabýval otázkou pořizování zvukového záznamu ze soudního jednání, kdy konkrétně vykládal ustanovení § 6 odst. 3 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích. Ústavní soud uzavřel, že podle tohoto ustanovení soud nemůže zakázat pořizování zvukového záznamu, protože zvukový záznam se pořizuje pouze s vědomím soudu, nikoliv s jeho povolením (čímž se zvukový záznam liší od záznamu zvukově obrazového). Z toho důvodu předmětné rozhodnutí zrušil, neboť nepřivolením k pořizení zvukového záznamu z ústního jednání porušil obecný soud čl. 96 odst. 2 Ústavy a tím také základní právo podle čl. 2 odst. 3 a čl. 38 odst. 2 Listiny

Tím nepochybně vzniká otázka – pokud se během soudního řízení a během vyhlášení rozsudku, které je vždy veřejné, všechny osoby otevřeně oslovují jmény a veřejnost se může seznámit i s jinými osobními údaji, přičemž kdokoli z veřejnosti si může cokoli, co se na soudním jednání děje, nahrávat i přes nesouhlas soudu (resp. nesouhlas soudu není relevantní, postačuje jeho vědomost o tom, že dochází k nahrávání), je zde opravdu legitimní cíl na tom, aby tyto údaje nebyly dostupné i v písemném vyhotovení

⁵⁷ Tamtéž, § 12.

⁵⁸ Tamtéž, § 13-14.

rozhodnutí, které je veřejnosti podle zákona o svobodném přístupu k informacím taktéž dostupné? V této oblasti ostatně nejsme z odborné veřejnosti prvními, kdo toto odstraňování údajů, které již byly v rámci soudního řízení jednou zveřejněny, kritizuje.⁵⁹

6. ZÁVĚR

Hlavním závěrem našeho článku je, že v případě anonymizace osobních údajů v soudních rozhodnutích vyžádaných na základě práva na informace se jedná o konflikt dvou základních práv (práva na soukromí a práva na informace) a několika veřejných zájmů. Zaprvé je to veřejnost řízení, jež je instrumentální hodnotou pro veřejnou kontrolu justice a zárukou pro její nezávislost, nestrannost a pro důvěru v ní. V případě trestního řízení se jedná o naplnění vůbec základního účelu trestu – toho, že trestním odsouzením má dojít k veřejnému odsouzení činu pachatele a konstatování jeho závažnosti.

Domníváme se, že aplikační praxí při poskytování informací o rozhodovací činnosti soudů i na základě poměrně restriktivního znění Instrukce Ministerstva spravedlnosti, která jakožto interní normativní akt sjednocuje poskytování informací soudy, dochází k porušování principů, na kterých je založen zákon o svobodném přístupu k informacím a ochrana lidských práv. Soudy jako povinné subjekty často činí dogmatické závěry o tom, že některé druhy informací je třeba bezvýhradně anonymizovat, aniž by z jejich strany docházelo k poměřování lidských práv jako legitimního prostředku pro řešení konfliktu mezi více ústavněprávními hodnotami.

⁵⁹ Viz DERKA, Ladislav. KÜHN, Zdeněk. Je anonymizace publikovaných soudních rozhodnutí vskutku nutná?. *Jurisprudence*. Roč. 15, č. 1, 2005, s. 21-25, či KÜHN, Zdeněk. BAŇOUC, Hynek. O publikaci a citaci judikatury aneb proč je někdy judikatura jako císařovy nové šaty. *Právní rozhledy*. Roč. 13, č. 13, 2005, s. 484-491. V krátkosti jsou zde představené obdobné argumenty – zahájením soudního řízení se vstupuje na veřejné fórum, přičemž v tom případě musejí strany strpět, že pokud se jedná o zajímavý spor, že se může veřejnost dostavit. S ohledem na to, že jsou údaje o účastnících dostupné i na úřední desce soudu a u dveří jednací síně, nedává smysl údaje anonymizovat posléze v rozsudku.

V tomto článku byla představena kritéria, která by měly povinné subjekty zvážit, pokud se v rámci informací požadovaných z titulu práva na informace vyskytnou i informace zasahující do práva na soukromí osob, kterých se vyžádané dokumenty týkají. Zaprvé jde o kritérium, zda je na základě těchto informací osoba vůbec identifikovatelná, či zda jde stále o tak obecné údaje, že k zásahu do práva na soukromí vůbec nedojde. Zadruhé je to pohnutka a motivace žadatele o informaci, což je sice kritérium, jehož zkoumání je na základě zákona o svobodném přístupu k informacím a judikatuře k němu obecně vyloučeno, v daném případě se však zkoumání pohnutky nevztahuje k samotnému poskytnutí informace, nýbrž pouze k míře anonymizace osobních údajů v ní obsažených. Zatřetí jde pak o kritérium toho, zda existuje identifikovatelný právní zájem žadatele na této informaci, či zda existuje zájem veřejný. Jak v případě soukromého, tak v případě veřejného zájmu je třeba tento zájem poměřovat s právem na soukromí a vyvažovat, kterému z těchto zájmů dát přednost.

Nečiníme si za cíl učinit výčet kritérií vyčerpávajícím způsobem a nevylučujeme možnost, že existují další kritéria, jejichž zohlednění by ještě více optimalizovalo rozhodování o kolizi těchto dvou lidských práv. Dle našeho názoru však uplatnění i jenom těchto kritérií povede v aplikační praxi ke zvýšení respektu k oběma lidským právům, právu na soukromí i právu na informace, neboť začnou být považovány za dvě rovnocenné ústavněprávní hodnoty.

7. SEZNAM LITERATURY

7.1 ODBORNÉ TEXTY

- [1] ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*, č. 4, 2015, s. 21-29.
- [2] DERKA, Ladislav. KÜHN, Zdeněk. Je anonymizace publikovaných soudních rozhodnutí vskutku nutná?. *Jurisprudence*. Roč. 15, č. 1, 2005, s. 21-25.
- [3] FUREK, Adam. ROTHANZL, Lukáš. JIROVEC, Tomáš. *Zákon o svobodném přístupu k informacím. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2016, 1238 s.
- [4] GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 6. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, 310 s.

- [5] GRUODYTÉ, Edita. MILČIUVIENÉ, Saulé. Anonymization of Court Decisions: Are Restrictions on the Right to Information in “Accordance with the Law”? *Baltic Journal of Law & Politics*. Roč. 9, č. 2, 2016, s. 150-170.
- [6] JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 3. vydání. Praha: Leges, 2013, 986 s.
- [7] JELÍNKOVÁ, Jitka. TUHÁČEK, Miloš. *Zákon o svobodném přístupu k informacím. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2017, 284 s.
- [8] KMEC, Jiří. KOSAŘ, David. KRATOCHVÍL, Jan. BOBEK, Michal. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2012, 1696 s.
- [9] KOLMAN, Jiří. Právo na informace jako základní lidské právo. *Právní prostor*. Publikováno 7.1.2016, citováno dne 23.1.2016. Dostupné online: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/ustavni-pravo/pravo-na-informace-jako-zakladni-lidske-pravo>
- [10] KOSAŘ, David. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*, č. 1, 2008, s. 3-19.
- [11] KŘÍŽKOVÁ, Michaela. *Publikace rozhodnutí státních orgánů a ochrana osobních údajů*. Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2006, 101 s.
- [12] KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech – k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, 419 s.
- [13] KÜHN, Zdeněk. BAŇOUC, Hynek. O publikaci a citaci judikatury aneb proč je někdy judikatura jako císařovy nové šaty. *Právní rozhledy*. Roč. 13, č. 13, 2005, s. 484-491.
- [14] NULÍČEK, Michal a kol. *GDPR. Obecné nařízení o ochraně osobních údajů. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, 580 s.
- [15] NONNEMANN, František. Zpracování veřejně dostupných osobních údajů a GDPR. *Právní rozhledy*, č. 5, 2018, 167-170.
- [16] NOVOTNÝ, Oto a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 3. vydání, Praha: Codex, 1997, 328 s.
- [17] ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní právo hmotné*. 8. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2016, 1052 s.
- [18] ŠIMÍČEK, Vojtěch. In: BAHÝLOVÁ, Lenka a kol. *Komentář. Ústava České republiky*. Praha: Linde, 2010, 1536 s.
- [19] WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, 931 s.

7.2 NEODBORNÉ ZDROJE

- [20] BRENKA, Gabriel. Nová úprava anonymizace rozhodnutí Ústavního soudu. *brenka.eu*. Publikováno dne 18. 9. 2013. Citováno dne 31. 10. 2018. Dostupné online: <http://brenka.eu/nova-uprava-anonymizace-rozhodnuti-ustavniho-soudu/>

- [21] DIECIDUE, Emmaleigh. The Problem with the National Sex Offender Registry. *The Odyssey Online*. Publikováno dne: 15. 8. 2016. Citováno dne: 30. 10. 2018. Dostupné online: <https://www.theodysseyonline.com/problem-national-sex-offenders-registry>
- [22] ŠTEFAN, Václav. Online rozsudek. Ministerstvo zavede databázi soudních rozhodnutí, na Slovensku funguje už šest let. *iROZHLAS.cz*. Publikováno dne: 23.1.2019. Citováno dne 23.1.2019. Dostupné online: <http://irozhl.as/4H7>.
- [23] Základní příručka k GDPR. *Úřad pro ochranu osobních údajů*. Citováno dne: 23.1.2019. Dostupné online: <https://www.uoou.cz/zakladni-prirucka-k-gdpr/ds-4744/archiv=0&p1=4726>

7.3 JUDIKATURA

- [24] Nález Ústavního soudu ze dne 13. srpna 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02.
- [25] Nález Ústavního soudu ze dne 14. července 2004, sp. zn. I. ÚS 185/04.
- [26] Nález Ústavního soudu ze dne 15. března 2005, sp. zn. I. ÚS 367/03.
- [27] Nález Ústavního soudu ze dne 8. listopadu 2005, sp. zn. Pl. ÚS 28/04
- [28] Nález Ústavního soudu ze dne 20. června 2006, sp. zn. Pl. ÚS 38/04.
- [29] Nález Ústavního soudu ze dne 1. března 2007, sp. zn. Pl. ÚS 8/06.
- [30] Nález Ústavního soudu ze dne 17. července 2007, sp. zn. IV. ÚS 23/05.
- [31] Nález Ústavního soudu ze dne 14. února 2008, sp. zn. II. ÚS 2672/07.
- [32] Nález Ústavního soudu ze dne 12. března 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06.
- [33] Nález Ústavního soudu ze dne 15. listopadu 2010, sp. zn. I. ÚS 517/10.
- [34] Nález Ústavního soudu ze dne 19. července 2016, sp. zn. Pl. ÚS 20/15.
- [35] Nález Ústavního soudu ze dne 17. října 2017, sp. zn. IV. ÚS 1378/16.
- [36] Nález Ústavního soudu ze dne 3. dubna 2018, sp. zn. IV. ÚS 1200/16.
- [37] Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 27. června 2017 ve věci *Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy proti Finsku*, č. 931/13.
- [38] Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 14. dubna 2009 ve věci *Társaság a Szabadságjogokért* proti Maďarsku, č. 37374/05.
- [39] Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 26. května 2009 ve věci *Kenedi* proti Maďarsku, č. 31475/05.
- [40] Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 17. prosince 2009 ve věci *Boucha* - court proti Francii, č. 5335/06.
- [41] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. června 2007, sp. zn. 6 As 79/2006-58.
- [42] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. října 2014, sp. zn. 8 AS 55/2012-62.
- [43] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. srpna 2017, sp. zn. 4 As 46/2016-94.

[44] Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 9. listopadu 2010 ve věci Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) a Hartmut Eifert (C-93/09).

[45] Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 6. října 2015 ve věci *Schrems* (C-362/14).

Toto dílo lze užít v souladu s licenčními podmínkami Creative Commons BY-SA 4.0 International (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>).

<https://doi.org/10.5817/RPT2019-1-2>

CEZHRANIČNÝ PRÍSTUP K ELEKTRONICKÝM DÔKAZOM V TRESTNÝCH VECIACH. VISÍ VO VZDUCHU EURÓPSKY CLOUD ACT?

KATARÍNA KESSELOVÁ¹

ABSTRAKT

Článok sa venuje regulácii cezhraničného prístupu k elektronickým dôkazom v trestných veciach. Popisuje, ako zákon CLOUD Act (i) vyriešil právnu otázku nastolenú v prípade Microsoft Ireland a znížil význam teritoriálneho umiestnenia dát v prospech kritéria držby a kontroly požadovaných údajov; (ii) vytvoril alternatívny mechanizmus pre orgány činné v trestnom konaní v EÚ na získanie dát z USA mimo pôsobnosť zmlúv o právnej pomoci. Príspevok ďalej rozoberá právne základy prenosu osobných údajov do tretích krajín podľa GDPR a vákuum, v ktorom sa poskytovatelia služieb budú pohybovať až do uzavretia vykonávacej dohody medzi Úniou a Spojenými štátmi. Záverom článok načrtáva, ako sa navrhovaným nariadením o cezhraničnom prístupe k elektronickým dôkazom vytvára nový rámec priamej spolupráce medzi orgánmi činnými v trestnom konaní a poskytovateľmi služieb elektronických komunikácií.

KLÍČOVÁ SLOVA

elektronické dôkazy, cezhraničná spolupráca, CLOUD Act, GDPR, príkaz na predloženie a uchovanie, extrateritorialita

¹ JUDr. Mgr. Katarína Kesselová je absolventkou Právnickej fakulty Univerzity P. J. Šafárika v Košiciach a Prešovskej univerzity v Prešove. V súčasnosti pôsobí ako advokátska koncipientka v Košiciach. Kontaktný e-mail je katka.kessel@gmail.com

ABSTRACT

The article describes regulation on cross border access to e-evidence in criminal matters. It explains how CLOUD Act (i) resolved the legal issue posed in the Microsoft Ireland case and made the territorial location of data less relevant than possession and control of the data sought; (ii) created an alternative mechanism for law enforcement authorities in EU to obtain the U.S. held data outside the scope of MLATs. It further discusses legal grounds for transfers of personal data to third countries under GDPR and grey area in which providers will operate until an executive agreement between the EU and US is reached. Lastly, the article outlines how proposed regulation on transborder access to e-evidence aims to establish a new framework of direct cooperation between law enforcement and electronic communications providers.

KEYWORDS

electronic evidence, cross-border cooperation, CLOUD Act, GDPR, production and preservation order, extraterritoriality

1. ÚVOD

Elektronické dôkazy v trestnom konaní môžeme vo všeobecnosti rozdeliť z dvoch hľadísk. Po prvé rozlišujeme a) získavanie uložených údajov vzniknutých v minulosti a b) zachytávanie dát počas ich prenosu. Po druhé sa do samostatných kategórií vyčleňujú a) tzv. „neobsahové údaje“ a b) samotný obsah komunikácie.² Pod pojmom neobsahové údaje sa rozumejú základné údaje o používateľoch elektronickej služby, ako je e-mailová adresa registrovaného používateľa, informácie týkajúce sa on-line účtu používateľa, napr. IP adresa, z ktorej je k účtu pristupované alebo fakturačné záznamy zákazníka služby. Pod obsahové údaje patrí samotné znenie e-mailov a iných textových správ, fotografie, videá a ďalšie dáta, ktoré vytvoril používateľ služby. Odlišovanie uvedených kategórií sa premieta do samostatných procesných prostriedkov zabezpečovania informácií dôležitých pre

² U.S. INTERNET SERVICE PROVIDER ASSOCIATION. Electronic Evidence Compliance - A Guide for Internet Service Providers. In: *Berkeley Technology Law Journal*. Volume 18, Issue 4. University of California, Berkeley School of Law, 2003. ISSN: 1086-3818.

trestné konanie. Možno skonštatovať, že získanie obsahových údajov je procesne náročnejšie než získanie neobsahových údajov.

V tomto príspevku sa zameriame na elektronické dôkazy nachádzajúce sa v dispozícii poskytovateľa elektronickej komunikačnej služby, ktorý sídli v inom štáte než orgán vyšetrujúci trestný čin. Popis získavania digitálnych stôp od všetkých typov poskytovateľov služieb informačnej spoločnosti³ (ďalej len „ISP“) presahuje možnosti tohto príspevku. Preto rozsah zúžime na poskytovateľov webmailu, aplikácií na výmenu správ, prevádzkovateľov sociálnych sietí, teda tých služieb, u ktorých je ukladanie dát kľúčovým prvkom poskytovanej služby.

Pri vyšetrovaní a stíhaní trestných činov s cezhraničným charakterom môže orgán jedného štátu požiadať o právnu pomoc inú krajinu na základe medzinárodnej zmluvy o právnej pomoci (ďalej len „MLAT“⁴) alebo v prípade absencie takejto zmluvy na základe všeobecného princípu reciprocity⁵ a v súlade s vlastným právnym poriadkom. Zmluvy o vzájomnej právnej pomoci napomáhajú získavaniu dôkazov fyzicky umiestnených v jednej krajine, ale relevantných pre vyšetrovanie trestného činu v inej krajine.

Vnútroštátne orgány členských krajín Európskej únie sa pri získaní elektronických dôkazov uložených v zahraničí, resp. v správe poskytovateľa služieb sídliačeho v inej krajine, spoliehajú na existujúce zmluvné nástroje justičnej spolupráce.⁶ Dožiadania do inej členskej krajiny Únie môžu byť založené na európskom vyšetrovacom príkaze v trestných veciach⁷ (ďalej len „EIO“)⁸ a dožiadania do tretích krajín na základe medzinárodných zmlúv

³ Viac k pojmu ISP a príkladom typov služieb informačnej spoločnosti pozri POLČÁK, Radim. *Internet a proměny práva*. Praha: AUDITORIUM, 2012. str. 140 – 144. ISBN 978-80-87284-22-3.

⁴ Mutual legal assistance treaty.

⁵ Princíp vzájomnosti je upravený v § 479 slovenského Trestného poriadku.

⁶ Európska Komisia. *Factsheet - Security Union - Facilitating Access to electronic evidence* [online]. 17.04.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <http://europa.eu/rapid/attachment/MEMO-18-3345/en/Factsheet%20E-evidence.pdf>

⁷ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/41/EÚ zo 3. apríla 2014 o európskom vyšetrovacom príkaze v trestných veciach.

⁸ European Investigation Order.

o právnej pomoci.⁹ Avšak pokiaľ ide o elektronické dôkazy, ktoré možno premiestniť a vymazať kliknutím myši, jestvujúce mechanizmy právneho styku s cudzinou sa často javia ako príliš pomalé.¹⁰ V súčasnosti vybavenie dožiadania EIO môže trvať 120 dní a dožiadanie podľa MLAT aj 10 mesiacov.¹¹

Dôvodom, pre ktorý tradičné MLAT nie sú postačujúce, je aj to, že elektronické údaje, o ktoré môže mať záujem zahraničný orgán činný v trestnom konaní, sú čoraz častejšie uchovávané u poskytovateľov služieb cloud computingu a nie na zaradeniach a serveroch nachádzajúcich sa výhradne na území jednej krajiny. Poskytovatelia navyše z dôvodu optimalizácie ponúkaných cloudových služieb dáta uchovávajú aj v decentralizovanej podobe, teda po častiach na serveroch vo viacerých krajinách.¹² Musí byť v takom prípade žiadosť o súčinnosť adresovaná každému štátu, na ktorého území sa uchováva časť dát? V príspevku objasníme vznikajúci globálny konsenzus, podľa ktorého fyzické umiestnenie údajov nebude rozhodujúcim faktorom.¹³ Namiesto geografického umiestnenia sa kontrola nad dátami (faktická držba, možnosť ich správy) stala princípom, ktorý prevážil tak v americkom zákone *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*, ako aj

⁹ Európsky dohovor o vzájomnej pomoci v trestných veciach podpísaný dňa 20.04.1959 v Štrasburgu, pozri oznámenie Federálneho ministerstva zahraničných vecí publikované pod č. 550/1992 Zb. a Dohovor o počítačovej kriminalite podpísaný dňa 23.11.2001 v Budapešti, pozri oznámenie Ministerstva zahraničných vecí Slovenskej republiky publikované pod č. 137/2008 Z. z.

¹⁰ Tamtiež 6.

¹¹ McCann FitzGerald. *Changes to Cross-Border Access to Electronic Evidence Mean it's Decision Time for Ireland* [online]. 20.06.2018. [cit. 23.4.2019]. Dostupné na: <https://www.mccannfitzgerald.com/knowledge/disputes/changes-to-cross-border-access-to-electronic-evidence>

¹² KRISHNAMURTHY, Vivek. Cloudy with a Conflict of Laws. In: *Berkman Center Research Publication No. 2016-3*. No. 2016-3. Harvard University - Berkman Klein Center for Internet & Society. [online]. 16.02.2016. [cit. 23.4.2019]. Dostupné na: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/28566279/SSRN-id2733350.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹³ Hogan Lovells. *Demystifying the U.S. CLOUD Act: Assessing the law's compatibility with international norms and the GDPR* [online]. 15.01.2019. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: https://www.hoganlovells.com/~media/hogan-lovells/pdf/2019/2019_01_15_whitepaper_demystifying_the_us_cloud_act.pdf

v pripravovanom európskom *Nariadení o európskom príkaze na predloženie a uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach*.

Je potrebné uviesť, že sa paralelne vyvinul aj alternatívny spôsob získavania neobsahových údajov, a to dobrovoľná spolupráca medzi orgánmi činnými v trestnom konaní a poskytovateľmi digitálnych služieb, ktorí sídlia predovšetkým v Spojených štátoch amerických. Táto krajina dostáva najviac žiadostí o vzájomnú právnu pomoc týkajúcu sa prístupu k elektronickým dôkazom nielen od členských štátov Európskej únie, ale z celého sveta.¹⁴ Súčasný právny poriadok Spojených štátov umožňuje poskytovateľom služieb sprístupňovať zahraničným orgánom presadzovania práva neobsahové údaje na dobrovoľnom základe podľa vlastných, interných pravidiel¹⁵ vyhodnocovania žiadostí. Podľa Únie takejto spolupráci chýba spoľahlivosť, transparentnosť, zodpovednosť a právna istota.¹⁶

2. MICROSOFT IRELAND

Článok o prístupe orgánov činných v trestnom konaní k používateľským údajom, ktoré poskytovateľ služieb elektronickej komunikácie uchováva v tzv. cloude, a na serveroch lokalizovaných v zahraničí, začneme opisom súdneho prípadu *Microsoft Ireland*. Napriek tomu, že tento právny spor prebehol na americkej pôde a podľa tamojšieho práva, právna otázka v centre tohto prípadu (a jej legislatívne nie judikátorne rozuzlenie) má vplyv aj na európsky breh Atlantiku.

¹⁴ Európska Komisia. Odporúčanie: Rozhodnutie rady o poverení začať rokovania so zreteľom na dohodu medzi Európskou úniou a Spojenými štátmi americkými o cezhraničnom prístupe k elektronickým dôkazom v oblasti justičnej spolupráce v trestných veciach [online]. 5. 2. 2019. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/SK/COM-2019-70-F1-SK-MAIN-PART-1.PDF>

¹⁵ Pozri napr. *Apple Legal Process Guidelines for Government and Law Enforcement outside the United States*. Dostupné na: <https://www.apple.com/legal/privacy/law-enforcement-guidelines-outside-us.pdf>, *Legal process for user data requests FAQs*. Dostupné na: <https://support.google.com/transparencyreport/answer/7381738?hl=en>

¹⁶ Európska Komisia. *Factsheet - Security Union - Facilitating Access to electronic evidence* [online]. 17.04.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <http://europa.eu/rapid/attachment/MEMO-18-3345/en/Factsheet%20E-evidence.pdf>

Odvolanie predložené na rozhodnutie Najvyššiemu súdu Spojených štátov vo veci *United States v. Microsoft Corporation*¹⁷ (ďalej skrátene len ako „*Microsoft Ireland*“) bolo vyústením nasledovnej genézy prípadu. Federálny vyšetrovací úrad žiadal spoločnosť Microsoft na základe súdom vydaného príkazu k prehliadke¹⁸ o vydanie e-mailov a iných počítačových údajov spojených s používateľským kontom jej zákazníka. Akceptujúc, že federálni agenti preukázali dôvodné podozrenie, že dotknutý používateľ využíva konto na obchodovanie s drogami, spoločnosť predložila tú časť údajov, ktorú uchovávala v Spojených štátoch. Microsoft však odmietol vydať údaje uložené v írskom datacentre s argumentom, že *Stored Communications Act*¹⁹ (ďalej len „zákon o uloženej komunikácii“ alebo „SCA“ upravujúci predmetný súdny príkaz) sa nevzťahuje na údaje, ktoré sú uchovávané v zahraničí. Spoločnosť žiadala súd o zrušenie tejto „cezhraničnej“ časti príkazu na vydanie údajov.

Prvostupňový súd návrh Microsoftu zamietol, pretože dospel k záveru, že aj údaje uchovávané mimo územia Spojených štátov podliehajú príkazu na vydanie v zmysle SCA. Odvolací súd sa s týmto záverom nestotožnil. Skonštatoval, že vydanie záznamov o elektronickej komunikácii by v tomto prípade vytváralo extrateritoriálne účinky SCA, preto vyhovel návrhu Microsoftu na zrušenie tejto časti príkazu. Ministerstvo spravodlivosti sa odvolalo na Najvyšší súd, ktorý prípad prijal na posúdenie.

Podľa názoru vlády rozhodnutie odvolacieho súdu vytvorilo stav, že vyšetrovací orgán sa musí so žiadosťou o vydanie dát obrátiť na zahraničné orgány, a to aj v prípade, ak žiada o údaje o americkom občanovi, prístupné americkému poskytovateľovi elektronických komunikačných služieb a na účely vyšetrenia trestného činu spáchaného v Amerike. Jediná spojitosť so zahraničím je skutočnosť, že údaje sú uložené mimo amerického územia, resp. v niektorých prípadoch ani nie je známe, kde sú údaje uchovávané, a teda ktorej krajine adresovať žiadosť o súčinnosť.

¹⁷ *United States v. Microsoft Corp. (Microsoft Ireland)*, No. 17-2, (Apr. 17, 2018) In the Matter of a Warrant to Search a Certain E - Mail Account Controlled and Maintained by Microsoft Corporation

¹⁸ Warrant under Section 2703 of the Stored Communications Act (18 U.S. Code § 2703).

¹⁹ Stored Communications Act, Pub. L. 99-508, tit. II, 100 Stat. 1848, 1860-68 (1986).

Spoločnosť Microsoft argumentovala, že príkazy na vydanie údajov majú teritoriálne obmedzenie. Varovala, že inak by každá krajina mohla vyžadovať prístup k dátam len preto, že do jej územnej pôsobnosti spadá poskytovateľ služieb elektronickej komunikácie alebo jeho pobočka, bez ohľadu na lokalizáciu samotných dát. Podľa spoločnosti je zmena vymedzenia pôsobnosti príkazov na vydanie záznamov o elektronickej komunikácii v kompetencii Kongresu nie súdu. K zmene právnej úpravy skutočne došlo, a to ešte predtým, než Najvyšší súd prípad *Microsoft Ireland* meritórne rozhodol.

Prijatím zákona *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (ďalej len „zákon o objasnení zákonného využívania údajov v zámorí“ alebo „CLOUD Act“)²⁰ sa novelizoval zákon o uloženej komunikácii (SCA) a upravil dve hlavné skutočnosti:

(1) pôsobnosť príkazu na vydanie údajov o elektronickej komunikácii (t.j. otázka nastolená v prípade *Microsoft Ireland*) a

(2) prístup zahraničných orgánov k obsahu elektronickej komunikácie uchováanej na území Spojených štátov.

Obe strany sporu *Microsoft Ireland* súhlasili so zastavením konania pred Najvyšším súdom bez vydania rozhodnutia, ktoré by sa z dôvodu vyriešenia právnej otázky prijatím CLOUD Act ihneď stalo obsoletným.

3. CLOUD ACT

Ako prezrádza akronym právneho predpisu, jeho zámerom je objasniť, že orgány presadzovania práva môžu od poskytovateľov služieb vyžadovať aj predkladanie dát nachádzajúcich sa v zahraničí. Zákon CLOUD Act upresňuje, že poskytovatelia služieb „elektronickej komunikácie alebo vzdialenej počítačovej služby“ sú povinní uchovať, vyhotoviť kópie alebo vydať obsah komunikácie a akýkoľvek záznam alebo iné informácie týkajúce sa zákazníka alebo účastníka, ktoré sú v ich držbe alebo pod ich kontrolou bez

²⁰ Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD) Act, H.R. 1625, 115th Cong. div. V (2018).

ohľadu na to, či sa tieto informácie, záznamy alebo iné informácie nachádzajú na území alebo mimo územia Spojených štátov.²¹

CLOUD Act rozšíril geografickú pôsobnosť zákona SCA. Bez zmeny ponechal definíciu povinných z príkazu (poskytovateľov elektronickej komunikácie alebo vzdialenej počítačovej služby, kam radíme napr. poskytovateľov e-mailu, číťovacích služieb, cloudového hostingu), ako aj typ údajov, ktoré spadajú pod vecnú pôsobnosť zákona SCA. Je ním obsah elektronickej komunikácie a dáta uložené v cloude, ako aj neobsahové údaje, týkajúce sa elektronickej komunikácie (údaje o používateľskom konte, záznamy o prenose).²²

Americké orgány činné v trestnom konaní môžu od poskytovateľov sídiel v Spojených štátoch požadovať aj „zámorské“ dáta o používateľoch týchto služieb, ktoré sú „v držbe alebo pod kontrolou“ danej technologickej spoločnosti. Orgány presadzovania práva nie sú oprávnené extrahovať údaje priamo zo systémov poskytovateľov služieb.²³ Procesné záruky proti „nadužívaniu“ alebo zneužívaniu žiadostí na vydanie dát ostávajú v platnosti v zmysle zákona SCA, pričom vyššie nároky sú kladené na získanie obsahových dát. Vyšetrovací orgán môže požadovať, aby poskytovateľ elektronickej komunikácie zverejnil obsah komunikácie uchovanej v elektronickej systéme po dobu 180 dní alebo menej, len na základe príkazu k prehliadke (*search warrant*) vydaného súdom podľa Federálneho trestného poriadku.²⁴ Súd vydá príkaz k prehliadke, ak na základe všetkých okolností existuje „primeraná pravdepodobnosť,“ že v pred-

²¹ 18 U.S. Code § 2713: A provider of electronic communication service or remote computing service shall comply with the obligations of this chapter to preserve, backup, or disclose the contents of a wire or electronic communication and any record or other information pertaining to a customer or subscriber within such provider's possession, custody, or control, regardless of whether such communication, record, or other information is located within or outside of the United States.

²² LOEB, Robert, GOLDMAN, Brian a TABATABAI Emily. *The CLOUD Act, Explained* [online]. 06.04.2018 [cit. 14.4.2019]. Dostupné na: <https://www.orricks.com/Insights/2018/04/The-CLOUD-Act-Explained>

²³ Hogan Lovells. *Demystifying the U.S. CLOUD Act: Assessing the law's compatibility with international norms and the GDPR* [online]. 15.01.2019. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: https://www.hoganlovells.com/~media/hogan-lovells/pdf/2019/2019_01_15_whitepaper_demystifying_the_us_cloud_act.pdf

metnom elektronickom úložisku možno nájsť dôkazy o trestnom čine.²⁵ Pri obsahových údajov sa vyžaduje najvyššie miera dôvodného podozrenia na spáchanie trestného činu. Príkaz k prehliadke musí špecifikovať miesta, ktoré majú byť prehľadané, ako aj cieľ hľadania.²⁶ Neobsahové údaje a e-maily, ktoré boli uložené dlhšie ako 180 dní, môže vyšetrovací orgán získať prostredníctvom predvolania (*subpoena*) alebo súdneho príkazu vydaného na základe SCA,²⁷ pričom pri oboch sa vyžaduje nižšia miera dôvodného podozrenia. Postačuje, ak elektronické dôkazy sú „relevantné pre prebiehajúce vyšetrovanie trestného činu.“²⁸

Potom čo poskytovateľ služby obdrží príkaz na vydanie dát, má možnosť príkaz napadnúť (navrhnuť zmenu alebo zrušenie príkazu), ak ša odvodnene domnieva, že 1) dotknutá osoba (zákazník alebo používateľ služby) nie je americkým občanom a nemá bydlisko v Spojených štátoch alebo 2) požadované vydanie dát by spôsobilo značné riziko, že poskytovateľ služby „poruší zákony kvalifikovanej zahraničnej vlády.“²⁹ Termín *kvalifi-*

²⁴ 18 U.S. Code § 2703 (a) A governmental entity may require the disclosure by a provider of electronic communication service of the contents of a wire or electronic communication, that is in electronic storage in an electronic communications system for one hundred and eighty days or less, only pursuant to a warrant issued using the procedures described in the Federal Rules of Criminal Procedure (or, in the case of a State court, issued using State warrant procedures and, in the case of a court-martial or other proceeding under chapter 47 of title 10 (the Uniform Code of Military Justice), issued under section 846 of that title, in accordance with regulations prescribed by the President) by a court of competent jurisdiction.

²⁵ Tamtiež 22.

²⁶ POLČÁK, Radim, PÚRY, František, HARAŠTA, Jakub a kolektiv. *Elektronické důkazy v trestním řízení*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2015. ISBN 978-80-210-8073-7. s. 156.

²⁷ 18 U.S. Code § 2703 (b).

²⁸ Tamtiež 22.

²⁹ A provider of electronic communication service to the public or remote computing service, including a foreign electronic communication service or remote computing service, that is being required to disclose pursuant to legal process issued under this section the contents of a wire or electronic communication of a subscriber or customer, may file a motion to modify or quash the legal process where the provider reasonably believes: (i) that the customer or subscriber is not a United States person and does not reside in the United States; and

(ii) that the required disclosure would create a material risk that the provider would violate the laws of a qualifying foreign government.

kovaná zahraničná vláda znamená krajinu, ktorá má so Spojenými štátmi uzavretú bilaterálnu vykonávaciu dohodu o vzájomnom poskytovaní dát. Pod vykonávacou, resp. exekutívnou dohodou máme na mysli dohodu, na uzavretie ktorej sa vyžaduje iba podpis zástupcov americkej vlády (*attorney general* a *secretary of state*³⁰), bez potreby štandardného ratifikačného procesu. (Vykonávacia dohoda nadobudne účinnosť, ak Kongres po dobu 6 mesiacov neuplatní právo veta.³¹) V tomto prípade ide teda o odlišný postup než pri zmluvách o medzinárodnej právnej pomoci (MLAT), ktoré sú dnes využívané v oblasti právneho styku s cudzinou.

Novela zákona o uloženej komunikácii (SCA) sformalizovala dôvody, na základe ktorých môže poskytovateľ navrhnúť zrušenie príkazu súdom. Poskytovateľ služby je oprávnený príkaz napadnúť, ak sa domnieva, že jeho realizáciou spôsobí „značné riziko porušenia zákonov kvalifikovanej zahraničnej vlády.“ Podľa americkej právnej náuky sa tu uplatňuje tzv. *analýza komity*.³² Medzinárodná komita je princíp pochádzajúci z common law tradície a týka sa prípadov konfliktu právnych poriadkov (t.j. amerického a zahraničného). Americké súdy používajú doktrínu medzinárodnej komity na obmedzenie dosahu národného práva.³³

Súd má pri analýze komity zvážiť niekoľko faktorov³⁴ napríklad pravdepodobnosť, povahu a výšku sankcie, ktorá hrozí poskytovateľovi služby z dôvodu nesúladu právnych požiadaviek (t. j. povinnosti vydať a zákazu vydať požadované údaje), lokalizáciu a národnosť dotknutej osoby, dôleži-

³⁰ DASKAL, Jennifer. Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and International Lawmaking 2.0. In: *Stanford Law Review*. Vol. 71, 2018. [online]. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://www.stanfordlawreview.org/online/microsoft-ireland-cloud-act-international-law-making-2-0/>.

³¹ CHRISTAKIS, Theodore. *Lost In The Cloud? Law Enforcement Cross-Border Access To Data After The "Clarifying Lawful Overseas Use Of Data" (Cloud) Act And E-Evidence* [online]. 28.06.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://observatoire-fic.com/en/lost-in-the-cloud-law-enforcement-cross-border-access-to-data-after-the-clarifying-lawful-overseas-use-of-data-cloud-act-and-e-evidence/>

³² Tamtiež 30.

³³ DODGE S. William. International Comity in American Law, In: *Columbia Law Review*. Vol.115 No. 8 [online]. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://columbialawreview.org/content/international-comity-in-american-law/>

³⁴ For purposes of making a determination under paragraph (2)(B)(ii), the court shall take into account, as appropriate—

tosť informácie pre vyšetrovanie prebiehajúce v Spojených štátoch a pravdepodobnosť včasného a efektívneho získania dôkazu alternatívnym spôsobom. Za zmienku stojí, že proti príkazu na uchovanie a vydanie počítačových údajov podľa slovenského Trestného poriadku³⁵ dnes nie je prípustný riadny opravný prostriedok zo strany adresáta príkazu. Do úvahy za určitých podmienok pripadá len ústavná sťažnosť.³⁶

4. GDPR A KONFLIKT PRÁVNÝCH PORIADKOV

Kolízia právnych poriadkov, o ktorej pojednáva CLOUD Act, môže nastať, ak sa na poskytovateľa, ktorému je doručený príkaz na vydanie záznamov o elektronickej komunikácii, zároveň vzťahuje *Všeobecné nariadenie o ochrane údajov*³⁷ (ďalej len ako „GDPR“). Nariadenie pritom svoju územnú pôsobnosť jednoznačne rozširuje aj na tých zahraničných (t. j. v Únii nesídliviacich) poskytovateľov služieb (v kontexte ochrany osobných údajov prevádzkovateľov a sprostredkovateľov), ktorí buď ponúkajú tovary alebo služby dotknutým osobám v Únii, alebo sledujú ich správanie na území

(A) the interests of the United States, including the investigative interests of the governmental entity seeking to require the disclosure; (B) the interests of the qualifying foreign government in preventing any prohibited disclosure; (C) the likelihood, extent, and nature of penalties to the provider or any employees of the provider as a result of inconsistent legal requirements imposed on the provider; (D) the location and nationality of the subscriber or customer whose communications are being sought, if known, and the nature and extent of the subscriber or customer's connection to the United States, or if the legal process has been sought on behalf of a foreign authority pursuant to section 3512, the nature and extent of the subscriber or customer's connection to the foreign authority's country; (E) the nature and extent of the provider's ties to and presence in the United States; (F) the importance to the investigation of the information required to be disclosed; (G) the likelihood of timely and effective access to the information required to be disclosed through means that would cause less serious negative consequences; and (H) if the legal process has been sought on behalf of a foreign authority pursuant to section 3512, the investigative interests of the foreign authority making the request for assistance.

³⁵ § 90 zákona č. 301/2005 Z. z. (Trestný poriadok).

³⁶ ABELOVSKÝ, Tomáš. Zaisťovanie elektronického dôkazu vo svetle rekonštrukcie trestného poriadku. In: *Revue pro právo a technologie*, Masarykova univerzita, 2015, roč. 6, č. 11, s. 29-48. ISSN 1804-5383.

³⁷ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov).

Únie.³⁸ Uvedené extrateritoriálne účinky GDPR sú obhajované „argumentom cielenia“ – ak zahraničný poskytovateľ cieľi na zákazníkov v Únii, právo Únie sa zacieli naň.³⁹

Prenos osobných údajov poskytovateľom služby z Únie do Spojených štátov na základe vykonávacej dohody v zmysle CLOUD Act nemá v GDPR jednoznačný právny základ a môže predstavovať pre poskytovateľa služby riziko. Riziko plyní buď z nesplnenia súdneho príkazu, alebo z možnosti udelenia sankcie za porušenie ochrany osobných údajov. Prevádzkovateľ a sprostredkovateľ v pôsobnosti GDPR môže uskutočniť prenos osobných údajov mimo územia Únie za splnenia podmienok stanovených v piatej kapitole GDPR.⁴⁰ Poskytovateľ služby elektronickej komunikácie, ktorý chce preniesť údaje do Spojených štátov na základe príkazu k prehliadke vydaného podľa CLOUD Act, môže porušiť GDPR, pokiaľ nespĺňa jednu z osobitných podmienok prenosu v článkoch 45 až 49 GDPR. Stručne upozorníme na články stanovujúce jednotlivé právne základy prenosu osobných údajov do tretej krajiny.

Článok 45 umožňuje prenos na základe rozhodnutia Európskej komisie, že daná krajina zaručuje primeranú úroveň ochrany osobných údajov.⁴¹ Na prenos do krajín, ktoré podľa rozhodnutia Komisie spĺňajú podmienku primeranosti, nie je potom potrebné žiadne ďalšie povolenie. Ak neexistuje rozhodnutie o primeranosti, článok 46 dovoľuje uskutočniť prenos osobných údajov, ak prevádzkovateľ alebo sprostredkovateľ poskytol primerané záruky (vymenované ďalej v tomto článku) a za podmienky, že dotknuté osoby majú k dispozícii „vymožiteľné práva a účinné právne prostriedky nápravy.“

³⁸ Článok 3 ods. 2 GDPR.

³⁹ HERT de Paul, CZERNIAWSKI, Michal. Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context. In: *International Data Privacy Law*, 2016, Vol. 6, No. 3. str. 231. [online]. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://academic.oup.com/idpl/article-abstract/6/3/230/2447252?redirected-From=fulltext>.

⁴⁰ Pozri GDPR Článok 44 Všeobecná zásada prenosov.

⁴¹ Zoznam krajín s primeranou úrovňou ochrany osobných údajov je odstupný na: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/adequacy-protection-personal-data-non-eu-countries_en

Článok 48 naopak špecifikuje, za akých okolností sa prenos alebo poskytovanie údajov nepovoľuje. Tento článok bol podľa Komisie prijatý práve v reakcii na dožiadania tretích krajín, ako to objasňuje recitál 115, keď uvádza: „Niektoré tretie krajiny prijímajú zákony, iné právne predpisy a iné právne akty, ktoré priamo regulujú spracovateľské činnosti fyzických a právnických osôb v rámci jurisdikcie členských štátov.“ Recitál varuje: „extra-teritoriálne uplatňovanie týchto zákonov, iných právnych predpisov a iných právnych aktov môže byť v rozpore s medzinárodným právom a môže ohroziť ochranu fyzických osôb zaručenú Úniou v tomto nariadení,“ a záverom zdôrazňuje, že: „prenosy by mali byť povolené, len ak sa splnia podmienky uvedené v tomto nariadení pre prenosi do tretích krajín.“

Podľa Komisie článok 48 jasne stanovuje, že zahraničný súdny príkaz na vydanie dát sám osebe nepredstavuje právny základ pre prenos údajov mimo Únie, keď upravuje, že: „akýkoľvek rozsudok súdu alebo tribunálu a akékoľvek rozhodnutie správneho orgánu tretej krajiny, ktorým sa od prevádzkovateľa alebo sprostredkovateľa vyžaduje preniesť alebo poskytnúť osobné údaje, môže byť uznané alebo vykonateľné akýmkoľvek spôsobom len vtedy, ak sa zakladá na medzinárodnej dohode, ako napríklad zmluve o vzájomnej právnej pomoci, platnej medzi žiadajúcou treťou krajinou a Úniou alebo členským štátom bez toho, aby boli dotknuté iné dôvody prenosu podľa tejto kapitoly.“⁴²

Európska únia a Spojené štáty podpísali zmluvu o vzájomnej právnej pomoci, ktorá nadobudla platnosť v roku 2010.⁴³ Táto zmluva o justičnej spolupráci ale neupravuje možnosť zahraničného orgánu verejnej moci ad-

⁴² Article 48: Any judgment of a court or tribunal and any decision of an administrative authority of a third country requiring a controller or processor to transfer or disclose personal data may only be recognized or enforceable in any manner if based on an international agreement, such as a mutual legal assistance treaty, in force between the requesting third country and the Union or a Member State, without prejudice to other grounds for transfer pursuant to this Chapter.

⁴³ Dohoda o vzájomnej právnej pomoci medzi Európskou úniou a Spojenými štátmi americkými podpísaná dňa 25. júna 2003. Pozri oznámenie č. 28/2010 Z. z. Ministerstva zahraničných vecí Slovenskej republiky o uzavretí Právneho nástroja medzi Slovenskou republikou a Spojenými štátmi americkými podľa článku 3 odseku 3 Dohody medzi Európskou úniou a Spojenými štátmi americkými o vzájomnej právnej pomoci podpísanej 25. júna 2003.

resovať príkazy na vydanie údajov priamo poskytovateľom elektronických komunikačných služieb. Článok 48 v závere dodáva, že existenciou relevantnej medzinárodnej dohody „*nie sú dotknuté iné právne základy prenosu údajov v zmysle piatej kapitoly*.“ Ak nie je naplnený žiaden z článkov 45 až 47 GDPR (čo je stav, ktorý v čase spísania svojho stanoviska Komisia predpokladá)⁴⁴, potom prenos údajov do tretej krajiny je možný, len ak je naplnená niektorá z výnimiek podľa článku 49.

Európska komisia adresovala americkému Najvyššiemu súdu v spomínanom konaní *Microsoft Ireland* podanie *amicus curiae*,⁴⁵ v ktorom uviedla, že pri prenose údajov v zmysle článku 49 GDPR sa ako najrelevantnejšie javia tieto výnimky:

- prenos je *nevyhnutný z dôležitých dôvodov verejného záujmu*.⁴⁶ Podľa odseku 4 verejný záujem musí byť uznaný v práve Únie alebo práve členského štátu, ktorému prevádzkovateľ podlieha. Komisia uvádza, že boj proti závažným trestným činom môže byť takýmto všeobecným verejným záujmom.
- prenos, ktorý je *nevyhnutný na účely závažných oprávnených záujmov, ktoré sleduje prevádzkovateľ a nad ktorými neprevažujú záujmy alebo práva a slobody dotknutej osoby, pričom prenos nie je opakujúcej sa povahy a týka sa len obmedzeného počtu dotknutých osôb, a zároveň prevádzkovateľ posúdil všetky okolnosti sprevádzajúce prenos údajov a na základe tohto posúdenia poskytol vhodné záruky, pokiaľ ide o ochranu osobných údajov*. Prevádzkovateľ o takomto prenose informuje dozorný orgán. Podľa Komisie môžu „okolnosti“ zahŕňať procesné záruky, podľa ktorých bol zahraničný súdny príkaz vydaný.

Možno zhrnúť, že ak neexistuje rozhodnutie o primeranosti, ani sa nenaplní žiadna z primeraných záruk (vrátane závažných vnútropodnikových

⁴⁴ Európska komisia. *Brief of the European Commission on behalf of the European union as amicus curiae in support of neither party*. [online]. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/23655/20171213123137791_17-2%20ac%20European%20Commission%20for%20filing.pdf

⁴⁵ Tamtiež 44.

⁴⁶ Článok 49 ods. 1 písm d) GDPR.

pravidiel podľa článku 47 GDPR), prenos osobných údajov do tretej krajiny sa môže uskutočniť na základe výnimky pre osobitné situácie podľa článku 49 GDPR. Ich výklad má byť podľa Komisie skôr reštriktívny.⁴⁷

5. PRÍSTUP TUZEMSKÝCH ORGÁNOV ČINNÝCH V TRESTNOM KONANÍ K DÁTAM V SPRÁVE AMERICKÉHO POSKYTOVATEĽA ELEKTRONICKÝCH SLUŽIEB

Ak orgány činné v trestnom konaní členských štátov Únie vyšetrojú trestné činy vlastných občanov a potrebujú ako dôkaz obsah elektronickej komunikácie uchovanej pod kontrolou amerického poskytovateľa služby, môžu žiadať o sprístupnenie dát diplomatickou cestou alebo na základe uzavretej dohody o medzinárodnej právnej pomoci. Podľa zmluvy MLAT sa európska krajina v prípade záujmu o obsahové dáta v správe amerického poskytovateľa služieb, musí obrátiť na americké Ministerstvo spravodlivosti a jeho Úrad pre medzinárodné záležitosti.⁴⁸ Úrad vykoná prvotný prieskum, aby sa zabezpečilo, že žiadosť obsahuje všetky potrebné informácie v požadovanej forme. Následne žiadosť postúpi do jurisdikcie, kde sa nachádza svedok alebo dôkaz. Americký prokurátor predloží žiadosť federálnemu súdu a navrhne vydanie súdneho príkazu, ktorý oprávňuje Spojené štáty, aby vykonali dožiadanie cudzieho štátu napr. formou federálneho súdneho príkazu na vydanie požadovaných údajov.⁴⁹

Electronic Communications Privacy Act (ďalej ako „zákon o elektronických komunikáciách a ochrane súkromia“ alebo „ECPA“) z roku 1986 zakazuje⁵⁰ americkým poskytovateľom elektronických komunikačných služieb sprístupňovať zahraničným orgánom obsahové údaje o komunikácii užívateľov služieb.⁵¹ Obsahové dáta môže zahraničný orgán získať iba na základe medzinárodnej dohody o vzájomnej právnej pomoci, pričom tento proces

⁴⁷ Tamtiež 44.

⁴⁸ Office of International Affairs in the Criminal Division of DOJ.

⁴⁹ GARLAND, Jim, BERENGAUT, Alexander a GOODLOE Katharine. *CLOUD Act Creates New Framework for Cross-Border Data Access* [online]. 26.03.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://www.insideprivacy.com/cloud-computing/cloud-act-creates-new-framework-for-cross-border-data-access/>

⁵⁰ 18 U.S. Code § 2702 (Voluntary disclosure of customer communications or records).

trvá v priemere deväť⁵² až desať mesiacov.⁵³ Hlavnými dôvodmi odmietnutia dožiadania zo strany USA je nepreukázanie dôvodného podozrenia na spáchanie trestného činu (probable cause), následne zásada proporcionality (de minimis rule) a sloboda prejavu.⁵⁴ Neobsahové údaje môžu poskytovatelia služieb sprístupniť priamo zahraničným orgánom verejnej moci na dobrovoľnej báze. Týka sa to amerických poskytovateľov služieb a v obmedzenejšom rozsahu poskytovateľov so sídlom v Írsku, ktorí dobrovoľne odpovedajú na žiadosti orgánov presadzovania práva členských štátov Únie priamo, pokiaľ sa žiadosti týkajú neobsahových údajov.⁵⁵

Zákon CLOUD Act vo svojej druhej časti zavádza odlišný mechanizmus prístupu zahraničných orgánov k dátam v správe amerických poskytovateľov. V novom režime by sa cudzia, napr. európska krajina mohla obrátiť priamo na poskytovateľa elektronickej komunikačnej služby bez potreby najprv odoslať žiadosť na americké ministerstvo. CLOUD Act však vytvára len predpoklad tohto postupu. Realizácia bude možná vo vzťahu k tým štátom, ktoré s USA uzavrú už spomínanú vykonávaciu dohodu, čím nadobudnú status tzv. kvalifikovanej vlády. Voči „kvalifikovanej krajine“

⁵¹ CHRISTAKIS, Theodore. *Lost In The Cloud? Law Enforcement Cross-Border Access To Data After The “Clarifying Lawful Overseas Use Of Data” (Cloud) Act And E-Evidence* [online]. 28.06.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://observatoire-fic.com/en/lost-in-the-cloud-law-enforcement-cross-border-access-to-data-after-the-clarifying-lawful-overseas-use-of-data-cloud-act-and-e-evidence/>

⁵² KRISHNAMURTHY, Vivek. *Cloudy with a Conflict of Laws*. In: *Berkman Center Research Publication No. 2016-3*. No. 2016-3. Harvard University - Berkman Klein Center for Internet & Society. [online]. 16.02.2016. [cit. 23.4.2019]. Dostupné na: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/28566279/SSRN-id2733350.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁵³ Európska Komisia. *Odporúčanie: Rozhodnutie rady o poverení začať rokovania so zreteľom na dohodu medzi Európskou úniou a Spojenými štátmi americkými o cezhraničnom prístupe k elektronickým dôkazom v oblasti justičnej spolupráce v trestných veciach* [online]. 5. 2. 2019. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/SK/COM-2019-70-F1-SK-MAIN-PART-1.PDF>

⁵⁴ Európsky Parlament: *4thWORKING DOCUMENT(A) on the Proposal for a Regulation on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters (2018/0108 (COD)) –Relation with third country law* [online]. 11.03.2019. [cit. 22.4.2019]. Dostupné na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COM-Parl&reference=PE-636.343&format=PDF&language=EN&secondRef=01>

⁵⁵ Tamtiež 52.

s uzavretou exekutívnou dohodou sa odstráni paušálny zákaz vydávania obsahových dát. Americkí poskytovatelia tak budú oprávnení vydať zahraničnému orgánu obsahovú elektronickú komunikáciu (uloženú ako aj prebiehajúcu *real-time*).⁵⁶ Zahraničná vláda sa vo vykonávacej dohode zaväzuje poskytnúť recipročné právo prístupu k údajom v správe „svojich“ poskytovateľov elektronických služieb. V čase písania tohto príspevku žiadna exekutívna dohoda uzavretá podľa druhej časti CLOUD Act neexistuje.

Pre európske krajiny predstavuje uzavretie vykonávacej bilaterálnej dohody výhodu v tom, že im umožní žiadať od poskytovateľov služieb elektronickej komunikácie vydanie určitej kategórie údajov lokalizovaných v Spojených štátoch aj bez zdĺhavej diplomatickej cesty. Možno očakávať uzavretie vykonávacej recipročnej dohody o vydávaní dát medzi Európskou úniou a Spojenými štátmi? V samotnom znení CLOUD Act sa uvádza, že vykonávaciu dohodu môže uzavrieť kvalifikovaná zahraničná vláda, čo pojmovo nevystihuje integračné zoskupenie, ako je EÚ.⁵⁷ Avšak zrejme z praktických dôvodov Rada EÚ pre spravodlivosť a vnútorné veci podporila vo vzťahu k zákonu CLOUD Act spoločný prístup na úrovni EÚ.⁵⁸ Európska komisia odporučila Rade EÚ, aby Komisiu poverila rokovaním v mene Únie o dohode medzi Úniou a Spojenými štátmi americkými o cezhraničnom prístupe justičných orgánov v trestnom konaní k elektronickým dôkazom, ktoré uchováva poskytovateľ služieb.⁵⁹

⁵⁶ MULLIGAN, P. Stephen. *Report of the Congressional Research Service on Cross-Border Data Sharing Under the CLOUD Act* [online]. 23.4.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45173.pdf>

⁵⁷ CHRISTAKIS, Theodore. *Lost In The Cloud? Law Enforcement Cross-Border Access To Data After The "Clarifying Lawful Overseas Use Of Data" (Cloud) Act And E-Evidence* [online]. 28.06.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://observatoire-fic.com/en/lost-in-the-cloud-law-enforcement-cross-border-access-to-data-after-the-clarifying-lawful-overseas-use-of-data-cloud-act-and-e-evidence/>

⁵⁸ Rada Európskej únie: *Výsledky zasadnutia Rady pre spravodlivosť a vnútorné veci*, 4. – 5. 6. 2018. [online] [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://www.consilium.europa.eu/media/36284/st09680-en18.pdf>

⁵⁹ Európska komisia: *Odporúčanie - Rozhodnutie rady o poverení začať rokovania so zreteľom na dohodu medzi Európskou úniou a Spojenými štátmi americkými o cezhraničnom prístupe k elektronickým dôkazom v oblasti justičnej spolupráce v trestných veciach*. [online] 5.2.2019. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/SK/COM-2019-70-F1-SK-MAIN-PART-1.PDF>

Ak sa vykonávacou dohodou odstráni zákaz brániaci americkým poskytovateľom služieb reagovať na právne dožiadania ohľadom obsahových dát kvalifikovanej vlády, orgány participujúcej krajiny musia dodržiavať niekoľko zásad. Dožiadanie vydané zahraničným orgánom napríklad musí (1) byť vydané za účelom získania informácií týkajúcich sa prevencie, odhaľovania, vyšetrovania alebo stíhania závažnej trestnej činnosti, vrátane terorizmu; (2) sa musí vzťahovať na konkrétnu osobu, konto, účet, osobné zariadenie alebo iný identifikátor, (3) musí byť primerane odôvodnené, vychádzajúc z presných a dôveryhodných skutočností a (4) musí podliehať možnosti preskúmania alebo dohľadu zo strany súdu alebo iného nezávislého orgánu. Príkaz vydaný zahraničnou vládou zároveň nesmie byť použitý na porušovanie slobody prejavu.⁶⁰ V prípade príkazu na odpočúvanie sa vyžaduje, aby príkaz (1) bol vydaný na obmedzenú dobu, (2) nesmie trvať dlhšie, než je primerane potrebné na splnenie schválených účelov príkazu; (3) vydáva sa, len ak by sa tie isté informácie nemohli primerane získať inou, menej invazívnou metódou.⁶¹

Uvedeným spôsobom by orgány presadzovania práva z krajín Únie mohli žiadať o prístup k dátam osôb, ktoré nie sú americkými občanmi a nachádzajú sa mimo územia Spojených štátov. Prístup k obsahovaným údajom o amerických občanoch a osobách trvale usadených v USA bude naďalej možný iba prostredníctvom právnej pomoci najmä MLAT.⁶² Uvedená limitácia vychádza z princípu, že štát má trestnú pôsobnosť prioritne nad vlastnými občanmi a cudzincami, ktorí majú na území danej krajiny trvalý pobyt.

⁶⁰ CLOUD Act (18 U.S. Code § 2523. Executive agreements on access to data by foreign governments

⁶¹ Tamtiež 60.

⁶² DASKAL, Jennifer. Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and International Lawmaking 2.0. In: *Stanford Law Review*. Vol. 71, 2018. [online]. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://www.stanfordlawreview.org/online/microsoft-ireland-cloud-act-international-law-making-2-0/>.

6. LEGISLATÍVNY NÁVRH KOMISIE O CEZHRANIČNOM PRÍSTUPE K ELEKTRONICKÝM DÔKAZOM

V apríli 2018 Európska komisia predstavila návrh právneho rámca, ktorý umožní adresovať príkazy týkajúce sa elektronických dát priamo poskytovateľom elektronických služieb⁶³ pôsobiacim v inom členskom štáte EÚ. Legislatívny návrh upravuje predkladanie a uchovávanie elektronických dôkazov na účely trestného konania v inom členskom štáte Únie. Návrh pozostáva z dvoch vzájomne súvisiacich predpisov:

- Nariadenia o európskom príkaze na predloženie a uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach
- Smernice, ktorou sa stanovujú harmonizované pravidlá určovania právnych zástupcov na účely zhromažďovania dôkazov v trestnom konaní.

Síce sa členské štáty svojej suverenity v trestných veciach vzdávajú v prospech aproximácie pomerne neochotne, v tomto prípade niektoré krajiny naopak apelovali na zjednotenie postupu na úrovni Únie.⁶⁴ Dôvodom je to, že získanie elektronických dôkazov, ktoré sú spracúvané poskytovateľmi v inom členskom štáte alebo spoločnosťami „veľkej päťky“ (Apple, Alphabet, Microsoft, Facebook, Amazon),⁶⁵ je v trestnom konaní zdĺhavé, nakoľko orgány činné v trestnom konaní sú v zásade limitované svojou územnou pôsobnosťou. V navrhovanom nariadení sa upúšťa od využívania

⁶³ Do rozsahu pôsobnosti nariadenia patria poskytovatelia elektronických komunikačných služieb; poskytovatelia služieb informačnej spoločnosti, pre ktorých ukladanie údajov predstavuje kľúčový prvok služieb, ktoré poskytujú používateľovi vrátane sociálnych sietí, ak nie sú považované za elektronické komunikačné služby; online trhy umožňujúce transakcie medzi ich používateľmi (ako sú spotrebitelia alebo podniky) a iní poskytovatelia hostingových služieb a poskytovatelia služieb internetových názvov domén a číslovania.

⁶⁴ FRANSSEN, Vanessa. *The European Commission's E-Evidence Proposal: Toward An EU-Wide Obligation For Service Providers To Cooperate With Law Enforcement?* [online] 12.10.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://europeanlawblog.eu/2018/10/12/the-european-commissions-e-evidence-proposal-toward-an-eu-wide-obligation-for-service-providers-to-cooperate-with-law-enforcement/>

⁶⁵ SEN, Conor. *The 'Big Five' Could Destroy the Tech Ecosystem.* [online] 15.11.2017. [cit. 23.4.2019]. Dostupné na <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2017-11-15/the-big-five-could-destroy-the-tech-ecosystem>

umiestnenia údajov ako rozhodujúceho kolízneho kritéria.⁶⁶ Návrh zohľadňuje, že o mieste uloženia dát rozhodujú vo väčšine prípadov samotní poskytovatelia, ktorí v záujme optimalizácie dostupnosti svojich služieb využívajú decentralizované systémy, cloudovú infraštruktúru, siete na doručovanie obsahu (content delivery network), v dôsledku čoho určovanie jurisdikcie podľa umiestnenia dát stráca opodstatnenie.

Novým legislatívnym nástrojom sa upravujú iba cezhraničné dožiadania, tzn. v situácie, ak je poskytovateľ služby usadený alebo zastúpený v inom členskom štáte než dožadujúci orgán činný v trestnom konaní. Dožadujúci orgán členského štátu môže nariadiť poskytovateľovi služieb, ktorý ponúka služby v rámci Únie, aby na základe európskeho príkazu poskytol alebo uchoval elektronické dôkazy. Európsky príkaz na uchovanie dôkazov umožňuje iba uchovanie údajov, ktoré sú v čase prijatia príkazu už uložené, a nie prístup k údajom, ktoré budú uložené v budúcnosti po vydaní príkazu.⁶⁷ Nariadenie nevyžaduje od poskytovateľov, aby systematicky zbierali alebo ukladali viac údajov, než zbierajú alebo ukladajú z prevádzkových dôvodov alebo z dôvodu dodržiavania iných právnych požiadaviek.⁶⁸

Adresát príkazu bude poskytovať orgánu iného členského štátu súčinnosť bez zapojenia či kontroly zo strany orgánov členského štátu, v ktorom je poskytovateľ služieb sám usadený alebo zastúpený. Výnimkou je situácia, ak adresát príkaz nevykoná. V takom prípade sa bude vyžadovať vymáhanie príkazu orgánom krajiny, v ktorej sa nachádza zástupca poskytovateľa služby. Navrhovaná lehota na vybavenie žiadosti je 10 dní. V neodkladných prípadoch, ak je ohrozený život alebo „telesná nedotknuteľnosť osoby, alebo kritickej infraštruktúry“, je adresát povinný odpovedať do 6 hodín.

Ak je príkaz neúplný, obsahuje zjavné chyby alebo nedostatočné informácie na vykonanie, adresát môže kontaktovať vydávajúci orgán a požiadať o objasnenie prostredníctvom určeného formulára. Ak poskytovateľ služby

⁶⁶ Dôvodová správa návrhu Nariadenia o európskom príkaze na predloženie a uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach. [online] 17. 4. 2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0225>

⁶⁷ Tamtiež 66.

⁶⁸ Tamtiež 66.

nemôže príkaz splniť z dôvodu vyššej moci alebo faktickej nemožnosti (napr. osoba, ktorej údaje sa požadujú, nie je jeho zákazníkom alebo údaje boli vymazané pred prijatím príkazu), takisto je povinný informovať vydávajúci orgán. Adresát môže namietat voči presadzovanému príkazu, ak sa domnieva na „základe informácií, ktoré sú v ňom uvedené, že sa ním zjavne porušuje Charta základných práv EÚ alebo že predstavuje zjavné zneužitie.“ Vykonanie analýzy súladu príkazu s Chartou súkromnými spoločnosťami namiesto štátnych inštitúcií je kritizované ako „privatizácia presadzovania práva“ a túto časť kritizujú aj samotní poskytovatelia služieb.⁶⁹ Tak ako v prípade príkazov k prehliadke podľa CLOUD Act, aj príkaz podľa pripravovaného nariadenia bude môcť adresát navrhnúť na preskúmanie, pokiaľ čelí konfliktným právnym povinnostiam. Vyžaduje sa, aby poskytovateľ služby v takom prípade informoval vydávajúci orgán prostredníctvom odôvodnenej námietky, že vykonaním európskeho príkazu na predloženie dôkazov by adresát porušil právne predpisy tretej krajiny. Vydávajúci orgán na základe namietaných dôvodov preskúma vlastný príkaz a môže rozhodnúť, že ho stiahne, čím sa proces končí. Ak vydávajúci orgán má v úmysle potvrdiť európsky príkaz na predloženie dôkazov, požiadá o preskúmanie súd vo svojom členskom štáte. Ak súd zistí, že neexistuje relevantný konflikt, súd príkaz potvrdí. Naopak, ak súd dospeje k záveru, že konflikt existuje, musí požiadať o stanovisko príslušnú tretiu krajinu. Pokiaľ tretia krajina potvrdí existenciu konfliktu a namietne proti vykonaniu príkazu, príslušný súd príkaz zruší.⁷⁰

Do pôsobnosti nariadenia budú spadať aj poskytovatelia služieb, ktorí nie sú usadení ani zastúpení v Únii, ale poskytujú služby v rámci Únie.⁷¹

⁶⁹ European Telecommunications Network Operators' Association. *ETNO position paper on improving cross-border access to electronic evidence in criminal matters*. [online] [cit. 22.4.2019]. Dostupné na <https://etno.eu/datas/positions-papers/2018/ETNO%20position%20paper%20on%20improving%20cross-border%20access%20to%20electronic%20evidence%20in%20criminal%20matters.pdf> alebo E-Evidence Proposal: EuroISPA Criticises the Privatisation of Law Enforcement[online] [cit. 22.4.2019]. Dostupné na: <http://www.euroispa.org/e-evidence-proposal-euroispa-criticises-privatisation-law-enforcement/>

⁷⁰ Článok 15 návrhu Nariadenia o európskom príkaze na predloženie a uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach.

⁷¹ Článok 3 ods. 1 návrhu Nariadenia: Toto nariadenie sa uplatňuje na poskytovateľov služieb, ktorí ponúkajú služby v Únii.

Samotná dostupnosť webového sídla poskytovateľa podľa dôvodovej správy nie je jedinou podmienkou,⁷² poskytovanie služieb v Únii musí byť aktívne. Na uplatňovanie navrhovaného nariadenia bude potrebná podstatná väzba poskytovateľa k daným členským štátom. Takáto podstatná väzba existuje, ak poskytovateľ služieb má v členskom štáte prevádzkareň. V prípade, že v Únii prevádzkareň zariadenú nemá, kritérium podstatnej väzby by sa malo posudzovať na základe existencie významného počtu používateľov v jednom alebo vo viacerých členských štátoch, alebo na základe zamerania činností na jeden alebo viac členských štátov. Zameranie činností možno predpokladať, ak poskytovateľ používa jazyk alebo menu členského štátu, ak umožnil v príslušnom vnútroštátnom obchode stiahnutie jeho aplikácie.⁷³ Uplatniť možno aj kritérium cielenia podnikateľskej činnosti, ktorý používa Nariadenie o právomoci a o uznávaní a výkone rozsudkov v občianskych a obchodných veciach.⁷⁴ Nariadenie GDPR pokrýva aj prevádzkovateľov, ktorí nemajú fyzickú prítomnosť v Únii, no napriek tomu sa od nich vyžaduje dodržiavanie nariadenia a znášanie vysokých administratívnych pokút.⁷⁵ „E-evidence balík“ ide ešte ďalej a od zámorských podnikov poskytujúcich služby v Únii (vrátane sociálnych sietí) vyžaduje určenie právnych zástupcov, ktorých úlohou bude prijímať príkazy vydané v zmysle nariadenia. Právny zástupca musí byť v jednom z členských štátov, v ktorom je poskytovateľ služieb usadený alebo v ktorom ponúka služby. Obdobnú požiadavku už má zakotvené Nemecko, ktoré prijalo *zákon na zlepšenie presadzovania práva v sociálnych sieťach*,⁷⁶ ktorým ukladá posky-

⁷² Dôvodová správa návrhu Nariadenia o európskom príkaze na predloženie a uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach. [online] 17. 4. 2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0225>

⁷³ Recitál 48 návrhu Nariadenia Európskeho Parlamentu a Rady o európskom príkaze na predloženie a uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach.

⁷⁴ Článok 17 ods. 1 písm. c) Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 1215/2012 z 12. decembra 2012 o právomoci a o uznávaní a výkone rozsudkov v občianskych a obchodných veciach (Ú. v. EÚ L 351, 20.12.2012).

⁷⁵ AZZI, Adèle. The Challenges Faced by the Extraterritorial Scope of the General Data Protection Regulation. In: *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. [online] Release 2018. [cit. 14.4.2019]. Dostupné na: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-2-2018/4723/JIPITEC_9_2_2018_126_Azzi

tovateľom sociálnych sietí povinnosť, aby určili osobu v Nemecku, ktorá bude oprávnená prijímať podnety týkajúce sa presadzovania práva.

Predmetom európskeho príkazu na predloženie dôkazov môžu byť štyri kategórie údajov:

- údaje o totožnosti predplatiteľa alebo zákazníka - poskytnuté meno, dátum narodenia, poštová adresa alebo geografická adresa, fakturačné údaje a údaje o platbách, telefónne číslo, e-mail a tiež údaje o type služby a jej trvaní
- údaje o prístupe - súvisiace so začatím a ukončením relácie prístupu používateľa k službe, dátum a čas použitia alebo prihlásenie sa do služby a odhlásenie sa z nej spolu s IP adresou, ktorú poskytovateľ služieb prístupu na internet pridelil používateľovi služby, údajmi identifikujúce použité rozhranie a identifikačné údaje používateľa.
- údaje o transakciách - napríklad zdroj a miesto určenia správy, údaje o umiestnení zariadenia, dátume, čase, trvaní, veľkosti, formáte, použitom protokole, druhu kompresie, pokiaľ tieto údaje nepredstavujú údaje o prístupe.
- obsahové údaje - text, hlas, video, obrázky alebo zvuk.

Návrh nariadenia rozlišuje, aký orgán môže vydať európsky príkaz na predloženie dôkazov týkajúci sa (i) údajov o predplatiteľoch a údajov o prístupe (ii) údajov o transakciách a obsahových údajov (iii) príkaz na uchovanie dôkazov. Presné vymedzenie oprávneného orgánu sa musí posúdiť aj podľa vnútroštátneho práva členského štátu, ktorý príkaz vydáva. Zásah do súkromia dotknutého používateľa a dôkazná hodnota získaných údajov bude vyššia pri údajoch o transakciách a obsahových údajov, preto je príkaz na ich vydanie podmienený súdnym prieskumom. Ostatné príkazy (údajov o predplatiteľoch alebo o prístupe) by v podmienkach SR mohol vydať aj prokurátor, v podmienkach ČR státní zástupce.

⁷⁶ Anglická verzia dostupná na:
https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/NetzDG_engl.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Oba typy príkazov (na predloženie a na uchovanie dôkazov) je možné vydať len v trestnom konaní. Príkazy na predloženie údajov o predplatiateľoch a údajov o prístupe môžu byť vydané pri akejkoľvek trestnej čine, zatiaľ čo príkaz na predloženie údajov o transakciách alebo obsahových údajov môže byť vydaný len k trestným činom, (i) na ktoré sa vo vydávajúcim štáte vzťahuje trest odňatia slobody s hornou hranicou minimálne 3 roky alebo (ii) k špecifickým trestným činom, ktoré sa uvádzajú v návrhu⁷⁷ a boli spáchané prostredníctvom informačného systému (iii) k trestným činom, na ktoré sa vzťahuje smernica o boji proti terorizmu.⁷⁸

7. ZÁVER

V Únii ako aj na medzinárodnej úrovni sa akcentuje potreba zjednotenia cezhraničného prístupu orgánov presadzovania práva k elektronickým údajom, čo potvrdzujú nové legislatívne iniciatívy EÚ a USA zamerané na umožnenie priameho adresovania zahraničného dožiadania súkromným spoločnostiam poskytujúcim elektronické komunikačné služby.⁷⁹ Zákon CLOUD Act vytvoril pre zahraničie možnosť nového spôsobu prístupu k údajom v dispozícii amerických poskytovateľov služieb a tým vytvoril „medzinárodnú normu cestou národnej regulácie.“⁸⁰ Na druhej strane je tu tzv. bruselský efekt, snaha Európskej únie externalizovať svoje právne predpisy mimo jej hraníc prostredníctvom trhových mechanizmov, čo takisto

⁷⁷ Rámcové rozhodnutie Rady 2001/413/SVV z 28. mája 2001 o boji proti podvodom a falšovaniu bezhotovostných platobných prostriedkov (Ú. v. ES L 149, 2.6.2001, s. 1). Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2011/93/EÚ z 13. decembra 2011 o boji proti sexuálnemu zneužívaniu a sexuálnemu vykorisťovaniu detí a proti detskej pornografii, ktorou sa nahrádza rámcové rozhodnutie Rady 2004/68/SVV (Ú. v. EÚ L 335, 17.12.2011, s. 1).

⁷⁸ Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/541 z 15. marca 2017 o boji proti terorizmu, ktorou sa nahrádza rámcové rozhodnutie Rady 2002/475/SVV a mení rozhodnutie Rady 2005/671/SVV (Ú. v. EÚ L 88, 31.3.2017, s. 6).

⁷⁹ STEFAN, Marco, FUSTER Gloria G. Cross-border Access to Electronic Data through Judicial Cooperation in Criminal Matters. In *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe* [online]. 2018. [cit. 24.4.2019]. Dostupné na: https://www.ceps.eu/system/files/MS%26GGF_JudicialCooperationInCriminalMatters.pdf

⁸⁰ DASKAL, Jennifer. Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and International Lawmaking 2.0. In: *Stanford Law Review*. Vol. 71, 2018. [online]. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://www.stanfordlawreview.org/online/microsoft-ireland-cloud-act-international-law-making-2-0/>.

vytvára jednostrannú regulačnú globalizáciu.⁸¹ Extrateritoriálny efekt má nepochybne aj navrhované „E-evidence“ nariadenie a smernica. Možno zhrnúť, že jednostranné rozšírenie jurisdikcie mimo vlastných územných hraníc nie je zriedkavým javom a snaží sa o ňu väčšina krajín, najmä vo vzťahu k trestným veciam.⁸²

Navrhované právne riešenia musia hľadať rovnováhu medzi početnými záujmami. Orgány činné v trestnom konaní požadujú efektívne prostriedky na zabezpečenie skutočností relevantných pre trestné konanie. Poskytovatelia elektronických služieb žiadajú transparentné a medzištátne nekonfliktné predpisy o vydávaní údajov o používateľoch ich služieb. A používatelia služieb (či už sa voči nim vedie trestné konanie alebo nie) očakávajú dodržiavanie základných práv a princípov trestného konania.

8. ZOZNAM POUŽITÝCH ZDROJOV

8.1 LITERATÚRA

[1] ABELOVSKÝ, Tomáš. Zaisťovanie elektronického dôkazu vo svetle rekodifikácie trestného poriadku. In: *Revue pro právo a technologie*, Masarykova univerzita, 2015, roč. 6, č. 11, s. 29-48. ISSN 1804-5383.

[2] AZZI, Adèle. The Challenges Faced by the Extraterritorial Scope of the General Data Protection Regulation. In: *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. [online] 2018. [cit. 14.4.2019]. Dostupné na: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-2-2018/4723/JIPITEC_9_2_2018_126_Azzi

[3] DASKAL, Jennifer. Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and International Lawmaking 2.0. In: *Stanford Law Review*. Vol. 71, 2018. [online]. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://www.stanfordlawreview.org/online/microsoft-ireland-cloud-act-international-lawmaking-2-0/>.

[4] DODGE S. William. International Comity in American Law, In: *Columbia Law Review*. Vol.115 No. 8 [online]. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://columbialawreview.org/content/international-comity-in-american-law/>

⁸¹ SCOTT, Joanne. Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law. In: *American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 1, 2014. Dostupné na: <https://ssrn.com/abstract=2276433>

⁸² AZZI, Adèle. The Challenges Faced by the Extraterritorial Scope of the General Data Protection Regulation. In: *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. [online] 2018. [cit. 14.4.2019]. Dostupné na: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-2-2018/4723/JIPITEC_9_2_2018_126_Azzi

[5] HERT de Paul, CZERNIAWSKI, Michal. Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context. In: *International Data Privacy Law*, 2016, Vol. 6, No. 3. str. 231. [online]. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://academic.oup.com/idpl/article-abstract/6/3/230/2447252?redirectedFrom=full-text>.

[6] KRISHNAMURTHY, Vivek. Cloudy with a Conflict of Laws. In: *Berkman Center Research Publication No. 2016-3*. No. 2016-3. Harvard University - Berkman Klein Center for Internet & Society. [online]. 16.02.2016. [cit. 23.4.2019]. Dostupné na: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/28566279/SSRN-id2733350.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

[7] POLČÁK, Radim, PÚRY, František, HARAŠTA, Jakub a kolektiv. Elektronické důkazy v trestním řízení. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2015. ISBN 978-80-210-8073-7. s. 156.

[8] SCOTT, Joanne. Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law. In: *American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 1, 2014. Dostupné na: <https://ssrn.com/abstract=2276433>

[9] U.S. INTERNET SERVICE PROVIDER ASSOCIATION. Electronic Evidence Compliance - A Guide for Internet Service Providers. In: *Berkeley Technology Law Journal*. Volume 18, Issue 4. University of California, Berkeley School of Law, 2003. ISSN: 1086-3818.

8.2 PRÁVNE PREDPISY A JUDIKATÚRA

[10] Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD) Act, H.R. 1625, 115th Cong. div. V (2018)

[11] Dohoda o vzájomnej právnej pomoci medzi Európskou úniou a Spojenými štátmi americkými podpísaná dňa 25. júna 2003

[12] Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. 4. 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov)

[13] Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/41/EÚ zo 3.4. 2014 o európskom vyšetrovacom príkaze v trestných veciach

[14] Návrh Nariadenia o európskom príkaze na predloženie a uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach. [online] 17. 4. 2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0225>

[15] United States v. Microsoft Corp. (Microsoft Ireland), No. 17-2, (Apr. 17, 2018) In the Matter of a Warrant to Search a Certain E-Mail Account Controlled and Maintained by Microsoft Corporation

8.3 ELEKTRONICKÉ ZDROJE

[16] CHRISTAKIS, Theodore. *Lost In The Cloud? Law Enforcement Cross-Border Access To Data After The "Clarifying Lawful Overseas Use Of Data" (Cloud) Act And E-Evidence* [online]. 28.06.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://observatoire-fic.com/en/lost-in-the-cloud-law-enforcement-cross-border-access-to-data-after-the-clarifying-lawful-overseas-use-of-data-cloud-act-and-e-evidence/>

[17] Európska komisia. *Brief of the European Commission on behalf of the European union as amicus curiae in support of neither party*. [online]. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/23655/20171213123137791_17-2%20ac%20Eu-ropean%20Commission%20for%20filing.pdf

[18] Európska Komisia. *Factsheet - Security Union - Facilitating Access to electronic evidence* [online]. 17.04.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <http://europa.eu/rapid/attachment/MEMO-18-3345/en/Factsheet%20E-evidence.pdf>

[19] Európska Komisia. *Odporúčanie: Rozhodnutie rady o poverení začať rokovania so zreteľom na dohodu medzi Európskou úniou a Spojenými štátmi americkými o cezhraničnom prístupe k elektronickým dôkazom v oblasti justičnej spolupráce v trestných veciach* [online]. 5. 2. 2019. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/SK/COM-2019-70-F1-SK-MAIN-PART-1.PDF>

[20] Európsky Parlament: 4thWORKING DOCUMENT (A) on the Proposal for a Regulation on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters (2018/0108 (COD)) –Relation with third country law [online]. 11.03.2019. [cit. 22.4.2019]. Dostupné na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&reference=PE-636.343&format=PDF&language=EN&secondRef=01>

[21] FRANSSEN, Vanessa. *The European Commission's E-Evidence Proposal: Toward An EU-Wide Obligation For Service Providers To Cooperate With Law Enforcement?* [online] 12.10.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://europeanlawblog.eu/2018/10/12/the-european-commissions-e-evidence-proposal-toward-an-eu-wide-obligation-for-service-providers-to-cooperate-with-law-enforcement/>

[22] GARLAND, Jim, BERENGAUT, Alexander a GOODLOE Katharine. *CLOUD Act Creates New Framework for Cross-Border Data Access* [online]. 26.03.2018. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: <https://www.insideprivacy.com/cloud-computing/cloud-act-creates-new-framework-for-cross-border-data-access/>

[23] Hogan Lovells. *Demystifying the U.S. CLOUD Act: Assessing the law's compatibility with international norms and the GDPR* [online]. 15.01.2019. [cit. 13.4.2019]. Dostupné na: https://www.hoganlovells.com/~media/hogan-lovells/pdf/2019/2019_01_15_whitepaper_demystifying_the_us_cloud_act.pdf

- [24] LOEB, Robert, GOLDMAN, Brian a TABATABAI Emily. *The CLOUD Act, Explained* [online]. 06.04.2018 [cit. 14.4.2019]. Dostupné na: <https://www.orrick.com/Insights/2018/04/The-CLOUD-Act-Explained>
- [25] McCann FitzGerald. *Changes to Cross-Border Access to Electronic Evidence Mean it's Decision Time for Ireland* [online]. 20.06.2018. [cit. 23.4.2019]. Dostupné na: <https://www.mccannfitzgerald.com/knowledge/disputes/changes-to-cross-border-access-to-electronic-evidence>
- [26] SEN, Conor. *The 'Big Five' Could Destroy the Tech Ecosystem*. [online] 15.11.2017. [cit. 23.4.2019]. Dostupné na <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2017-11-15/the-big-five-could-destroy-the-tech-ecosystem>
- [27] STEFAN, Marco, FUSTER Gloria G. Cross-border Access to Electronic Data through Judicial Cooperation in Criminal Matters. In *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe* [online]. 2018. [cit. 24.4.2019]. Dostupné na: https://www.ceps.eu/system/files/MS%26GGF_Judicial-CooperationInCriminalMatters.pdf

Toto dílo lze užít v souladu s licenčními podmínkami Creative Commons BY-SA 4.0 International (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>).

<https://doi.org/10.5817/RPT2019-1-3>

PRÁVNÍ PROBLEMATIKA LOOT BOXŮ

ŠTĚPÁN RICHTER¹

ABSTRAKT

Jak se videoherní trh pomalu sytí, uchylují se vydavatelé k používání nových metod zpoplatnění svých produktů, které mají vést ke zvýšení zisku z jednotlivých her. Cílem tohoto článku je popsat jednu z těchto praktik, tzv. loot boxy, a poukázat na hlavní problémy, které působí v kontextu českého právního řádu i praktického dopadu, s důrazem na otázku jejich klasifikace jako hazardní hry. Článek rovněž provede komparaci přístupu jiných států k problému loot boxů a předloží možná řešení.

KLÍČOVÁ SLOVA

Loot boxy; Mikrotransakce; Hazard; Virtuální vlastnictví; Zákon o hazardních hrách

ABSTRACT

As the gaming market steadily saturates, game publishers have started to apply new ways of monetization, with the intention to increase revenue from their games. The aim of this article is to describe one of these practices, the so-called loot boxes, and identify the main issues they have within Czech law and practical impact, with focus on their classification as gambling. The article will also compare the ways other nations have dealt with the issue and present possible solutions to the problem.

¹ Mgr. Štěpán Richter je studentem doktorského studia na Katedře občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně. Kontaktní e-mail: 421860@mail.muni.cz

KEYWORDS

Loot boxes; Microtransactions; Gambling; Virtual ownership; Gambling Act

1. ÚVOD – MONETIZACE HER

Digitální trh je v současné době nejdynamičtější a nejslibnější se rozvíjejícím trhem v Evropě.² Okruh jeho účastníků se rozrostl z uzavřených skupin odborníků na prakticky celou společnost ze všech sektorů ekonomiky.³ Jak roste, láká i více společností, spotřebitelů, a kapitálu, což má za následek zvyšování konkurence na trhu. Trh s hrami⁴ je významnou podsložkou digitálního trhu, a to zejména v České republice, kde lze zaznamenat již několik let konstantní růst.⁵ Zároveň však začíná být zjevné, že tento trh je již dostatečně nasycen,⁶ a pomyslnou ekonomickou bublinu již nepůjde dlouho nafukovat. Mnoho společností vydávajících hry, především velké nadnárodní korporace, proto začalo používat postupy směřující k dodatečné monetizaci⁷ her, které vydávají. Ta jde nad rámec prosté ceny, kterou uživatel zaplatí při pořízení produktu. V principu mají všechny tyto praktiky stejný základ: dodávají dodatečný obsah do již poskytnuté hry, za extra cenu. Zásadní odlišnost ale spočívá ve způsobu, jakým je tento obsah poskytován. Zatímco prosté poskytnutí dodatečného obsahu za úplatu, vytvořeného nad rámec hry samotné, není problematické z hlediska zákona ani názorů spotřebitelů, agresivnější monetizační praktiky jsou kritizovány médii,⁸ od-

² MACIEJEWSKI, Mariusz. *Jednotný digitální trh* [online]. Evropský parlament. publikováno říjen 2018 [cit. 15.5.2019].

³ *A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence* [online]. KOM (2015) 192 final. Evropská komise. Úřad pro publikace Evropské unie. Publikováno 6.5.2015 [cit. 10.3.2019].

⁴ Hrami jsou v tomto článku myšleny výhradně hry digitální, spustitelné na počítačích, konzolích, smartphonech nebo obdobných zařízeních.

⁵ ČESKÁ TISKOVÁ KANCELÁŘ. *Herní průmysl v Česku roste. Loni obrat stoupl na tři miliardy* [online]. In: Novinky.cz. publikováno 14.3.2019 [cit. 15.3.2019].

⁶ TOMEŠ, Michal. *Herní akcie rostou třikrát rychleji než celý trh.* [online]. In: e15.cz. publikováno 26.2.2018 [cit. 15.3.2019].

⁷ Monetizace znamená v tomto kontextu dodatečné zpeněžení, využití hry nebo jejího aspektu pro získání vyššího zisku. *Merriam-webster* [online]. *Merriam-Webster, Incorporated.* [cit. 16.5.2018].

borníky,⁹ a v poslední době i osobami odpovědnými za právní regulaci.¹⁰ Některé tyto praktiky mohou být považovány za společensky škodlivé, psychologicky manipulativní, dokonce přímo protizákonné, zejména s ohledem na nezletilé, kteří tvoří podstatnou část uživatelské základny herního průmyslu. O problematice jedné z těchto praktik - loot boxů - v kontextu české právní úpravy, bude pojednáváno níže.

Cílem článku je primárně posoudit možnost klasifikace loot boxů jako hazardní hry, s navazujícími otázkami hodnoty virtuálních věcí a způsobilosti nezletilých k pořizování loot boxů. Z důvodu plánovaného rozsahu článku budou další témata, jako například dopad spotřebitelského práva nebo nekalé soutěže, zkoumána pouze okrajově.

2. DEFINICE LOOT BOXŮ

Poskytnutí dodatečného obsahu za úplatu v rámci hry se označuje různými termíny, nejčastěji jako DLC.¹¹ Poskytování dodatečného obsahu za úplatu, kdy je rozsah daného obsahu vůči původní hře výrazně menší, například jde o jediný herní předmět, se označuje termínem mikrotransakce.¹² Loot box je poddruhem mikrotransakce, u kterého protiplnění za zaplacenou cenu nespočívá v konkrétním předem známém obsahu, ale v šanci získat několik předmětů různé herní hodnoty, přičemž je vždy poskytnut nějaký, a šance na získání konkrétních věcí není ovlivněna hráčem. Předměty z loot boxů mohou mít cenu i mimo hru samotnou.¹³

⁸ TAYLOR, Haydn. *Loot boxes: An industry at war with itself over a technicality* [online]. In: Gamesindustry.biz. publikováno 12.12.2018 [cit. 15.5.2019].

⁹ DRUMMOND, Aaron, SAUER, James. *Video game loot boxes are psychologically akin to gambling* [online]. In: Nature.com. publikováno 18.6.2018 [cit. 15.5.2019].

¹⁰ ŽUROVEC, Michal. *ČR navazuje úzkou spolupráci se 14 zeměmi v oblasti on-line hazardu* [online]. Ministerstvo financí ČR. publikováno 17.9.2018 [cit. 15.1.2019].

¹¹ Downloadable Content, česky stažitelný obsah.

¹² Mikrotransakce mohou mít mnoho podob, např. poskytování kosmetických předmětů nebo virtuální herní měny. Srov. dále KRÍŽEK, Petr, *Analýza možností prodeje webových her* [online]. In: ČVUT, bakalářská práce, vedoucí Ing. Marin Dobiáš, Ph.D. publikováno 2015. [cit. 14.5.2019].

¹³ *Study into loot boxes A treasure or a burden?* [online]. Netherlands gaming authority. Str. 8. publikováno 10.4.2018. [cit. 14.3.2019].

Právní definice loot boxů a mikrotransakcí je problematičtější, a to z prostého důvodu, že žádné explicitní ustanovení o těchto fenoménech v českém právním řádu prozatím neexistuje. Problém absence specifické zákonné úpravy není jen záležitostí ČR a jiné vyspělé státy se rovněž musí či musely s otázkou loot boxů ve vztahu k právu nějak vypořádat – o tom viz 3. kapitola. Odborná právní veřejnost přejala definici loot boxů z technických oborů,¹⁴ přičemž nejvíce diskutovanou otázkou jejich právní kvalifikace bývá to, zda je otevírání loot boxů hazardní hrou.

Právo Evropské unie rovněž co se týče regulace loot boxů mlčí a i na právní úpravu hazardních her obecně je až překvapivě chudé. Přestože existuje bohatá judikatura SDEU vztahující se k otázkám hazardu,¹⁵ sekundární právo EU ohledně téže věci spočívá jen a pouze v Doporučení Komise ze dne 14. července 2014 o zásadách pro ochranu spotřebitelů a hráčů služeb hazardních her online a pro prevenci hraní hazardních her online nezletilými osobami. Toto doporučení udává meze, ve kterých by se měla úprava hazardu online pohybovat, zejména ve vztahu k registraci hráčů v online hernách,¹⁶ nicméně o problematice „hazardu ve hrách“ rovněž nehovoří. Nehledě na fakt, že doporučení Komise nejsou podle primárního práva EU vynutitelné.

3. REAKCE VEŘEJNÉ MOCI NA LOOT BOXY

Přestože loot boxy byly v herním průmyslu přítomny již v roce 2007,¹⁷ jejich používání se nesetkalo s širším zájmem veřejnosti do roku 2018, kdy společnost Electronic Arts vydala hru Star Wars: Battlefront 2. Vůči způsobu dodatečného zpoplatnění této hry se zvedla vlna nevole ze strany uživatelů, protože postup ve hře samotné byl možný pouze skrz náhodně gene-

¹⁴ DRUMMOND, Aaron op. cit. Dále srov. např. GRIFFITHS, M.D. *Is the buying of loot boxes in video games a form of gambling or gaming?* In: Gaming Law Review: Regulation, Compliance, and Policy, 22 (1).

¹⁵ *Gambling case law* [online]. Evropská komise In: ec.europa.eu. [cit. 15.2.2019].

¹⁶ Čl. V, Doporučení Komise ze dne 14. července 2014 o zásadách pro ochranu spotřebitelů a hráčů služeb hazardních her online a pro prevenci hraní hazardních her online nezletilými osobami. [online]. In: EUR:lex, (právně informační systém) [cit. 15.2.2019].

¹⁷ MARTINSEN, Joel. *Gamble your life away in ZT Online* [online]. In: danwei.org, publikováno 26.12.2007 [cit. 15.1.2019].

rované předměty, které šlo získat pouze z loot boxů. Tedy možnost ve hře postoupit dál, zlepšovat se a fakticky hru hrát, byla nedílně svázána s náhodnou šancí, že z loot boxu vypadne správný předmět. Hráč získal hraním hry bezplatně pouze omezené množství loot boxů, a jediný způsob, jak postoupit dál ve hře, pokud potřebné předměty nepadly, byl koupit další loot boxy za reálné peníze.

Masivní kritika vyvolaná kontroverzí kolem Battlefront 2 způsobila, že se o loot boxy začaly zajímat orgány států odpovědné za regulaci hazardu. První iniciativa přišla z Belgie a státu Havaj. Na Havaji byl podán návrh zákona na regulaci loot boxů, ale neprošel.¹⁸ V Belgii ovšem Belgická herní komise stanovila, že loot boxy ve hrách jsou tzv. „*games of chance*“ a jako takové porušují právní úpravu Belgie o hazardu.¹⁹ Sedm významných her bylo označeno jako nezákonných podle belgického práva a ve stavu, kdy jsou jejich součástí loot boxy, zakázáno. Battlefront 2 samotná zákazu unikla, jelikož její vydavatel dočasně loot boxy ze hry odstranil, po kritice ze strany uživatelů.²⁰ Bruselské státní zastupitelství zahájilo vyšetřování ve věci loot boxů, přičemž praktikám společnosti Electronic Arts byla věnována zvýšená pozornost, jelikož EA odmítla odstranit loot boxy z ostatních jí vydaných her.²¹ K únoru 2019 ovšem EA i všechny ostatní společnosti loot boxy z jimi vydaných her v Belgii odstranily.

Česká republika rovněž podnikla první kroky k regulaci loot boxů. Spolu se čtrnácti dalšími státy podepsala Deklaraci regulátorů hazardních her ohledně obav ze stírajících se hranic mezi hazardními hrami a běžnými hrami. Ředitel odboru Státního dozoru nad hazardními hrami se vyjádřil tak, že „*Jestliže si ve hře za koruny, eura či dolary koupím bednu s náhodně vygenerovaným herním vybavením, které potom mohu prodat jinému hráči za vyšší cenu, než byla cena bedny, může se z hlediska zákona jednat o hazard. Legisla-*

¹⁸ BRESTOVANSKY, Michael. 'Loot box' bills fail to advance [online]. In: Hawaii Tribune-Herald, publikováno 24.3.2018 [cit. 15.1.2019].

¹⁹ GERKEN, Tom. Video game loot boxes declared illegal under Belgium gambling laws [online]. In: BBC.com, publikováno 26.4.2018 [cit. 16.1.2019].

²⁰ GERKEN, Tom. op. cit.

²¹ BANKS, Nick. loot boxes still unsafe from Belgian law [online]. In: keengamer.com, publikováno 3.12.2018 [cit. 14.1.2019].

*tiva samozřejmě není ve všech zemích stejná, proto s kolegy ze zahraničí spojujeme síly, abychom postupovali jednotně a koordinovaně.*²² Tento přístup nemá ovšem, alespoň v českém právu, zákonný podklad. Jelikož česká úprava nepodmiňuje definici hazardní hry ani internetové hazardní hry možností prodeje výhry, jak bude detailněji popsáno níže.

Definice použitá ředitelem odboru Státního dozoru nad hazardními hrami, zejména důraz na možnost následného prodeje herního vybavení, vychází z rozhodnutí Nizozemské herní autority (Kansspelautoriteit),²³ která zakázala použití loot boxů v deseti významných hrách, přičemž klíčovým ukazatelem bylo to, zda lze obsah získaný z loot boxu následně prodat za skutečné peníze, což je podle nizozemského zákona o sázení a hraní nepřipustné. Nizozemská studie posuzovala otázku možnosti prodeje loot boxů ve vztahu k § 1 nizozemského Zákona O sázení a hazardu,²⁴ který podmiňuje definici hazardu právě hodnotou mimo konkrétní hazardní hru samotnou.

Právě otázka možnosti následného prodeje obsahu loot boxu, a z toho vyplývající širší otázka jeho reálné peněžní hodnoty, se zdá být hlavním předmětem debaty mezi zákonodárnými orgány států. Francouzský ústav pro regulaci hazardu ARJEL se k otázce vyjádřil tak, že přestože loot boxy mohou připomínat hazard, jelikož evokují stejný pocit těsné prohry, předměty z těchto mikrotransakcí nevytváří peněžní hodnotu ve skutečném světě, a proto nemohou být považovány za hazard ve smyslu práva Francie.²⁵ Toto prohlášení bylo učiněno navzdory faktu, že Francie je rovněž signatářem výše zmíněné deklarace.²⁶

Přístup k problematice mimo evropský kontinent je různý. Ve Spojených státech zastávají odpovědné orgány rozdílná stanoviska. Zatímco Odbor pro

²² ŽUROVEC, Michal. *ČR navazuje úzkou spolupráci se 14 zeměmi v oblasti on-line hazardu* [online]. Ministerstvo financí ČR. publikováno 17.9.2018 [cit. 15.1.2019].

²³ *Study into loot boxes A treasure or a burden?* [online]. Netherlands gaming authority. Str. 3. publikováno 10.4.2018. [cit. 14.3.2019].

²⁴ *Study into loot boxes A treasure or a burden?* [online]. Str. 4. op. cit.

²⁵ POSTARDO, Leonard. *Legal definition saves loot boxes from gambling classification in France*. [online]. In: CalvinAyre.org. publikováno 5.7.2018 [cit. 15.1.2019].

²⁶ Deklarace regulátorů hazardních her ohledně obav ze stírajících se hranic mezi hazardními hrami a běžnými hrami. [online]. Str. 3.

hodnocení zábavního softwaru (ESRB) svými stanovisky obhajuje používání loot boxů a učinil pouze nejzákladnější kroky ke zvýšení požadavků na transparentnost,²⁷ Federální komise pro obchod USA (FTC) zahájila průzkum loot boxů a jejich potenciálního nebezpečí pro uživatele i ekonomiku.²⁸

Ve srovnání se západním světem, Čínská lidová republika zavedla přísná pravidla regulace loot boxů i jiných monetizačních praktik. Čínské Ministerstvo kultury a čínský Státní úřad pro správu publikací, tisku, rádia, filmu a televize, jsou dva hlavní orgány odpovědné za právní regulaci online světa v Číně.²⁹ Vyhláška ministerstva, účinná od 1. května 2017 stanoví, že loot boxy nemohou být získány za skutečné peníze nebo virtuální měnu, služby poskytnuté skrz loot boxy musí být dostupné i jiným způsobem, vydavatelé her musí, v přiměřeném čase a pravdivě, zveřejnit informace jako jména, funkce a kvantitu virtuálních předmětů nebo jiných služeb dostupných v loot boxech, stejně jako šanci na výhru. Procentuální šance získání jednotlivých předmětů při otevření loot boxu musí být veřejně přístupná a společnosti musí vést evidenci získaných předmětů po 90 dní.³⁰ Přestože tedy Čína loot boxy *stricto sensu* nezakázala, eliminovala z nich svojí právní úpravou prvky hazardu skrze povinnou transparentnost a zákaz obchodování za skutečné peníze.

Při debatách o právní klasifikaci loot boxů jako hazardu nelze opomenout praktické dopady jejich nedávného rozmachu. Přestože velcí vydavatelé začali loot boxy běžně používat teprve v posledních letech, jejich dopad je již nyní značný. Podle reportu Komise pro hazard Spojeného království Velké Británie a severního Irska se počet tzv. problematických nezletilých online gamblerů za poslední 2 roky zečtyřnásobil.³¹ Loot boxy byly v reportu opakovaně zmíněny v souvislosti s gamblerským a peněžní-

²⁷ VANCE, Patricia. *Odpověď ESRB senátorce M.W. Hassanové ze dne 27.2.2018* [online]. Entertainment software rating board. [cit. 14.1.2019].

²⁸ HOLT, Kris. *Federal Trade Commission agrees to investigate loot boxes* [online]. In: engaget.com, publikováno 28.11.2018 [cit. 14.1.2019].

²⁹ TANG, Tracey. *China: A Middle-Ground Approach: How China Regulates Loot Boxes And Gambling Features In Online Games* [online]. In: mondaq.com, publikováno 16.5.2018 [cit. 13.1.2019].

³⁰ TANG, Tracey. op. cit.

mi transakcemi online.³² Zisky vydavatelů her se díky rozšíření mikrotransakcí a loot boxů ztrojnásobily, a za fiskální rok 2018 tvořily u společnosti EA tyto služby více jak polovinu zisku.³³

4. LOOT BOXY PODLE PRÁVA ČR

4.1 PRÁVNÍ ÚPRAVA HAZARDNÍCH HER

Zřejmě nejdůležitější otázkou právního uchopení loot boxů v českém právu je to, zda je lze, i přes absenci explicitní úpravy, klasifikovat jako hazardní hru. Stěžejním předpisem regulujícím hazardní hry je zákon č. 186/2016 Sb., o hazardních hrách (dále jen „ZOH“). Ten sice pamatuje na možnost hazardu online (§ 2 odst. 2 ZOH) nicméně ho chápe jako pouhou konverzi fyzických druhů hazardních her, taxativně vyčtených v § 3 odst. 2 ZOH, do online prostředí. Navíc, klasifikace otevírání loot boxů jako hazardní hry podle ZOH je, vzhledem k jejich podstatě a znění příslušných ustanovení, problematická.

Hazardní hra je v § 3 ZOH definována jako „*hra, sázka nebo los, do nichž sázející vloží sázku, jejíž návratnost se nezaručuje, a v nichž o výhře nebo prohře rozhoduje zcela nebo zčásti náhoda nebo neznámá okolnost.*“ Návratnost je původně termínem z finančnictví, který vyjadřuje poměr výše investované částky k výši zisku z investice.³⁴ Investorovi se může vrátit i méně nebo více, než vložil a jinak tomu není ani u hazardních her. Pokud se návratnost sázky u hazardní hry nezaručuje, znamená to, že hazardní hrou je taková hra, do které hráč vloží peníze, avšak nemá jistotu, že se mu hodnota vrátí. Již v této první části definičního ustanovení vyvstává zásadní rozdíl mezi loot boxem a hazardní hrou podle ZOH; z loot boxu hráč vždy

³¹ *Young People & Gambling 2018*, A research study among 11-16 year olds in Great Britain [online]. UK Gambling comission. Str. 33. publikováno listopad 2018 [cit. 15.3.2019].

³² *Young People & Gambling 2018*. Str. 29. op. cit.

³³ GREEN, Olie. *Report: Game publishers are making billions from microtransactions* [online]. In: gamebyte.com. publikováno 23.2.2018 [cit. 14.1.2019].

³⁴ Definice Return of investment – measures the gain or loss generated on an investment relative to the amount of money invested. Merriam-webster [online]. Merriam-Webster, Incorporated. [cit. 16.5.2018].

něco získá. Přestože výsledná odměna nemusí být, a v drtivé případě většinou ani není, to, po čem hráč toužil, vždy nějaká je.

Je ovšem třeba položit otázku, zda mají všechny tyto zaručené odměny z loot boxů nějakou skutečnou hodnotu. Pokud je totiž šance, že loot box bude obsahovat předměty, které mají všechny hodnotu nulovou, nebude návratnost investované částky do loot boxů zaručena, a tedy by loot boxy spadaly pod definici hazardní hry dle § 3 ZOH.

Loot boxy jsou, stejně jako hry, ve kterých se nachází, a předměty, které z nich padají, digitálním obsahem, který je nehmotnou věcí.³⁵ Zákon 89/2012 Sb. občanský zákoník (dále jen „OZ“) v § 492 stanoví, že „*Hodnota věci, lze-li ji vyjádřit v penězích, je její cena.*“³⁶ Hodnotu virtuálních předmětů nepochybně lze vyjádřit v penězích. Každá věc, ať už fyzická nebo virtuální, má přinejmenším hodnotu peněz, které za ni byly zaplacené.

Vzhledem k tomu, že stejné předměty mají různou hodnotu pro různé osoby nejen v rámci her, a tedy různou cenu, kterou by řečené osoby byly ochotny zaplatit, je třeba mít na paměti existenci institutu ceny zvláštní obliby, kdy může být věc přisouzena větší než objektivní výše hodnoty, kvůli osobnímu vztahu mezi věcí a jejím držitelem. Tento institut není českým právem explicitně definován, nicméně je výslovně zmiňován jak v soukromém tak ve veřejném právu, konkrétně např. v § 2969 OZ, nebo v § 2 zákona 151/1997 Sb. o oceňování majetku. Definice ceny zvláštní obliby byla již dotvořena judikaturou.³⁷ Cena zvláštní obliby, a z ní vycházející chápání ceny ne jako objektivní veličiny, ale jako ukazatele hodnoty ve

³⁵ K tomuto závěru došel autor při svém předchozím výzkumu. Srov. RICHTER, Štěpán. *Směrnice EU o poskytování digitálního obsahu a její dopad na české závazkové právo*. [online] 2018. 69 s. Diplomová práce. Masarykova univerzita. Právnická fakulta. Vedoucí práce JUDr. Pavel Koukal, Ph.D.,

³⁶ Přestože je OZ na rozdíl od ZOH soukromoprávním předpisem, a uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného (§ 1 odst. 1 OZ), je cena jako právní termín užívána běžně ZOH samotným i dalšími veřejnoprávními předpisy (zákon 526/1990 Sb. o cenách, zákon 151/1997 Sb. o oceňování majetku atd.). Užití definice ze soukromého práva je účelné proto, že veřejné právo vlastní definici nemá a právní vztahy vznikající v rámci hazardních her jsou soukromoprávní, přestože regulace hazardních her je prováděna právem veřejným.

³⁷ Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 4. 1937 (SJS) 16875/36.

vztahu ke konkrétním osobám a situaci, je klíčem k pochopení toho, proč mohou mít předměty obsažené v loot boxu hodnotu nulovou, a tedy mohou být loot boxy hazardní hrou. Pokud české právo totiž uznává existenci ceny vyšší než obvyklé pro věc, mělo by *a contrario* připouštět i možnost, že cena věci bude nižší než obvyklá, třeba i žádná.

Hodnota věci musí být především posuzována v kontextu možnosti jejího použití. Belgická herní komise se ve své zprávě vyjádřila podobně: „Hodnota může být definována jako míra užitečnosti. Konkrétně předměty, které se hráčům jeví jako užitečné nebo pěkné, a za které jsou ochotni utratit peníze.“³⁸ Přestože nějaké protiplnění z loot boxu je zaručené, jedná se často o předměty v rámci hry bezcenné, např. tzv. spreje či tagy, jejichž často jediným smyslem existence ve hře je právě to, aby zaplnily loot boxy obsahem mizivé hodnoty a šance na výhru skutečně cenných odměn byly omezeny (a hráč byl tedy motivován k pořízení dalších loot boxů). V tomto směru by bylo možné rovněž argumentovat, že vydavatelé obcházejí právní úpravu hazardních her právě tím, že jako zaručenou odměnu vytváří tyto „odpadní“ předměty s hodnotou čistě formální, nikoli reálnou.

Na základě výše uvedeného jsem názoru, že loot boxy by měly být klasifikovány jako hazardní hra, a to zejména s ohledem na účel právní regulace hazardních her, byť je tato klasifikace podle současného znění ZOH přinejmenším problematická ve vztahu k návratnosti sázky a je třeba ji dotvořit širokou interpretací.

4.2 ZPŮSOBILOST NEZLETILÝCH

Významným problémem, který rovněž vyvstává v souvislosti loot boxy, je otázka způsobilosti nezletilých k jejich pořizování. Dle ustanovení § 31 OZ se má za to, že každý nezletilý, který nenabyl plné svéprávnosti, je způsobilý k právním jednáním co do povahy přiměřeným rozumové a volní vyspělosti nezletilých jeho věku. Je prakticky nesporné, že nezletilí nejsou způsobilí k účasti na hazardních hrách, ostatně zákon přímo stanoví, že provozatel nesmí osobám mladším 18 let umožnit k hazardní hře přístup (§ 7

³⁸ *Research Report on Loot Boxes* [online]. Belgian gaming comission. Str. 9. publikováno duben 2018 [cit. 14.3.2019].

ZOH), a celý předpis je koncipován tak, aby přístup nezletilých k hazardnímu hraní omezil.³⁹ Jsou ovšem nezletilí dostatečně způsobilí účastnit se transakcí, které nemusí nutně splňovat zákonnou definici hazardní hry, ale jsou přímo designovány tak, aby nutily účastníka k dalším a dalším transakcím? Dle Deklarace nikoli,⁴⁰ stejně tak nizozemský výzkum varuje před újmou, kterou mohou loot boxy způsobit nezletilým.⁴¹

4.3 OCHRANA SPOTŘEBITELE

Spotřebitelské právo jako takové má obecně za cíl ochranu slabší strany v závazcích a v kontextu loot boxů nelze opomenout dopad, který spotřebitelské normy na tyto transakce mohou mít. Vzhledem k tomu, že se loot boxy vyskytují v produktech určených k zábavě, je bezpečné tvrdit, že drtivá většina jejich uživatelů budou spotřebitelé.⁴² Podnikatel má vůči spotřebiteli zvýšenou informační povinnost před uzavřením smlouvy. Například má podnikatel povinnost sdělit spotřebiteli údaje o funkčnosti digitálního obsahu (§ 1811 odst. 2 písm h) OZ). Údaje o funkčnosti by měly zahrnovat způsoby, jak lze digitální obsah využívat, jako je například sledování chování spotřebitelů.⁴³ Nabízí se argument, že na základě tohoto ustanovení by měli poskytovatelé mít povinnost zveřejnit dostatečným způsobem šanci na zisk jednotlivých předmětů v loot boxech, nicméně znění zákona není dostatečně konkrétní, co se týče údajů o funkčnosti.

Další z norem spotřebitelského práva, která má potenciál významně zasáhnout do nakládání s loot boxy, je institut nekalé obchodní praktiky z § 4 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele (dále jen ZOS). Nekalá ob-

³⁹ Důvodová zpráva k zákonu č. 186/2016 Sb., o hazardních hrách [online]. Sněmovní tisk 578/0, část č. ¼ VI. Návrhu zákona o hazardních hrách – EU. Str. 149.

⁴⁰ Deklarace regulátorů hazardních her ohledně obav ze stírajících se hranic mezi hazardními hrami a běžnými hrami. [online]. Str. 1.

⁴¹ *Study into loot boxes A treasure or a burden?* [online]. Netherlands gaming authority. Str. 5. publikováno 10.4.2018. [cit. 14.3.2019].

⁴² Jako uživatele, kteří nejsou spotřebiteli, lze zmínit například tzv. streamery, tedy hráče dosahující zisku vysláním svého hraní. Ti jsou ovšem v poměru k běžným hráčům ve výrazné menšině. Srov. např. HRADSKÝ, Jiří. *Streamování počítačových her z pohledu práva* [online]. In: epravo.cz Publikováno 21.3.2019.

⁴³ HULMÁK, M. a kol., *Občanský zákoník VI. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014. s. 769 [cit. 14.3.2019].

chodní praktika je takovou obchodní praktikou, která může podstatně narušit ekonomické chování určité jednoznačně vymezitelné skupiny spotřebitelů, kteří jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvláště zranitelní (§ 4 odst. 2 ZOS). Vzhledem ke všemu, co bylo již řečeno o manipulativní podstatě loot boxů a jejich shodným prvkům s hazardní hrou, je zjevné, proč by loot boxy mohly být považovány za nekalou obchodní praktiku, zejména ve vztahu k nezletilým. Zákon o ochraně spotřebitele pak nabízí širokou škálu ochranných ustanovení pro spotřebitele, například mimosoudní řešení sporů (§ 20n ZOS).

5. ZÁVĚR - PŘEKONÁNÍ PROPASTI MEZI PRÁVNÍ ÚPRAVOU A NOVOU REALITOU

Vzhledem k situaci na herním trhu se nezdá, že by vydavatelé loot boxy přestali používat, a jejich manipulativní aspekty sami od sebe rovněž zřejmě neodstraní. Nebezpečí pro rizikové skupiny, které bylo již detailně popsáno odbornými orgány z mnoha vyspělých zemí, je značné, a proto to musí být právo, které provede regulaci tohoto nového fenoménu digitálního trhu. Právní normy se ovšem přizpůsobují pomalu, a tedy je třeba dosáhnout alespoň částečných výsledků interpretací.

Nezletilé osoby nemají, respektive by neměly mít, dostatečnou rozumovou a volní vyspělost na pořizování loot boxů, ve smyslu § 31 OZ. I v případě, že loot boxy nebudou chápány jako hazardní hra, jedná se o praktiku manipulativní a specificky vytvořenou tak, aby nutila hráče utratit co nejvíce peněz a vyvolala v nich psychickou závislost. Nezletilí se zpravidla neživí sami a jejich představa o hodnotě peněz je tedy výrazně jiná, než u zletilých osob. Proto jsou rizikovou skupinou u takového manipulace. V této otázce se tedy jeví nutné přijmout legislativu upravující věkový limit her obsahujících loot boxy, například v návaznosti na systém PEGI.⁴⁴ Vzhledem k tomu, že loot boxy operují na stejných principech jako

⁴⁴ PEGI je evropský systém věkových kategorií pro hry spravovaný nezávislou Interaktivní Softwarovou Federací Evropy (ISEF). V současné době systém používá 39 států v Evropě i mimo ni.

hazardní hry, je rovněž vhodné zvážit minimální věkovou hranici pro loot boxové transakce 18 let, jako u hazardních her podle ZOH.

Nejen kvůli loot boxům je potřeba změnit chápání hodnoty/ceny věci ve vztahu k virtuálním předmětům. Hodnota těchto „věcí“ je sice čistě subjektivní, nicméně pro zainteresované osoby zcela reálná a nelze ji ignorovat. Z teze některých odpovědných orgánů, že virtuální předměty nemají reálnou hodnotu, je vidět naprosté nepochopení virtuálního světa odpovědnými osobami, které evidentně nejsou jeho účastníky. Obzvláště nezletilí a mladí lidé, kteří již vyrostli s počítači a pravidelným přístupem k internetu, mají velkou část svých zájmů přenesenou do digitální roviny a vzhledem k tomu, kolik peněz jsou za tyto virtuální hry ochotni utratit, nelze pochybovat o tom, že tyto virtuální předměty mají velice reálnou hodnotu, a to nejen v kontextu loot boxů. Prozatím zná české právo institut ceny zvláštní obliby, která vyjadřuje přípustnost ceny vyšší než obvyklé vzhledem k subjektivnímu vztahu osoby k věci. Stejně tak musí existovat možnost ceny nižší než obvyklé, vyplývající ze subjektivního vztahu věci a osoby.

Právní klasifikace loot boxů jako hazardu ve smyslu zákona o hazardních hrách se dle zjištěného jeví jako nevyhnutelný a pro společnost správný krok, a to především z teleologických důvodů. Restriktivním jazykovým výkladem současné právní úpravy skutečně dojdeme k závěru, že loot boxy hazardní hrou nejsou. Nicméně mají stejný účel, metodiku i dopad na společnost. Účelem zákona o hazardních hrách, a právní úpravy hazardu obecně je regulovat takové činnosti, které jsou pro osoby návykové a společensky škodlivé. Oba tyto parametry loot boxy splňují a tedy by jako hazardní hra měly být *de lege ferenda* klasifikovány.

Způsobem, jak této klasifikace dosáhnout, by bylo, v návaznosti na výše zmíněnou změnu chápání hodnoty věci, interpretovat ustanovení § 3 odst. 1 ZOH v otázce návratnosti sázky. Pokud platí, že výplňové výhry z loot boxů nemají žádnou cenu jako věci, jelikož mají v rámci konkrétních her minimální efekt, nejedná se o odměny, kvůli kterým hráč za loot box zaplatil, a jsou specificky vytvořené jen a čistě proto, aby vyplnily obsah loot boxů, je zároveň pravdou, že se u loot boxů nezaručuje návratnost. V ta-

kovém případě loot boxy musí spadat pod definici hazardní hry podle § 3 odst. 1 ZOH. Pokud by došlo ke klasifikaci loot boxů jako hazardu podle ZOH, přichází v úvahu dokonce jejich úplný zákaz podle § 7 téhož zákona. Ten stanoví zákaz hazardních her explicitně nejmenovaných ve výčtu § 3, pokud splňují podmínky stanovené v odst. 2 paragrafu. Konkrétně pak odpor dobrým mravům a veřejnému pořádku, spolu s nemožností spolehlivého ověření věku účastníka, jsou požadavky, na základě kterých by bylo možné loot boxy pro rozpor se zákonem zakázat. Nicméně, jak ukázala například právní úprava Číny, loot boxy mohou být právem přivedeny do stavu, kdy přestanou být společensky škodlivým hazardem a jejich úplná eliminace není vždy nezbytná.

Jelikož u hráčů her výrazně dominují spotřebitelé, má spotřebitelské právo potenciál významně poskytování loot boxů regulovat. Především posuzování loot boxů jako nekalé obchodní praktiky se jeví jako správné, vzhledem k tomu, že mechaniky loot boxů jsou více než způsobilé ovlivnit rozhodování spotřebitele ohledně jejich pořízení.

Loot boxy jsou typickým příkladem fenoménu, kdy technologie překoná psané právo: nové technologické pokroky umožnily vydavatelům použít principy hazardu pro zvýšení zisku ze svých her, a zákon, který byl psán v době, kdy představa hazardní hry stále znamenala hazardní hru explicitní, jednoduše nestačí. Stejný problém byl jedním z hlavních důvodů proč byl v roce 2015 navržen samotný ZOH, aby nahradil starý zákon o loterii.⁴⁵ Nyní technologie opět pokročila a právo se znovu musí nové realitě přizpůsobit.

6. POUŽITÉ ZDROJE

- [1] Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele. In: ASPI (právně informační systém).
- [2] Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: ASPI (právně informační systém).
- [3] Zákon č. 186/2016 Sb., o hazardních hrách. In: ASPI (právně informační systém).
- [4] Deklarace regulátorů hazardních her ohledně obav ze stírajících se hranic mezi hazardními hrami a běžnými hrami. [online]. Dostupné z: <https://www.mfcr.cz/cs/aktualne/tiskove-zpravy/2018/cr-navazuje-uzkou-spolupraci-se-14-zemem-32909>

⁴⁵ Důvodová zpráva k zákonu č. 186/2016 Sb., o hazardních hrách [online]. Sněmovní tisk 578/0, část č. ¼ VI. Návrhu zákona o hazardních hrách – EU. Str. 122

- [5] Doporučení Komise ze dne 14. července 2014 o zásadách pro ochranu spotřebitelů a hráčů služeb hazardních her online a pro prevenci hraní hazardních her online nezletilými osobami. In: EUR:lex (právně informační systém).
- [6] Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 4. 1937 (SJS) 16875/36
- [7] *A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence* [online]. KOM (2015) 192 final. Evropská komise. Úřad pro publikace Evropské unie. Publikováno 6.5.2015 [cit. 10. 3. 2019]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015SC0100>
- [8] Důvodová zpráva k zákonu č. 186/2016 Sb., o hazardních hrách [online]. Sněmovní tisk 578/0, část č. ¼ VI. Návrhu zákona o hazardních hrách – EU. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=7&CT=578&CT1=0>
- [9] *Gambling case law* [online]. Evropská komise. In: ec.europa.eu. [cit. 15.2.2019]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/growth/sectors/gambling/infringements-court-cases_is
- [10] Merriam-webster [online]. Merriam-Webster, Incorporated. [cit. 16.5.2018]. Dostupné z: <https://www.merriam-webster.com/>
- [11] *Research Report on Loot Boxes* [online]. Belgian gaming comission. publikováno duben 2018 [cit. 14.3.2019]. Dostupné z: https://www.gamingcommission.be/opencms/export/sites/default/jhksweb_nl/documents/onderzoekrapport-loot-boxen-Engels-publicatie.pdf
- [12] *Study into loot boxes A treasure or a burden?* [online]. Netherlands gaming authority. Publikováno 10.4.2018. [cit. 14.3.2019]. Dostupné z: <https://www.slideshare.net/OlivierOosterbaan/netherlands-gaming-authority-study-into-loot-boxes-a-treasure-or-a-burden>
- [13] *Young People & Gambling 2018 A research study among 11-16 year olds in Great Britain* [online]. UK Gambling comission. publikováno listopad 2018 [cit. 15.3.2019]. Dostupné z: <https://www.gamblingcommission.gov.uk/PDF/survey-data/Young-People-and-Gambling-2017-Report.pdf>
- [14] BANKS, Nick. *loot boxes still unsafe from Belgian law* [online]. In: keengamer.com. publikováno 3.12.2018 [cit. 14.1.2019]. Dostupné z: https://www.keengamer.com/article/20574_loot-boxes-still-unsafe-from-belgian-law
- [15] BRESTOVANSKY, Michael. *'Loot box' bills fail to advance* [online]. In: Hawaii Tribune-Herald, publikováno 24.3.2018 [cit. 15.1.2019]. Dostupné z: <https://www.hawaiitribune-herald.com/2018/03/24/hawaii-news/loot-box-bills-fail-to-advance/>
- [16] ČESKÁ TISKOVÁ KANCELÁŘ. *Herní průmysl v Česku roste. Loni obrat stoupl na tři miliardy* [online]. In: Novinky.cz. publikováno 14.3.2019 [cit. 15.3.2019]. Dostupné z: <https://www.novinky.cz/internet-a-pc/hry-a-herni-systemy/499811-herni-prumysl-v-cesku-roste-loni-obrat-stoupl-na-tri-miliardy.html>
- [17] DRUMMOND, Aaron, SAUER, James. *Video game loot boxes are psychologically akin to gambling* [online]. In: Nature.com. publikováno 18.6.2018 [cit. 15.5.2019]. Dostupné z: <https://www.nature.com/articles/s41562-018-0360-1/#Bib1>

- [18] GREEN, Olie. *Report: Game publishers are making billions from microtransactions* [online]. In: gamebyte.com. publikováno 23.2.2018 [cit. 14.1.2019]. Dostupné z: <https://www.gamebyte.com/report-game-publishers-making-billions-microtransactions/>
- [19] GERKEN, Tom. *Video game loot boxes declared illegal under Belgium gambling laws* [online]. In: BBC.com. publikováno 26.4.2018 [cit. 16.1.2019]. Dostupné z: <https://www.bbc.com/news/technology-43906306> původní zdroj: Ministerstvo spravedlnosti Nizozemska, *Loot boxen in drie videogames in strijd met kansspelwetgeving*
- [20] GRIFFITHS, M.D. *Is the buying of loot boxes in video games a form of gambling or gaming?* In: Gaming Law Review: Regulation, Compliance, and Policy, 22 (1), pp. 52-54. ISSN 2572-5300
- [21] HOLT, Kris. *Federal Trade Commission agrees to investigate loot boxes* [online]. In: engadget.com, publikováno 28.11.2018 [cit. 14.1.2019]. Dostupné z: <https://www.engadget.com/2018/11/28/federal-trade-commission-loot-box-gambling/>
- [22] HULMÁK, M. a kol., *Občanský zákoník VI. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014. 2046 s., ISBN 978-80-7400-287-8
- [23] KŘÍŽEK, Petr, *Analýza možností prodeje webových her* [online]. ČVUT, bakalářská práce, vedoucí Ing. Marin Dobiáš, Ph.D. publikováno 2015. [cit. 14.1.2019]. Dostupné z: <https://dspace.cvut.cz/handle/10467/62049>
- [24] MACIEJEWSKI, Mariusz. *Jednotný digitální trh* [online]. Evropský parlament. publikováno říjen 2018 [cit. 15.5.2019]. Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/cs/sheet/43/vsudypritomny-jednotny-digitalni-trh>
- [25] MARTINSEN, Joel. *Gamble your life away in ZT Online* [online]. In: danwei.org. publikováno 26.12.2007 [cit. 15.1.2019]. Dostupné z: http://www.danwei.org/electronic_games/gambling_your_life_away_in_zt.php
- [26] POSTARDO, Leonard. *Legal definition saves loot boxes from gambling classification in France*. [online]. In: CalvinAyre.org. publikováno 5.7.2018 [cit. 15.1.2019]. Dostupné z: <https://calvinayre.com/2018/07/05/business/legal-definition-saves-loot-boxes-gambling-classification-france/> původní zdroj: ARJEL. *RAPPORT D'ACTIVITÉ 2017-2018*
- [27] TAYLOR, Haydn. *Loot boxes: An industry at war with itself over a technicality* [online]. In: Gamesindustry.biz. publikováno 12.12.2018 [cit. 15.5.2019]. Dostupné z: <https://www.gamesindustry.biz/articles/2018-12-12-loot-boxes-a-year-in-review>
- [28] TANG, Tracey. *China: A Middle-Ground Approach: How China Regulates Loot Boxes And Gambling Features In Online Games* [online]. In: mondaq.com, publikováno 16.5.2018 [cit. 13.1.2019]. Dostupné z: <http://www.mondaq.com/china/x/672860/Gaming/A+MiddleGround+Approach+How+China+Regulates+Loot+Boxes+and+Gambling+Features+in+Online+Games>
- [29] TOMEŠ, Michal. *Herní akcie rostou třikrát rychleji než celý trh*. [online]. In: e15.cz. publikováno 26.2.2018 [cit. 15.3.2019]. Dostupné z: <https://www.e15.cz/byznys/technologie-a-media/herni-akcie-rostou-trikrat-rychleji-nez-cely-trh-1343831>

[30] VANCE, Patricia. *Odpověď ESRB senátorce M.W. Hassanové ze dne 27.2.2018* [online]. Entertainment software rating board. [cit. 14.1.2019]. Dostupné z: <https://www.scribd.com/document/372547777/ESRB-Response-to-Senator-Hassan>

[31] ŽUROVEC, Michal. *ČR navazuje úzkou spoluprací se 14 zeměmi v oblasti on-line hazardu* [online]. Ministerstvo financí ČR. publikováno 17.9.2018 [cit. 15.1.2019]. Dostupné z: <https://www.mfcr.cz/cs/aktualne/tiskove-zpravy/2018/cr-navazuje-uzkou-spolupraci-se-14-zemem-32909>

Toto dílo lze užít v souladu s licenčními podmínkami Creative Commons BY-SA 4.0 International (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>).

<https://doi.org/10.5817/RPT2019-1-4>

PŘEHLED AKTUÁLNÍ JUDIKATURY I/2019

*DOMINIKA GALAJDOVÁ, FRANTIŠEK KASL, IVANA KUDLÁČKOVÁ,
PAVEL LOUTOCKÝ, JAKUB MÍŠEK, TEREZA NOVOTNÁ, JAN
SVOBODA, JAN ZIBNER, VERONIKA ŽOLNERČÍKOVÁ*

ÚSTAVNÍ SOUD ZAMÍTL NÁVRH NA ZRUŠENÍ PRÁVNÍ ÚPRAVY *DATA RETENTION*

Soud: Ústavní soud
Věc: Pl. ÚS 45/17
Datum: 14. 5. 2019
Dostupnost: nalus.usoud.cz

Návrh skupiny poslanců směřoval na zrušení povinností preventivního shromažďování provozních a lokalizačních údajů ze strany poskytovatelů telekomunikačních služeb¹ a možností jejich následného poskytnutí příslušným orgánům při sledování veřejných zájmů na bezpečnosti a obraně státu, ochraně osob a majetku před trestnou činností, pátráním po osobách a dohledu nad kapitálovým trhem.^{2, 3} V tomto směru se jedná o další fázi soudního přezkumu proporcionality právní úpravy plošného a nevýběrového uchovávání údajů ve vztahu k právu na soukromí a zachování tajemství zpráv.⁴

¹ § 97 odst. 3 a 4 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích na základě změn zavedených zákonem č. 273/2012 Sb.

² § 88a zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, na základě změn zavedených zákonem č. 273/2012 Sb.; § 68 odst. 2; § 71 písm. a) zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky a vyhláška č. 357/2012 Sb., o uchování, předávání a likvidaci provozních a lokalizačních údajů.

³ Bod 2 anotovaného nálezu.

K návrhu se vyjádřily instituce vyzvané Ústavním soudem. Poslanecká sněmovna a Senát ve svém vyjádření pouze popsaly průběh přijímání napadené právní úpravy.⁵ Ministerstvo průmyslu a obchodu označilo úpravu za vyváženou a vyhovující, což podpořilo sdělením Úřadu pro ochranu osobních údajů z doby přijímání předmětné úpravy.⁶ Vláda považovala českou právní úpravu za přísnou a v souladu s požadavky formulovanými SDEU.⁷ Nejvyšší státní zastupitelství zdůraznilo, že přístup k údajům je pro směr a průběh trestního řízení určující,⁸ vnímalo však nedostatečnost úpravy zákona o Policii ČR.⁹ Úřad pro ochranu osobních údajů se ve svém vyjádření ztotožnil s výtkami skupiny navrhovatelů vůči napadeným ustanovením.¹⁰ Ústavní soud poměrně netradičně nařídil ve věci veřejné ústní jednání, na kterém vyslechl zástupce odborné veřejnosti a praxe.¹¹ Za hlavní výstupy lze označit informace, že se úprava nevymyká evropskému standardu; že přístup k údajům by případně orgány získaly jinými právními prostředky; že jde spíše o „startovací“ či podpůrné důkazy v poměrně malém počtu trestních řízení; že v režimu § 88a trestního řádu k přístupu dochází výhradně skrze Útvar zvláštních činností; a že dosud nebylo v této souvislosti odhaleno žádné systémové selhání.¹²

Ústavní soud neshledal nedostatky v legislativním procesu přijímání napadené právní právy.¹³ V rámci meritorního přezkumu nejprve shrnul obecná východiska konfliktu právní úpravy s ústavně garantovaným

⁴ Ústavní soud se k problematice obsáhle vyjádřil v nálezu ze dne 22. 3. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 24/10, a nálezu ze dne 20.12.2011, sp. zn. Pl. ÚS 24/11. Relevantní jsou též rozsudky Soudního dvora Evropské unie ve spojených věcech C-293/12 a C-594/12 ze dne 8.4.2014, Digital Rights Ireland, a ve spojených věcech C-203/15 a C-698/15 ze dne 21.12.2016, Tele2 Sverige.

⁵ Bod 16 anotovaného nálezu.

⁶ Bod 20 anotovaného nálezu.

⁷ Bod 21 anotovaného nálezu.

⁸ Bod 28 anotovaného nálezu.

⁹ Bod 29 anotovaného nálezu.

¹⁰ Bod 30 anotovaného nálezu.

¹¹ Bod 33 anotovaného nálezu.

¹² Body 34–42 anotovaného nálezu.

¹³ Bod 43 anotovaného nálezu.

právem na ochranu soukromí.¹⁴ Zmínil též vázanost unijním právem a relevantní judikaturou SDEU, která byla následně shrnuta.¹⁵ Ústavněprávní přezkum pak rozdělil do dvou částí. V první části se zabýval obecnou přípustností plošného, neadresného a preventivního shromažďování a uchovávání dat v napadeném rozsahu.¹⁶ Ústavní soud v tomto směru konstatoval, že s ohledem na technologický vývoj a postup dopadu ICT na společnost nemůže nyní konstatovat explicitní nepřiměřenost *data retention*, pokud k ní nedošel ani v podmínkách roku 2011.¹⁷ Nadto dovodil, že z hlediska transparentnosti postupu orgánů veřejné moci představuje právní úprava *data retention* „menší zlo“ než nabízející se alternativy, které by zaujaly její místo.¹⁸ V druhé části pak Ústavní soud posuzoval přiměřenost podmínek a záruk ochrany, jakož i vhodnost vymezení okruhu orgánů oprávněných k přístupu.¹⁹ Na podmínky uchovávání byl aplikován třístupňový test proporcionality, přičemž v prvním kroku Ústavní soud shledal, že silný veřejný zájem naplňuje požadavek legitimního cíle²⁰ a absence skutečného ekvivalentu prokazuje potřebnost úpravy.²¹ Ve vztahu k proporcionalitě v užším slova smyslu Ústavní soud konstatoval, že retenční doba 6 měsíců není nepřiměřená sledovanému cíli²² a že právní řád poskytuje dostatek záruk proti zneužití uchovávaných údajů.²³ Ohledně podmínek přístupu v trestním řízení Ústavní soud dovodil přijatelnost úpravy ve všech zkoumaných ohledech: co do rozsahu přípustného využití,²⁴ přísnosti podmínek přístupu²⁵ i procesních záruk na obranu dotčené

¹⁴ Body 46–52 anotovaného nálezu s odkazem na předchozí výklad v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 24/10, bodech 26–40.

¹⁵ Body 53–62 anotovaného nálezu.

¹⁶ Bod 64 anotovaného nálezu.

¹⁷ Bod 76 anotovaného nálezu s odkazem na nálezu sp. zn. Pl. ÚS 24/10.

¹⁸ Bod 78 anotovaného nálezu.

¹⁹ Bod 65 anotovaného nálezu.

²⁰ Body 83–85 anotovaného nálezu.

²¹ Bod 86 anotovaného nálezu.

²² Bod 92 anotovaného nálezu.

²³ Bod 97 anotovaného nálezu.

²⁴ Body 100–106 a 109 anotovaného nálezu.

²⁵ Body 107 a 109 anotovaného nálezu.

osoby.²⁶ Obdobné závěry učinil i ohledně dalších využití údajů na základě zákona o Policii ČR, které nebyly Ústavním soudem posuzovány v předchozích řízeních.²⁷ Přiměřenost přístupu dalších orgánů²⁸ Ústavní soud nezkoumal, jelikož nebyla napadena příslušná zvláštní právní úprava, obecně však konstatoval legitimnost daných cílů.²⁹ Na závěr soud konstatoval, že ani prováděcí vyhláška nevybočuje z mezí ústavnosti, jelikož oproti předchozí reaguje na požadavky formulované v nálezech Pl. ÚS 24/10 a Pl. ÚS 24/11.³⁰

Ústavní soud při svém posouzení přihlédl ke kontextu současného společenského i technologického vývoje i ke změně právní úpravy od posledního posouzení její ústavnosti. Shledal, že ji lze ve všech napadených směrech vyložit ústavně konformním způsobem, a proto návrh zamítl.³¹

Soudkyně Šimáčková zaujala ve věci odlišné stanovisko, ve kterém se postavila proti nosným závěrům pléna. Zdůraznila, že dané údaje umožňují sestavit podrobný osobní a komunikační profil jednotlivce³² a že je na místě brát v potaz související požadavky ochrany osobních údajů.³³ Domnívá se, že napadená právní úprava neposkytuje ucelený a koherentní systém záruk³⁴ i tím, že nestanovuje konkrétní ochranná technická opatření.³⁵ Nesouhlasí dále s tím, že neexistuje alternativa, přičemž odkazuje na režimy zkráceného uchovávání a kombinace s postupy *data freeze*, které jsou přítomné v Německu či na Slovensku.³⁶ Odmítá tedy, že by zrušení právní úpravy vedlo k chaosu či „legislativnímu stínu“, pokud by Ústavní soud svým nálezem podpořil naléhavou potřebu přijetí úpravy nové a stanovil dostatečně

²⁶ Body 108 a 109 anotovaného nálezu.

²⁷ Body 110–117 anotovaného nálezu.

²⁸ Bezpečnostní informační služby, Vojenského zpravodajství a České národní banky.

²⁹ Body 118 a 119 anotovaného nálezu.

³⁰ Bod 121 anotovaného nálezu.

³¹ Bod 129 anotovaného nálezu.

³² Bod 2 odlišného stanoviska.

³³ Body 5–7 odlišného stanoviska.

³⁴ Bod 3 odlišného stanoviska.

³⁵ Bod 8 odlišného stanoviska.

³⁶ Bod 11 odlišného stanoviska.

dlouhý odklad vykonatelnosti.³⁷ Na závěr pak varuje před *data retention* jako před rizikem pro demokracii jako takovou.³⁸

Autor: FK

CO DĚTI? MAJÍ SI KDE HRÁT? OPĚT PŘED SOUDEM

Soud: Vrchní soud v Praze

Věc: 5 Co 16/2018-341

Datum: 8. 4. 2019

Dostupnost: získáno na základě zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím

Žalobce je autorem písně „Až“ interpretované hudební skupinou Katapult. Strana zelených coby žalovaná se rozhodla užít část textu této písně, resp. její refrén v rozsahu „Co děti? Mají si kde hrát?“ v rámci volební kampaně v roce 2010, nicméně bez žalobcova svolení k užití díla.

Žalobce proto vyzval žalovanou k upuštění od jednání, ovšem bezvýsledně. Rozhodl se proto žalovat Stranu zelených za neoprávněné užití ve smyslu § 12 odst. 1 a § 40 zákona č. 121/2000 Sb., autorského zákona, a za zásah do osobnostních práv ve smyslu § 11 daného zákona. Stejně tak žalobce namítal vzbuzování mylného dojmu, že je s žalovanou politickou stranou jakkoliv spojen. Městský soud v Praze v návaznosti na to (a po připomenutí již jednoho rozhodnutí v dané věci se stejným výsledkem)³⁹ rozhodl tak, že uložil žalované mimo jiné povinnost zaplatit žalobci 350.000,- Kč coby dvojnásobek obvyklé výše licenční odměny.⁴⁰ Žalovaná se proti rozhodnutí odvolala, a to zejména s argumentem špatného znaleckého posouzení v dané věci.

³⁷ Bod 14 odlišného stanoviska.

³⁸ Body 16 a 17 odlišného stanoviska.

³⁹ Konkrétně se jedná o rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 20. 8. 2014, č. j. 34 C 171/2010-129. Spor se poté přesunul k Vrchnímu soudu v Praze (srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 6. 10. 2015, č. j. 5 Co 2/2015-163) a skrze dovolání až k Nejvyššímu soudu (srov. usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 31. 8. 2016, č. j. 30 Cdo 733/2016-209), který dovolání odmítl.

⁴⁰ Stalo se tak rozsudkem Městského soudu v Praze ze dne 20. 12. 2017, č. j. 34 C 171/2010-294.

Vrchní soud v Praze jako odvolací stupeň zejména připomněl své předcházející rozhodnutí v dané věci a zhodnotil kvalitativní zlepšení počínání soudu prvního stupně při zkoumání obvyklé výše licenční odměny.⁴¹ Soud se též vyjádřil k odborným kvalitám zvolených znalců a jejich odbornosti, jakož i objektivnosti s ohledem na blízký vztah směrem k žalobci, v čemž neshledal závady.⁴² V další části soud už jen podrobně rozebral výši nákladů řízení a náhrady za právní zastoupení v dané věci.⁴³

Vrchní soud proto ve výsledku potvrdil rozsudek soudu prvního stupně a pouze upravil výši náhrady nákladů řízení.

Spor o skladbu „Až“ se vede již od roku 2010 a v nejbližší době nejspíš nelze očekávat jeho ukončení, zejména s ohledem na minulý vývoj. Vrchní soud tentokrát následoval argumentační linii předchozího stupně a potvrdil zásah do práv žalobce. Bohužel k povaze refrénu coby autorskoprávně relevantní části díla se soud vícero nevyjádřil, ačkoliv by mohlo být zajímavé sledovat argumentaci zejména v kontextu případu *Svěrák vs. Bauhaus*⁴⁴.

Autor: JZ

ZÁSAH DO SOUKROMÍ NA WEBU ČASOPISU

Soud: Městský soud v Praze
Věc: 58 Co 286/2017-465
Datum: 31. 1. 2019
Dostupnost: justice.cz

V původním sporu se žalobce domáhal u soudu žalobou na ochranu osobnosti zdržení se šíření informací o své osobě a rodině, stáhnutí těchto

⁴¹ Bod 9 anotovaného rozhodnutí.

⁴² Tamtéž.

⁴³ Bod 11 a násl. anotovaného rozhodnutí.

⁴⁴ Srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 16. 12. 2005, č.j. 23 C 22/2005-58; rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 13. 9. 2006, č.j. 1 Co 64/2006-93; rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 4. 2007, sp. zn. 30 Cdo 739/2007; opětovně potom rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2010, sp. zn. 23 C 61/2007; rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 1. 9. 2010, č.j. 1 Co 126/2010-326; usnesení Nejvyššího soudu ze dne 29. 3. 2012, sp. zn. 30 Cdo 60/2011.

informací z webových stránek žalované a uhrazení způsobené nemajetkové újmy v penězích.⁴⁵

Obvodní soud v Praze v prvním stupni rozhodl o stažení informací a zpráv z webu a také o nahrazení nemajetkové újmy, nicméně v nižší výši, než žalobce navrhoval.⁴⁶ Proti tomuto rozhodnutí se žalobce i žalovaná odvolali, nebyl však napaden výrok o stažení informací z webových stránek žalované, a proto ten jediný nabyl právní moci. Městský soud v Praze o odvolání obou stran rozhodl tak, že snížil žalovanou výši náhrady nemajetkové újmy přiznanou žalobci a potvrdil stažení a další nešíření informací o žalobci.⁴⁷ Proti tomuto rozhodnutí podaly obě strany dovolání k Nejvyššímu soudu. Ten dovolání žalované odmítl. Odmítl též část dovolání žalobce, nicméně v části snižující výši nemajetkové újmy rozhodnutí je zrušil a vrátil odvolacímu soudu zpět k projednání.⁴⁸ Odvolací soud měl tedy znovu rozhodnout o výši přiznané nemajetkové újmy.

Z tohoto důvodu se Městský soud zabýval otázkou, zda je náhrada nemajetkové újmy ve výši 375.000,- Kč pro dva dospělé žalobce a 75.000,- Kč pro dva nezletilé žalobce dostatečně přiměřená ve vztahu ke způsobené újmě.⁴⁹

Městský soud se zabýval téměř výhradně otázkou výše přiměřené náhrady nemajetkové újmy. Z toho důvodu citoval dvě předchozí rozhodnutí zejména Nejvyššího soudu ve věci výše náhrady nemajetkové újmy v difamačních případech, kde byly informace zveřejněny v online denících.⁵⁰ Městský soud zohlednil zejména proporcionalitu mezi čteností a počtem zhlédnutí jednotlivých článků, průměrnými počty návštěv webových stránek jednotlivých deníků a k tomu přiznaných výší nemajetkových náhrad ve zmíněných případech.⁵¹ Zabýval se mimo to také různými částkami

⁴⁵ Bod 1 anotovaného rozhodnutí.

⁴⁶ Bod 3 anotovaného rozhodnutí.

⁴⁷ Bod 11 anotovaného rozhodnutí.

⁴⁸ Body 13 až 15 anotovaného rozhodnutí.

⁴⁹ Bod 46 anotovaného rozhodnutí.

⁵⁰ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 11. 8. 2018, sp. zn. 30 Cdo 3062/2018, a rozhodnutí Městského soudu v Praze ze dne 17. 9. 2018, č. j. 22 Co 91/2018-370.

⁵¹ Body 53 až 56 anotovaného rozhodnutí.

přiznanými dospělým žalobcům a dětem, kde u nezletilých žalobců uvedl, že právě pro jejich nezletilost je zde klíčový již pravomocný zdržovací nárok, kdežto relutární náhrada je teprve doplňkovým zadostiučiněním, proto částky mohou být nižší (v tomto případě dokonce několikrát).⁵²

Na základě uvedených předchozích případů a související argumentace nakonec soud konstatoval zmíněné částky plně dostatečnými.

Autorka: TN

ZVEŘEJNĚNÍ OSOBNÍCH ÚDAJŮ ADVOKÁTA V DATABÁZI JUDIKATURY

Soud: Krajský soud v Brně
Věc: 31 A 68/2018-177
Datum: 7. 11. 2018
Dostupnost: nssoud.cz

Žalobce, advokát, se žalobou ze dne 24. 5. 2018⁵³ domáhal ochrany před nezákonným zásahem do svých práv ze strany Nejvyššího správního soudu. Nezákonný zásah spatřoval žalobce ve zveřejňování osobních údajů v dostupné databázi judikatury v rámci publikování soudních rozhodnutí uvádějících údaje o žalobci jakožto o zástupci jedné ze stran v konkrétní věci.

Soud posuzoval, zda výše nastíněné zveřejňování osobních údajů obsažených v rozhodnutích publikovaných postupem podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím,^{54, 55} zapovídá zákonná úprava (zejména v té době účinný zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů), potažmo zda je tímto postupem žalobci nepřiměřeně zasahováno do

⁵² Bod 54 anotovaného rozhodnutí.

⁵³ Žaloba byla podána den před účinností nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016, o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46 ES.

⁵⁴ V bodu 15 anotovaného rozhodnutí soud uvedl, že informace ve smyslu zákona o svobodném přístupu k informacím mohou být poskytnuty jak na žádost, tak formou zveřejňování anonymizovaných znění rozhodnutí.

⁵⁵ Body 16, 39 a násl. anotovaného rozhodnutí.

jeho ústavně zaručených lidských práv (zejména práva na soukromý život).⁵⁶ Za žalobcovy osobní údaje přitom soud označil zejména jméno a příjmení, adresu jeho sídla, danou právní věc spolu s podrobnou skutkovou a právní kvalifikací věci soudem, argumentaci či uvedení kárné žaloby.⁵⁷

Soud poukázal na to, že je advokát veřejně činnou osobou, když vystupuje v rámci soudního řízení, přičemž veřejnost soudního řízení je stanovena Ústavou České republiky. Dále uvedl, že soukromí zástupců účastníků řízení je nutně a legitimně touto zásadou limitováno.⁵⁸ Soud pak označil advokátní činnost související s věcí projednávanou v konkrétním soudním řízení (byť tato činnost může představovat advokátovy osobní údaje) za veřejnou prezentaci advokáta, a to právě s ohledem na specifický charakter advokátní činnosti.⁵⁹ Vzhledem k výše uvedenému a k tomu, že advokát svou činností v rámci soudního řízení dobrovolně vystupuje ze svého soukromého prostoru, nepožívají dle soudu tyto projevy advokáta ochranu v rámci práva na soukromý život; to navíc označil soud za zákonem subjektivně předvídatelnou součást výkonu podnikatelské činnosti advokáta.⁶⁰

Ve zveřejnění žalobcových osobních údajů v databázi judikatury tak soud nespatrił zásah do soukromého života žalobce.⁶¹ Soud pak neshledal zveřejnění údajů, které se týkaly výkonu advokacie navenek, ani v rozporu s právem na podnikání, ani se zákonem o ochranu osobních údajů⁶² a ani s jinými právními normami.⁶³ Žaloba byla proto zamítnuta.

Rozhodnutí je zajímavé zejména proto, že soud označil za osobní údaje širokou škálu informací o činnostech advokáta v rámci soudního řízení.

Autor: JS

⁵⁶ Bod 24 a násl. anotovaného rozhodnutí.

⁵⁷ Body 23, 36 až 38 anotovaného rozhodnutí.

⁵⁸ Bod 44 anotovaného rozhodnutí.

⁵⁹ Bod 46 anotovaného rozhodnutí.

⁶⁰ Bod 48 anotovaného rozhodnutí.

⁶¹ Bod 51 anotovaného rozhodnutí.

⁶² Bod 43 anotovaného rozhodnutí; k tomu viz také § 5 odst. 2 písm. d) zákona o ochraně osobních údajů.

⁶³ Bod 56 anotovaného rozhodnutí.

PODOBIZNA POLICISTY U VÝPOVĚDI A OSOBNÍ ÚDAJ

Soud: Soudní dvůr Evropské unie

Věc: C-345/17 (Buivids)

Datum: 14. 2. 2019

Dostupnost: curia.europa.eu

Lotyšský občan, pan Buivids, natočil při přestupkovém řízení, kde podával výpověď, videozáznam, který zachycoval příslušníky policie. Tento videozáznam zveřejnil na platformě *Youtube*. Lotyšský úřad pro ochranu osobních údajů posoudil toto počínání jako rozporné s příslušnou právní úpravou zejména z toho důvodu, že pan Buivids subjektům údajů (policistům) neposkytl informace ohledně účelu zpracování osobních údajů a příslušný úřad pro ochranu osobních údajů neinformoval o účelu pořízení předmětného videozáznamu a jeho zveřejnění na internetových stránkách. Úřad mu tak nařídil, aby příslušný videozáznam odstranil.

Případ posuzoval lotyšský Nejvyšší soud, který měl pochybnosti o tom, jestli spadá natočení policistů při výkonu funkce a zveřejnění videozáznamu do působnosti směrnice o ochraně osobních údajů, která byla implementována do lotyšského zákona o ochraně osobních údajů a zdůraznil, že záznam byl pořízen při výkonu veřejné funkce.

Z toho důvodu položil Nejvyšší soud SDEU otázku, jestli spadá dané jednání do působnosti směrnice o ochraně osobních údajů a jestli je nutno tuto směrnici vykládat v tom smyslu, že zmíněné jednání lze považovat za zpracování osobních údajů pro účely žurnalistiky.⁶⁴

Po jednoznačném vymezení rozsahu působnosti směrnice o ochraně osobních údajů SDEU nejprve konstatoval, že zveřejnění daného videozáznamu představuje zcela nebo částečně automatizované zpracování těchto údajů.⁶⁵ V daném případě nejsou naplněny podmínky pro to, aby nedošlo k aplikaci právní úpravy obsažené ve směrnici (takovým důvodem je například veřejná bezpečnost, obrana státu či činnost státu v oblasti trestního

⁶⁴ Bod 27 anotovaného rozhodnutí.

⁶⁵ Bod 35 anotovaného rozhodnutí.

práva).⁶⁶ Soud tak konstatoval, že výše popsaná činnost spadá do působnosti směrnice a jedná se o zpracovávání osobních údajů. Soud se dále zabýval argumentací, jestli v takovém případě dochází ke zpracovávání osobních údajů pro účely žurnalistiky. To, že pan Buivids není novinář, ještě samo o sobě nemůže znamenat, že by videozáznam nemohl být považován za pořízený výlučně pro účely žurnalistiky. Na druhou stranu ale ani nelze dovodit, že dané zveřejnění pod tento pojem spadá, jelikož z předchozího řízení nebyl znám účel pořízení takové nahrávky.

Soud na základě dané úvahy tedy uzavřel, že o zpracování osobních údajů pro účely žurnalistiky se tak bude jednat, pokud se ukáže, že účelem pořízení daného záznamu bylo jen zveřejnění a pořízení za účelem zpřístupnění informací, názorů nebo myšlenek veřejnosti, což musí být v rámci daného případu dále ověřeno.⁶⁷

Toto rozhodnutí je zajímavé především tím, že přináší poměrně širokou možnost výkladu toho, co se rozumí pod zpracování osobních údajů pro účely žurnalistiky a na to navazující chápání svobody projevu. Nadto je zdůrazněna významná role národních soudů a zákonodárců v tom, kde bude specificky určena konkrétní hranice.

Autor: PL

PRÁVO AKCIONÁŘE NA VYSVĚTLENÍ VS. OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Soud: Krajský soud v Brně

Věc: 50 Cm 163/2018-68

Datum: 4. 2. 2019

Dostupnost: justice.cz

V rámci žaloby se spolek, který je akcionářem žalované akciové společnosti, domáhal vydání rozhodnutí o její povinnosti poskytnout mu informace na základě akcionářova práva na vysvětlení. Šlo o informace o za-

⁶⁶ Bod 42 anotovaného rozhodnutí.

⁶⁷ Bod 69 anotovaného rozhodnutí.

městnáváných osobách blízkých členům představenstva, jejich odměnám a právním titulům k nim za rok 2017.⁶⁸

Předsednictvo společnosti poskytnutí informací v řádném termínu v celém rozsahu odmítlo s odkazem na ustanovení zákoníku práce a obecného nařízení o ochraně osobních údajů.⁶⁹ Spolek se následně nezúčastnil valné hromady a podal předmětnou žalobu ke Krajskému soudu v Brně.

Soud rozhodoval předně na základě ustanovení §§ 357 a 360 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích vztahujících se k právu akcionáře na vysvětlení a podmínkám pro zahájení řízení před soudem v případě odmítnutí představenstvem.

Soud spor vyřešil argumentací, že akcionář, který se valné hromady neúčastní, v souladu s § 357 ZOK vysvětlení obdržet nemůže.⁷⁰ Za těchto podmínek pak akcionář nemůže v souladu s § 360 odst. 2 ZOK žádat dozorní radu o určení, že podmínky pro odmítnutí poskytnutí vysvětlení nenastaly, což je předpokladem práva akcionáře obrátit se na soud dle § 360 odst. 3 ZOK.⁷¹ V dovětku svého posouzení pak soud vyjádřil souhlasný názor s odmítnutím představenstva, tedy že informace o zaměstnaných osobách blízkých členů představenstva a jejich odměnách nemohou být poskytnuty s odkazem na účinnou právní úpravu ochrany osobních údajů.⁷²

Soud na základě výše uvedených zjištění žalobu zamítl a rozhodl o náhradě nákladů řízení.

Autor: FK

⁶⁸ Bod 1 anotovaného rozhodnutí.

⁶⁹ Bod 2 anotovaného rozhodnutí.

⁷⁰ Bod 15 anotovaného rozhodnutí.

⁷¹ Bod 16 anotovaného rozhodnutí.

⁷² Bod 17 anotovaného rozhodnutí.

DATA DOPRAVNÍHO PODNIKU HL. M. PRAHY

Soud: Nejvyšší správní soud

Věc: 7 As 22/2018-56

Datum: 11. 4. 2019

Dostupnost: nssoud.cz

Žalobce, datový novinář Jan Cibulka, požadoval po Dopravním podniku hl. m. Prahy poskytnutí vzdáleného přístupu k datasetu jízdních řádů aktualizovaného v reálném čase a k aktuálním strojově čitelným informacím o poloze tramvají a autobusů (systémy DORIS a AUDIS) a to včetně dokumentace těchto rozhraní (metadat).⁷³ Žádost byla Dopravním podnikem odmítnuta z důvodu přítomnosti osobních údajů řidičů dopravních prostředků a toho, že se jedná o informace, které se vztahují výlučně k vnitřním pokynům a personálním předpisům povinného subjektu.

Žalobce se v návaznosti na to obrátil na Městský soud v Praze, který však argumenty Dopravního podniku odmítl a rozhodnutí Dopravního podniku o neposkytnutí informací zrušil. Zejména uvedl, že není pochyb o tom, že stěžovatel má dané informace k dispozici, a že není možné zdůvodňovat odmítnutí žádosti tím, že by úprava systémů znamenala pro povinný subjekt nepřiměřenou zátěž. Stejně tak uvedl, že v daném případě nemůže jít o zpracování osobních údajů, a odmítl rovněž argument, že informace je součástí autorského díla.⁷⁴ Dopravní podnik na uvedený rozsudek zareagoval podáním kasační stížnosti, v níž popsal celou řadu technických problémů, proč nemůže informace poskytovat.⁷⁵ Žalobce ve svém vyjádření uvedl, že stěžovatel technické problémy může snadno překonat, a že skutečný důvod pro neposkytnutí je nevýhodná smlouva s externím dodavatelem systému.⁷⁶

⁷³ Odst. 1 anotovaného rozhodnutí.

⁷⁴ Odst. 5 anotovaného rozhodnutí.

⁷⁵ Odst. 6–15 anotovaného rozhodnutí.

⁷⁶ Odst. 16 anotovaného rozhodnutí.

Nejvyšší správní soud se proto zabýval tím, zda byl rozsudek Městského soudu dostatečně odůvodněn, tedy zda je s odkazem na § 64 soudního řádu správního a § 157 odst. 2 občanského soudního řádu přezkoumatelný.⁷⁷ Díky tomu se nedostal k věcnému přezkumu rozhodnutí.

NSS dospěl k závěru, že rozhodnutí Městského soudu dostatečně odůvodněné není. NSS nekriticky vycházel z informací poskytnutých Dopravním podnikem, aniž by sám přihlédl k argumentaci žalobce. Upozornil tak Městský soud na řadu bodů, které dle něj byly nedostatečně argumentované. Předně NSS uvedl, že není jasné, zda požadované informace vůbec spadají do působnosti zákona, protože může jít o nově vytvářené informace.⁷⁸ Dalším argumentem NSS bylo, že žádost o „vzdálený přístup“ by mohla být vnímána jako žádost o „vstup do počítačového programu“⁷⁹. NSS rovněž plně přijal argument Dopravního podniku, že dokumentace je autorskoprávně chráněnou součástí počítačového programu.⁸⁰ Závěrem NSS uvedl, že Městský soud nedostatečně zkoumal rozsah nezbytných úprav, které by stěžovatel musel před poskytnutím informací učinit.⁸¹

Na základě uvedených argumentů NSS napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Městskému soudu k projednání.

Autor: JM

⁷⁷ Odst. 20 anotovaného rozhodnutí.

⁷⁸ Odst. 23 a 28 anotovaného rozhodnutí; zde je třeba poznamenat, že uvedený argument NSS ukazuje značné nepochopení toho, jak funguje poskytování informací měnících se v reálném čase, což je způsob, který jak evropská směrnice, tak český zákon předvídá, a který předpokládá, že budou poskytovány informace v době žádosti fakticky neexistující.

⁷⁹ Odst. 27 anotovaného rozhodnutí; na tomto místě je třeba připomenout, že chráněným vyjádřením počítačového programu je jeho zdrojový a strojový kód a nikoli API, které nijak autorskoprávně chráněné není (viz analogicky rozhodnutí SDEU ve věci C-393/09 ze dne 22. 12. 2010, BSA, a C-406/10 ze dne 2. 5. 2012, SAS Institute).

⁸⁰ Odst. 22 anotovaného rozhodnutí; přes to, že je uvedený argument značně nepřesvědčivý, protože metadata popisující určitý datový formát nejsou autorským dílem a nemohou proto požívat autorskoprávní ochrany, je třeba poznamenat, že i pokud by uvedená dokumentace byla autorskoprávně chráněná, měl NSS připomenout nálezy Ústavního soudu ze dne 21. 3. 2017, sp. zn. IV.ÚS 3208/16.

⁸¹ Odst. 29–30 anotovaného rozhodnutí.

**ROZHODČÍ SOUD HK A AK JAKO POVINNÝ SUBJEKT DLE
ZÁKONA Č. 106/1999 SB., O SVOBODNÉM PŘÍSTUPU K
INFORMACÍM**

Soud: Nejvyšší správní soud
Věc: 6 As 282/2018-46
Datum: 20. 2. 2019
Dostupnost: nssoud.cz

Stěžovatel, společnost JERICHO, spol. s r.o., požadoval od žalovaného Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky informace týkající se činnosti této instituce podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. Žalovaný odmítl informace poskytnout s odkazem na skutečnost, že dle jeho názoru není povinným subjektem podle zákona č. 106/1999 Sb.⁸² Stěžovatel se bránil správní žalobou u Městského soudu v Praze, který se však ztotožnil s názorem žalovaného a žalobu odmítl.⁸³ Stěžovatel následně podal proti rozhodnutí Městského soudu kasační stížnost.

Nejvyšší správní soud se tak zabýval otázkou, zda je žalovaný povinným subjektem ve smyslu § 2 odst. 1 zákona č. 106/1999 Sb.

NSS ve své argumentaci aplikoval test veřejné instituce, jak ho dříve představil Ústavní soud⁸⁴. V případě prvního kritéria, kterým je způsob vzniku povinného subjektu, NSS konstatoval veřejnoprávní charakter žalovaného, jehož právní předchůdce vznikl na základě výnosu ministra zahraničního obchodu č. 128/1949. Veřejný charakter vzniku byl pak potvrzen novelizovanou verzí zákona č. 301/1992 Sb., o Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky.⁸⁵ Tím je naplněn i druhý znak, tedy hledisko zřizovatele žalovaného, kterým je Česká republika. Ve třetím kroku NSS posoudil charakter účelu činnosti žalovaného. Zá-

⁸² Odst. 1 anotovaného rozhodnutí.

⁸³ Odst. 3–5 anotovaného rozhodnutí.

⁸⁴ Srov. nález Ústavního soudu ve věci Letiště Praha ze dne 24. 1. 2007, sp. zn. I. ÚS 260/06.

⁸⁵ Body 28–30 anotovaného rozhodnutí.

věrem zajímavě vedené argumentace bylo konstatování, že účelem vzniku je zájem zákonodárce na existenci stálého rozhodčího soudu a nikoli pouze řešení sporů mezi stranami na základě jejich smluvní volnosti.⁸⁶ U čtvrtého znaku, tj. otázky utváření orgánů žalovaného NSS seznal, že i zde je přítomný veřejný prvek vzhledem k účasti orgánů Hospodářské komory ČR a Agrární komory ČR, které jsou obě zřízeny zákonem.⁸⁷ Konečně posledním znakem je otázka přítomnosti veřejnoprávního dohledu nad žalovaným. NSS v tomto bodě souhlasil se závěrem Městského soudu, že zde není veřejnoprávní dohled přítomný vzhledem k požadavku na institucionální nezávislost žalovaného; to však dle NSS nevylučuje, aby byl žalovaný veřejnou institucí.⁸⁸

NSS s odkazem na rozhodnutí Ústavního soudu připomněl, že při hodnocení, zda jde o veřejnou instituci, je třeba vyjít z převahy výše uvedených znaků a uzavřel, že žalovaný je povinným subjektem podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím.

Autor: JM

(DALŠÍ) ROZHODNUTÍ K OKRUHU POVINNÝCH SUBJEKTŮ PODLE ZÁKONA Č. 106/1999 SB., O SVOBODNÉM PŘÍSTUPU K INFORMACÍM

Soud: Ústavní soud
Věc: II. ÚS 618/18
Datum: 2. 4. 2019
Dostupnost: nalus.usoud.cz

Stěžovatel, sdružení Oživení, o. s., zaslal společnosti OTE, a. s. dne 22. 9. 2016 žádost podle zákona o svobodném přístupu k informacím. Stěžovatel však vyřízení žádosti zamítl.⁸⁹

⁸⁶ Body 32–35 anotovaného rozhodnutí.

⁸⁷ Bod 36 anotovaného rozhodnutí.

⁸⁸ Bod 37 anotovaného rozhodnutí.

⁸⁹ Bod 3 anotovaného nálezu.

V reakci na to stěžovatel podal žalobu k Městskému soudu v Praze.⁹⁰ Soud však žalobu odmítl s odkazem na argumentaci v nálezu ve věci ČEZ.⁹¹ Stěžovatel proto podal kasační stížnost, kterou Nejvyšší správní soud rozsudkem⁹³ též zamítl.⁹⁴ Stěžovatel se nakonec obrátil na Ústavní soud, přičemž namítal zejména porušení práva na přístup k informacím podle Listiny základních práv a svobod.⁹⁵

Podstata sporu před Ústavním soudem spočívala v identifikaci, zdali může být společnost OTE, a. s., jakožto vedlejší účastník v tomto sporu, povinným subjektem podle zákona o svobodném přístupu k informacím.⁹⁶ Konkrétně, zdali jakožto osoba soukromého práva může spadat pod pojem veřejné instituce, která je povinným subjektem podle § 2 odst. 1 zákona o svobodném přístupu k informacím.⁹⁷ Těžiště argumentace stěžovatele spočívalo v rozporu mezi výklady tohoto pojmu v nálezu ve věci ČEZ a nálezu ve věci Letiště Praha⁹⁸. Ústavní soud souhlasil se stěžovatelem v tom, že předchozí judikatura je rozporuplná, a dospěl k názoru odchylicímu se od názoru obsaženém v nálezu ve věci ČEZ. Ústavní soud se přiklonil k možnému podřazení obchodní společnosti pod pojem veřejné instituce,⁹⁹ pokud je jejím stoprocentním vlastníkem stát, případně veřejnoprávní korporace.¹⁰⁰ Ústavní soud rovněž zdůraznil nutnost vykládat zákon o svobodném přístupu k informacím podle svého smyslu, kterým je v maximální možné míře umožnit veřejnosti přístup k informacím.¹⁰¹

⁹⁰ Bod 4 anotovaného nálezu.

⁹¹ Nález Ústavního soudu ze dne 20. 6. 2017, sp. zn. IV. ÚS 1146/16.

⁹² Srov. rozhodnutí Městského soudu v Praze ze dne 7. 9. 2017, č. j. 8 A 2015/216-48.

⁹³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 12. 2017, č. j. 7 As 311/2017-39

⁹⁴ Bod 5 anotovaného nálezu.

⁹⁵ Bod 6 anotovaného nálezu.

⁹⁶ Bod 2 anotovaného nálezu.

⁹⁷ Bod 14 a násl. anotovaného nálezu.

⁹⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 24. 1. 2017, sp. zn. I. ÚS 260/06.

⁹⁹ Body 8–9 anotovaného nálezu.

¹⁰⁰ Bod 16 anotovaného nálezu.

¹⁰¹ Bod 24 anotovaného nálezu.

Ústavní soud proto ve výsledku shledal porušení práv garantovaných Listinou a zrušil předchozí soudní rozhodnutí ve věci.¹⁰²

Celá část vlastního hodnocení Ústavního osudu je zajímavá jak z hlediska výkladu předchozích nálezů, tak i pro budoucí aplikaci § 2 odst. 1 zákona o svobodném přístupu k informacím.¹⁰³

Autorka: VŽ

REGISTR SMLUV

Soud: Ústavní soud
Věc: Pl. ÚS 32/17
Datum: 22. 1. 2019
Dostupnost: nalus.usoud.cz

Ústavní soud posuzoval návrh 30 senátorů na zrušení zákona o registru smluv. Pro účinnost takových smluv je dle § 5 a násl. zákona stanoven požadavek nutného uveřejnění v registru smluv (čímž se rozumí vložení elektronického obrazu textového obsahu smlouvy v otevřeném a strojově čitelném formátu a rovněž příslušných metadat).

Senátoři v ústavní stížnosti požadovali zrušení celého zákona, alternativně pak požadovali alespoň omezení dopadu. Argumentaci opřeli zejména o to, že došlo k zásahu do principu autonomie vůle a principu rovnosti zakotveného v Listině základních práv a svobod. Zdůrazněn byl rovněž zásah do svobody podnikání; veřejnoprávní subjekty jsou tímto zákonem totiž nuceny zveřejňovat údaje, které by jinak mohly představovat konkurenční výhodu a z hlediska realizace práva na podnikání je jejich důvěrnost nezbytná.

Ústavní soud tak zkoumal cíl dané úpravy a konstatoval, že účelem zákona je zajištění transparentnosti prostřednictvím uveřejnění smluv, které se týkají nakládání s veřejnými financemi.¹⁰⁴ Soud provedl v souvislosti s potenciálním porušením práva na podnikání test racionality a konsta-

¹⁰² Bod 25 anotovaného nálezu.

¹⁰³ Bod 14 a násl. anotovaného nálezu, zejm. body 19 a 20.

¹⁰⁴ Bod 79 anotovaného rozhodnutí.

toval, že v obecném měřítku k porušení základních práv nedošlo.¹⁰⁵ Stejně tak soud zdůraznil, že uveřejnění smluv prostřednictvím registru nepředstavuje konkurenční výhodu jako takovou, protože zákon umožňuje omezit informace, které jsou v registru uveřejňovány.¹⁰⁶ Výjimky jsou stanoveny například pro obchodní tajemství, smlouvy související s finančními trhy či doplňkovou činností veřejných vzdělávacích institucí, což umožňuje reflektovat specifické situace.¹⁰⁷ Soud rovněž zdůraznil, že subjekty nakládají s veřejnými prostředky, „což legitimně odůvodňuje potřebu dbát na jejich hospodárné využívání.“¹⁰⁸ Pokud je pak subjekt napojen na veřejné finance, nelze akceptovat, že by byl ve srovnatelném postavení, v jakém by byly mezi sebou ryze soukromoprávní subjekty.¹⁰⁹

Ústavní soud tak stížnost zamítl a zdůraznil, že se jednalo o zkoumání abstraktní (ve smyslu účelu a dopadu právní úpravy jako celku), nikoli posuzování individuální situace.

Nález tak potvrdil názor, že veřejný sektor je v porovnání se soukromým sektorem v méně výhodném postavení, co se svobody podnikání, dané však opřel o argument nakládání s veřejnými financemi. Problém do budoucna nicméně shledáváme v interpretaci některých výjimek, které jsou sami o sobě poměrně vágně vymezeny.

Autor: PL

¹⁰⁵ Bod 78 anotovaného rozhodnutí.

¹⁰⁶ Bod 76 anotovaného rozhodnutí.

¹⁰⁷ § 3 odst. 2 zákona o registru smluv.

¹⁰⁸ Bod 78 anotovaného rozhodnutí.

¹⁰⁹ Bod 87 anotovaného rozhodnutí.

BALENÍ SCHWARZWÄLDER SCHINKEN V OBLASTI PRODUKCE

Soud: Soudní dvůr Evropské unie

Věc: C-367/17 (S)

Datum: 19. 12. 2018

Dostupnost: curia.europa.eu

Spolek S požádal německý patentový a známkový úřad (DPMA) o změny specifikace chráněného zeměpisného označení „*Schwarzwälder Schinken*“, a to v rozsahu týkajícího se údajů o krájení a balení. Proti této žádosti však podala námitky společnost EC, jež jako distributor masných výrobků provádí krájení a balení výrobku s daným chráněným zeměpisným označením mimo oblast produkce.

DPMA žádost o změnu specifikace zamítl, načež spolek S podal proti tomuto rozhodnutí stížnost s návrhem na změnu rozhodnutí. Spolkový patentový soud rozhodnutí DPMA zrušil a rozhodl, že žádost o změnu specifikace byla v souladu s požadavky nařízení č. 510/2006. EC proto podala kasační opravný prostředek. V mezidobí však bylo dosavadní nařízení č. 510/2006 nahrazeno nařízením č. 1151/2012. Spolkový soudní dvůr rozhodnutí zrušil a vrátil ho zpět, na což Spolkový patentový soud reagoval položením předběžných otázek.

Soudní dvůr byl tázán, zda má být rozhodnutí o žádosti o změnu specifikace chráněného zeměpisného označení přijato na základě nařízení č. 510/2006 platného k datu podání žádosti, nebo na základě nařízení č. 1151/2012 platného k datu přijetí rozhodnutí. Další otázky směřovaly na odůvodněnost požadavku balení „*Schwarzwälder Schinken*“ v oblasti produkce, pokud je účelem takového požadavku vyloučit riziko nežádoucích účinků na jakost výrobku, které hrozí v případě balení mimo oblast produkce.

Soudní dvůr k první otázce uvedl, že předmětná ustanovení obou nařízení jsou v podstatě totožná, a proto není potřeba na první otázku odpoví-

dat.¹¹⁰ K dalším otázkám uvedl, že se v rámci společné zemědělské politiky projevuje tendence stavět do popředí jakost produktů s cílem podpořit dobrou pověst takovýchto produktů a též uspokojit očekávání spotřebitelů.¹¹¹ Podmínka krájení a balení v oblasti produkce má umožnit uživatelům konkrétního chráněného zeměpisného označení zachování dohledu nad prezentací produktu na trhu.¹¹² Soudní dvůr zdůraznil, že projednávaný požadavek je relevantní pouze v případě, že balení mimo zeměpisnou oblast produkce uvedeného produktu vyvolává zvýšená rizika pro jakost tohoto produktu, nikoli jsou-li totožným rizikům vystaveny jiné podobné produkty.¹¹³

Soudní dvůr konstatoval, že požadavek týkající se balení produktu v zeměpisné oblasti jeho produkce je odůvodněný, pokud je nezbytným a přiměřeným nástrojem pro zachování jakosti produktu, zaručení jeho původu a zajištění kontroly specifikace chráněného zeměpisného označení.¹¹⁴ Vnitrostátní soud je pak podle Soudního dvora povinen posoudit, zda je tento požadavek v konkrétní věci „*Schwarzwälder Schinken*“ řádně odůvodněn jedním z výše uvedených cílů.¹¹⁵

Autorka: IK

¹¹⁰ Bod 19 anotovaného rozhodnutí.

¹¹¹ Bod 24 anotovaného rozhodnutí.

¹¹² Bod 25 anotovaného rozhodnutí.

¹¹³ Bod 28 anotovaného rozhodnutí.

¹¹⁴ Bod 36 anotovaného rozhodnutí.

¹¹⁵ Tamtéž.

KOLEKTIVNÍ SPRÁVA PŘI POUHÉM UMÍSTĚNÍ TELEVIZORU A RÁDIA V RESTAURACI

Soud: Ústavní soud
Věc: III. ÚS 3102/16
Datum: 21. 5. 2019
Dostupnost: nalus.usoud.cz

Stěžovatel provozuje restauraci, ve které byla na konci roku 2013 provedena kontrola kolektivním správcem INTERGRAM, nezávislá společnost výkonných umělců a výrobců zvukových a zvukově-obrazových záznamů, z. s. Touto kontrolou bylo zjištěno, že se v restauraci nachází televizor a rádio, kterými mělo být zákazníkům zpřístupňováno televizní a rozhlasové vysílání, aniž by přitom stěžovatel uzavřel příslušnou smlouvu s kolektivním správcem.

INTERGRAM proto podal proti stěžovateli žalobu na vydání bezdůvodného obohacení v hodnotě bezmála 10.000,- Kč s úrokem z prodlení. V návaznosti na to a po pofidérním dokazování Krajský soud v Praze rozhodl ve prospěch kolektivního správce.¹¹⁶ Stěžovatel se proto obrátil na Ústavní soud pro nerespektování judikatury Ústavního soudu ve věci prokazování porušení autorského práva a sdělování veřejnosti, judikatury Nejvyššího soudu ohledně autorských odměn, jakož i porušení svého práva na spravedlivý proces ve smyslu čl. 36 Listiny základních práv a svobod daným krajským soudem.

Po kladném posouzení splnění procesních předpokladů řízení Ústavní soud odkázal na svou předchozí judikaturu a vymezení obecných náležitostí kontroly kolektivním správcem, který tak podle Ústavního soudu musí provést tzv. třístupňový test (sic!),¹¹⁷ tj. zkoumat (i) existenci sdělování veřejnosti, (ii) skutečný výkon kolektivní správy a (iii) existenci smlouvy

¹¹⁶ Stalo se tak rozsudkem Krajského soudu v Praze ze dne 28. 6. 2016, č. j. 139 EC 53/2014-180.

¹¹⁷ Bod 17 anotovaného rozhodnutí.

provozovatele s daným kolektivním správcem.¹¹⁸ Ústavní soud též podal základní výklad pojmu „výkonný umělec“ ve smyslu § 67 zákona č. 121/2000 Sb., autorského zákona, pro potřeby daného případu.¹¹⁹ V neposlední řadě Ústavní soud apeloval na Krajský soud v Praze v otázce nutnosti prokazování zásahu do autorských práv kolektivním správcem zastupovaných osob.¹²⁰

Ústavní soud proto (bez nařízení ústního jednání) uzavřel, že závěry krajského soudu byly nedostatečné pro nemožnost jednoznačného závěru sdělování veřejnosti a výkonu kolektivní správy na základě provedených důkazů, čímž bylo zasaženo do práva stěžovatele na spravedlivý proces. Rozhodnutí krajského soudu bylo proto zrušeno.

Ústavní soud tímto rozhodnutím napomáhá budovat na jedné straně doktrínu sdělování veřejnosti a jeho presumpce, na straně druhé vyjasňuje pozici kolektivního správce. Ze závěru soudu plyne, že z pouhé existence provozuschopného televizoru a rádia v restauraci ještě nelze bez dalšího dovozovat nutnost uzavření smlouvy s kolektivním správcem, resp. nelze dovozovat, že dochází k bezdůvodnému obohacení.

Autor: JZ

SKLADOVÁNÍ ZBOŽÍ JAKO ROZŠÍŘOVÁNÍ DÍLA

Soud: Soudní dvůr Evropské unie

Věc: C-572/17 (Syed)

Datum: 19. 12. 2018

Dostupnost: curia.europa.eu

Pan Syed prodával ve svém obchodě výrobky s chráněnými motivy, přičemž zboží skladoval nedaleko. Při prodeji mělo být zasahováno do výlučných práv plynoucích z autorskoprávní ochrany a ochranných známek k motivům. Státní zástupce proto zahájil trestní stíhání pro porušování au-

¹¹⁸ Body 10 a násl. anotovaného rozhodnutí.

¹¹⁹ Bod 15 anotovaného rozhodnutí.

¹²⁰ Bod 16 anotovaného rozhodnutí.

torského práva a práv k ochranným známkám protiprávním zpřístupňováním motivů veřejnosti.

Soud prvního stupně odsoudil pana Syeda za porušení práv k ochranným známkám v souvislosti s veškerým odhaleným zbožím a za zásah do autorského práva v souvislosti se zbožím opatřeným chráněným motivem, které se nacházelo v obchodě, jakož i se zbožím, které se nacházelo ve skladech a bylo totožné s prodávaným zbožím. Odvolací soud zmírnil trest a uvedl, že dané porušení práv nelze vztahovat ke skladovanému zboží. Nejvyšší soud pro nejasný výklad čl. 4 směrnice 2001/29 vznesl předběžnou otázku.

Soudní dvůr byl tázán, zda může docházet k porušení výlučného práva autora na rozšiřování díla (čl. 4 směrnice) i ve vztahu ke zboží s těmiž motivy, jež je skladováno ve skladech stejnou osobou, která nabízí zboží k prodeji. Druhá otázka se týkala relevance polohy skladu.

Soudní dvůr apeloval na mezinárodně konformní výklad.¹²¹ Zdůraznil, že k porušení výlučného práva na rozšiřování může dojít i jen nabídkou k uzavření kupní smlouvy;¹²² uskutečnění prodeje tak není nezbytným prvkem, ačkoliv musí být prokázáno, že zboží je určeno k rozšiřování.¹²³ Soudní dvůr pak klasifikoval skladování zboží s chráněnými motivy jako úkon předcházející uskutečnění prodeje, jenž může představovat porušení výlučného práva na rozšiřování.¹²⁴ Příslušný soud přitom musí posoudit, zda bylo veškeré zboží, které je totožné se zbožím prodávaným v obchodě, nebo pouze část zboží, určeno k uvádění na trh v této prodejně.¹²⁵

Soudní dvůr konstatoval, že skladování zboží (které je opatřeno motivem chráněným autorským právem na území členského státu) obchodníkem může představovat porušení výlučného práva na rozšiřování, pokud daný obchodník nabízí bez svolení nositele autorského práva v obchodě k prodeji zboží, které je totožné se zbožím, jež skladuje; a to za pod-

¹²¹ Body 19 a 20 anotovaného rozhodnutí.

¹²² Body 24 až 26 anotovaného rozhodnutí.

¹²³ Bod 27 anotovaného rozhodnutí.

¹²⁴ Bod 31 anotovaného rozhodnutí.

¹²⁵ Bod 36 anotovaného rozhodnutí.

mínky, že skladované zboží je určeno k prodeji na území členského státu, kde je motiv chráněn. Vzdálenost mezi místem skladování a místem prodeje nemůže být navíc rozhodujícím prvkem pro určení, zda je skladované zboží určeno k prodeji.

Rozhodnutí rozšiřuje výkladovou doktrínu ke směrnici 2001/29 a je další vlašťovkou svědčící o extenzivním výkladu jednotlivých práv.

Autor: JZ

MŮŽE DVOJROZMĚRNÝ VÝROBEK OBSAHOVAT OZNAČENÍ TVOŘENÉ VÝLUČNĚ TVAREM?

Soud: Soudní dvůr Evropské unie

Věc: C-21/18 (Textilis)

Datum: 14. 3. 2019

Dostupnost: curia.europa.eu

Švédská společnost Svenskt Tenn obchodovala s textiliemi obsahujícími motiv MANHATTAN chráněný ochrannou známkou EU.¹²⁶ Britská společnost Textilis začala v roce 2013 používat vzor podobný tomuto motivu, v čemž švédská společnost spatřovala zásah do práv k ochranné známce a dožadovala se zákazu užívání ochranné známky.

Švédský soud prvního stupně rozhodoval o žalobě společnosti Svenskt Tenn pro porušení práv k ochranné známce MANHATTAN. Navíc paralelně posuzoval i žalobu společnosti Textilis, aby byla ochranná známka MANHATTAN prohlášena za neplatnou pro absenci rozlišovací způsobilosti a tvoření pouhým tvarem (absolutní důvody zápisné nezpůsobilosti). Soud žalobu britské společnosti zamítl a švédské společnosti přitakal rozhodnutím o zásahu do práv z ochranné známky. Odvolací soud se pak zamýšlel nad aplikací důvodu, kdy je označení tvořeno pouhým tvarem, v případě dvojrozměrného výrobku; pro nejasnosti však vznesl předběžné otázky.

První otázka se týkala intertemporálních ustanovení nařízení 2015/2424, které pozměňovalo nařízení č. 207/2009 o ochranné známce

¹²⁶ Pro vyobrazení motivu srov. bod 12 anotovaného rozhodnutí.

Společenství, a to v situaci, kdy byla žaloba podána před platností takového nařízení a ohledně dříve zapsané ochranné známky. Další dvě otázky cílily na aplikaci absolutního důvodu zápisné nezpůsobilosti, kdy je označení tvořeno výlučně tvarem, na dvojrozměrné výrobky a kritéria pro posuzování aplikace daného důvodu.

Soudní dvůr k první otázce uvedl s odkazem na předchozí judikaturu, že je třeba posuzovat smysl nařízení a jeho vztah k dané situaci.¹²⁷ Na adresu druhé otázky poznamenal, že definice „tvaru“ neexistuje.¹²⁸ S odkazem na judikaturu uvedl, že ač v dané věci označení vykazuje tvary, které jsou tvořeny vnějšími obrysy vyobrazení, označení spočívající v dvojrozměrných dekorativních vzorech nesplývá s tvarem výrobku, je-li umístěno na takových výrobcích, jako je textil či tkanina.¹²⁹

Soudní dvůr rozhodl, že pozměněné nařízení č. 207/2009 se nepoužije na ochranné známky zapsané před vstupem pozměňovacího nařízení v platnost. K aplikaci důvodu absolutní zápisné nezpůsobilosti pak uvedl, že označení spočívající ve dvojrozměrných vzorech umístěných na výrobcích, jako je textil či tkanina, není „tvořeno výlučně tvarem“ ve smyslu čl. 7 nařízení.

Rozhodnutí je zajímavé jednak s ohledem na řešení intertemporálních otázek dříve platného nařízení, kterážto otázka může být obdobně zajímavá i s nařízením č. 2017/1001, jednak s ohledem na ujasnění doktrinní přehledně aplikace daného důvodu na dvojrozměrný výrobek.

Autor: JZ

¹²⁷ Body 29 a násl. anotovaného rozhodnutí.

¹²⁸ Bod 35 anotovaného rozhodnutí.

¹²⁹ Body 37 až 42 anotovaného rozhodnutí.

DILIA PROTI ULOZ.TO

Soud: Městský soud v Praze
Věc: 34 C 5/2017-360
Datum: 22. 2. 2019
Dostupnost: získáno na základě zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím

Žalovaná společnost Uloz.to cloud a.s. provozuje nejnavštěvovanější českou datovou úschovnu *Uloz.to*, na které byla sdílena mj. autorská díla *Obušku, z pytle ven!*, *Ostře sledované vlaky*, *S čerty nejsou žerty*, *Vesničko má středisková*, *Pelíšky* a *Kobry a užovky*. Žalobce, spolek DILIA, divadelní, literární, audiovizuální agentura, z.s., coby kolektivní správce majetkových práv autorských k daným dílům (v rozsahu práva na sdělování veřejnosti) na žalovanou apeloval, aby se jednání zdržela. Po neúspěšné snaze se pak obrátil na soud s nárokem vyplývajícím z práva duševního vlastnictví, jelikož žalovaná dle jeho slov poskytovala protiprávní službu, která slouží ke sdílení zákonem chráněných děl.

Soud po rekapitulaci žalobcových tvrzení o fungování úložiště uvedl, že žalovaná nenese odpovědnost za obsah souborů ukládaných na úložiště,¹³⁰ a že principy, na základě kterých je služba úložiště poskytována, nepovažuje za protiprávní.¹³¹ Zdůraznil navíc, že žalovaná činí určité kroky směřující mj. k ochraně autorských práv ve smyslu § 5 zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, a celkově je počínání v souladu s principem odpovědnosti poskytovatele takové služby. S odkazem na důvodovou zprávu k tomuto zákonu pak ale shledal ochranu autorských práv ze strany žalované za nedostatečnou, zejména v situaci, kdy předmětem řízení je jen šestice filmů, nikoliv obecný apel na celkovou filtraci úložiště, kterážto by byla nepřiměřená.¹³² Soud se navíc v krátkosti vyjádřil též

¹³⁰ Bod 25 anotovaného rozhodnutí.

¹³¹ Bod 26 anotovaného rozhodnutí.

¹³² Bod 27 anotovaného rozhodnutí.

k širšímu kontextu provozování úložiště a případnému střetu se svobodným přístupem k informacím.¹³³

Soud nakonec zamítl návrh žalobce na odstranění či znepřístupnění veřejnosti digitálních souborů obsahujících uvedená audiovizuální díla a zdržení se do budoucna jejich zpřístupňování veřejnosti. Dalším výrokem však rozhodl, že žalovaná je povinna zdržet se umožnění veřejného zpřístupňování digitálních souborů specifikovaných přípon obsahující uvedená audiovizuální díla, pokud můžou členové veřejnosti tyto soubory vyhledat zadáním titulu díla (s diakritikou či bez ní) ve vyhledávači poskytnutém k tomu veřejnosti žalovaným.

Jedná se o první rozhodnutí ve věci nelegálního sdělování audiovizuálních děl veřejnosti pomocí úložiště *Uloz.to*, které vedlo k částečnému znepřístupnění problematických děl. Soudní rozhodnutí navíc přehledně popisuje odpovědnost ISP v tomto kontextu a nebojí se kriticky zamýšlet nad širšími souvislostmi.

Autor: JZ

NEOPRÁVNĚNÉ ZPŘÍSTUPNĚNÍ TELEVIZNÍHO VYSÍLÁNÍ FORMOU ODKAZU

Soud: Nejvyšší soud
Věc: 5 Tdo 692/2018
Datum: 15. 8. 2018
Dostupnost: nsoud.cz

Dovolatel umožňoval sledování televizního vysílání prostřednictvím webových stránek, na které umístil odkazy umožňující přístup na jiné webové stránky s vysíláním televizních stanic. Obsah televizního vysílání byl na tomto místě přitom umístěn protiprávně. I přesto, že licenční práva držely jiné subjekty, umožnil dovolatel dalším jemu neznámým osobám k danému vysílání přístup.¹³⁴ Činil tak přitom vědomě a delší dobu bez sou-

¹³³ Body 32 a násled. anotovaného rozhodnutí.

¹³⁴ Bod 3 anotovaného rozhodnutí.

hlasu vlastníka či držitele licence vysílacích práv. Ani sám dovolatel pak předmětnou licenci nevlastnil.¹³⁵

Dovolatel byl proto za své jednání soudy nižších stupňů shledán vinným přečinem porušení autorského práva, práv souvisejících s právem autorským a práv k databázi podle § 270 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku.¹³⁶ Dle dovolatele došlo k nesprávnému hmotněprávnímu posouzení daného skutku.¹³⁷ Dovolatel měl za to, že pouhé odkazování na jiné internetové stránky není trestné.¹³⁸

Nejvyšší soud se v rámci dovolacího řízení vyjádřil k tomu, zda dovolatel svým výše uvedeným jednáním zasáhl nikoli nepatrně do práv k televiznímu vysílání chráněných autorským zákonem. Rozhodnutí shrnuje, že v daném trestním řízení nebylo pochyb o tom, že by byl zásah do vysílacích práv ze strany dovolatele nepatrný, a to s odkazem na dobu pokračování v zásahu převyšující jeden rok; na množství stránek, jejichž prostřednictvím vysílání veřejnosti sděloval, a na to, že tak činil za účelem dosažení zisku.¹³⁹ Soud při posuzování kritéria dosažení zisku připomněl judikaturu Soudního dvora Evropské unie.^{140, 141} Byl-li totiž odkaz na protiprávně zveřejněné dílo umístěn za účelem dosažení zisku, lze očekávat, že původce odkazu provede nezbytná ověření, aby zjistil, zda dotčené dílo není zveřejněno protiprávně. Odkáže-li pak osoba na nelegálně zveřejněné dílo, lze se domnívat, že je se zásahem do práv k dílu při nejmenším srozuměna.¹⁴² Jednání dovolatele bylo dle soudu motivováno dosažením zisku, neboť dovolatel uvažoval o tom, že by vysílání zpoplatnil, a navíc měl mít i příjem z reklam. Nadto byl dodavatel na protiprávnost svého jednání upozorněn jedním z držitelů vysílacích práv.

¹³⁵ Bod 22 anotovaného rozhodnutí.

¹³⁶ Bod 1 a 2 anotovaného rozhodnutí.

¹³⁷ Bod 4 anotovaného rozhodnutí.

¹³⁸ Bod 5 anotovaného rozhodnutí.

¹³⁹ Bod 26 anotovaného rozhodnutí.

¹⁴⁰ Zejména rozsudek SDEU ve věci C-160/15 ze dne 8. září 2016, GS Media.

¹⁴¹ Bod 31 anotovaného rozhodnutí.

¹⁴² Bod 31 a násl. anotovaného rozhodnutí.

Nejvyšší soud tedy uzavřel, že dovolatel neměl pochyb o tom, že jednal protiprávně a že neoprávněně zasahoval do zákonem chráněných práv k televiznímu vysílání. Nejen, že tak byl s porušením zákonem chráněných práv k televiznímu vysílání srozuměn, ale tato práva porušovat i chtěl.¹⁴³ Dovolání proto bylo soudem odmítnuto pro svou zjevnou neopodstatněnost.¹⁴⁴

Toto rozhodnutí se řadí mezi ta, která ukazují, že i odkazem může být za určitých okolností spáchán trestný čin.

Autor: JS

ODPOVĚDNOST ZPRAVODAJSKÉHO PORTÁLU ZA OBSAH ODKAZOVANÝ POMOCÍ HYPERLINKU Z PERSPEKTIVY PRÁVA NA SVOBODU PROJEVU

Soud: Evropský soud pro lidská práva

Věc: 11257/16

Datum: 4. 12. 2018

Dostupnost: hudoc.echr.coe.int

Navrhovatel, společnost Magyar Jeti Zrt., provozuje zpravodajský internetový portál *444.hu*, který zveřejnil hyperlinkový odkaz na audiovizuální obsah na platformě *Youtube*. Obsah tohoto videa byl později soudem označen jako pomlouvačný.¹⁴⁵

Navrhovatel byl jedním z několika žalovaných, proti kterým maďarská politická strana *Jobbik* podala žalobu pro pomluvu, které se měli dopustit odkazem na zmíněné video, ve kterém byla strana označena za pachatele rasisticky motivovaných výtržností.¹⁴⁶ Maďarský soud svým rozsudkem žalobě vyhověl.¹⁴⁷ Navrhovatel se odvolal, nicméně odvolací soud rozhodnutí potvrdil.¹⁴⁸ U Ústavního soudu pak navrhovatel argumentoval tím,

¹⁴³ Bod 33 anotovaného rozhodnutí.

¹⁴⁴ Bod 34 anotovaného rozhodnutí.

¹⁴⁵ Bod 3 anotovaného rozhodnutí.

¹⁴⁶ Body 6–12 anotovaného rozhodnutí.

¹⁴⁷ Bod 13 anotovaného rozhodnutí.

¹⁴⁸ Bod 16 anotovaného rozhodnutí.

že národní judikатурní praxe činí jakéhokoliv zpravodaje odpovědného za pravdivost prohlášení třetích stran, čímž omezuje svobodu projevu.¹⁴⁹ Ústavní soud stížnost zamítnul s tím, že odkaz představuje šíření informací, které může být nezákonné i v případě, kdy se šířitel zjevně neidentifikuje s odkazovaným obsahem, a to s odkazem na místní právní úpravu a princip objektivní odpovědnosti.¹⁵⁰

ESLP se zabíral otázkou, zdali objektivní odpovědnost podle maďarského práva nepředstavuje porušení čl. 10 Úmluvy. Hlavními argumenty pro rozhodnutí soudu bylo zaprvé, že z maďarského práva nebylo zjevné, že hyperlink může být způsobem šíření nezákonných informací, a kvůli neexistující judikatuře nemohl zpravodaj tuto klasifikaci předvídat.¹⁵¹ Zadruhé, že hyperlink je potřeba vnímat jako novou formu zpravodajství, přičemž ten, kdo jej umístí, nutně nevyjadřuje žádný konkrétní sentiment k odkazovanému obsahu.¹⁵² Proto není žádoucí tuto formu *a priori* omezit.¹⁵³ Soud proto identifikoval podpůrná kritéria, která by musela být splněna, aby byl zpravodaj odpovědný za odkazovaný nezákonný obsah: (i) vyjádření podpory k obsahu, (ii) opakování obsahu, (iii) znalost, že je obsah pomluvou nebo jinak nezákonný.¹⁵⁴

ESLP dospěl k závěru, že objektivní odpovědnost podle maďarského práva není v souladu s těmito kritérii a působí negativně na využívání základního lidského práva na svobodu projevu a přístup k informacím.¹⁵⁵ Soud proto shledal porušení Úmluvy.¹⁵⁶

Rozhodnutí je zajímavé z hlediska důkladné analýzy mezinárodní i národní judikatury zabývající se povahou hyperlinku¹⁵⁷, která byla zatím řeše-

¹⁴⁹ Bod 17 anotovaného rozhodnutí.

¹⁵⁰ Body 20 a 25 anotovaného rozhodnutí.

¹⁵¹ Bod 60 anotovaného rozhodnutí.

¹⁵² Body 73 – 75 anotovaného rozhodnutí.

¹⁵³ Bod 73 anotovaného rozhodnutí.

¹⁵⁴ Bod 77 anotovaného rozhodnutí.

¹⁵⁵ Bod 83 anotovaného rozhodnutí.

¹⁵⁶ Bod 93 anotovaného rozhodnutí.

¹⁵⁷ Bod 77 anotovaného rozhodnutí.

na zejména z pohledu autorského práva.¹⁵⁸ Stejně tak je případ zajímavý pro svůj přesah do práva na svobodu projevu, kterážto argumentační linie se kupříkladu v rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie nevyskytuje.

Autorka: VŽ

PŘÍPUSTNOST ELEKTRONICKÝCH DŮKAZŮ ZÍSKANÝCH ZA POMOCI PODPŮRNÝCH OPERATIVNĚ PÁTRACÍCH PROSTŘEDKŮ

Soud: Ústavní soud
Věc: III. ÚS 3564/18
Datum: 28. 5. 2019
Dostupnost: nalus.usoud.cz

Spor se týkal jednání Policie ČR v roce 2014, která zabránila stěžovatelce formou výzvy dle § 43 odst. 1 písm. a) zákona č. 273/2008 Sb., o Policii ČR,¹⁵⁹ v účasti na protestu proti průvodu Prague Pride v rámci opatření pro zamezení násilí.¹⁶⁰ Při posuzování věci obvodním soudem byly mimo jiné předloženy jako důkazy tři printscreeny¹⁶¹ neveřejných příspěvků osoby organizující protest proti pochodu ze sociální sítě Facebook, které byly získány pomocí podpůrných operativně pátracích prostředků.¹⁶²

U obvodního soudu v Praze stěžovatelka namítala nesprávný úřední postup, soud však žalobu zamítl.¹⁶³ Výroky soudu následně potvrdil i odvolací Městský soud v Praze.¹⁶⁴ Stěžovatelka tedy podala ústavní stížnost.

Zde namítala zásah do ústavně zaručeného práva na svobodu projevu dle čl. 17 odst. 1 LZPS a nepřípustným procesem dokazování též do práv na

¹⁵⁸ Body 26–32 anotovaného rozhodnutí.

¹⁵⁹ Blíže viz body 3 a 34 anotovaného nálezu.

¹⁶⁰ Bod 2 anotovaného nálezu.

¹⁶¹ Jedná se o zachycení obsahu obrazovky do obrazového souboru.

¹⁶² Bod 14 anotovaného nálezu. Blíže viz § 72 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii ČR.

¹⁶³ Bod 3 anotovaného nálezu.

¹⁶⁴ Bod 4 anotovaného nálezu.

nezávislý soud a rovnost účastníků řízení před soudem dle čl. 36 odst. 1 a 37 odst. 3 LZPS.¹⁶⁵

K nepřipustnosti důkazu printscreeny získaných operativní činností policie¹⁶⁶ stěžovatelka odkazovala na předchozí závěry soudu.¹⁶⁷ Ústavní soud však upřesnil, že se v dané věci nijak nezabýval přípustností získání těchto důkazů podpůrnými operativními pátracími prostředky.¹⁶⁸ Dále zdůraznil, že úprava § 72 zákona o Policii ČR umožňuje získání printscreenů od informátora bez příkazu či souhlasu soudu.¹⁶⁹ Stejně tak není zapotřebí souhlasu soudu pro operování za pomoci zastřených profilů policistů na sociálních sítích.¹⁷⁰ Takto získané informace je následně možné využít i k předcházení trestným činům, ochraně veřejného pořádku či vedení správního řízení před policií jako správním orgánem.¹⁷¹ Ústavní soud tedy v tomto směru nepřisvědčil námitce stěžovatelky. Stěžovatelce však přisvědčil, že výzva policie zamezující jí vstup do prostoru průvodu není ústavně zdůvodnitelná, pokud nebylo prokázáno, že stěžovatelka hodlala účastníkům pochodu vyhrožovat násilím.¹⁷² Jen pravděpodobnost vzniku napětí nepostačuje pro znemožnění vyjádření nesouhlasu v blízkosti průvodu.¹⁷³

Ústavní soud konstatoval porušení stěžovatelčina práva na svobodu projevu, a proto rozsudek městského soudu zrušil.

Autor: FK

¹⁶⁵ Bod 1 anotovaného nálezu.

¹⁶⁶ Bod 15 anotovaného nálezu.

¹⁶⁷ Bod 16 anotovaného nálezu. Stěžovatelka ve své argumentaci odkazovala na nález Ústavního soudu ze dne 30. 10. 2014, sp. zn. III. ÚS 3844/13.

¹⁶⁸ Bod 18 anotovaného nálezu.

¹⁶⁹ Bod 22 anotovaného nálezu.

¹⁷⁰ Bod 23 anotovaného nálezu.

¹⁷¹ Bod 24 anotovaného nálezu.

¹⁷² Bod 53 anotovaného nálezu.

¹⁷³ Bod 54 anotovaného nálezu.

ŽIVÉ STREAMOVÁNÍ JAKO PROVOZOVÁNÍ SÍTĚ ELEKTRONICKÝCH KOMUNIKACÍ PRO ŠÍŘENÍ ROZHLASOVÉHO NEBO TELEVIZNÍHO VYSÍLÁNÍ

Soud: Soudní dvůr Evropské unie
Věc: C-298/17 (France Télévisions)
Datum: 13. 12. 2018
Dostupnost: curia.europa.eu

Společnost Playmédia nabízela sledování televizních programů prostřednictvím živého streamování po internetu a svoji činnost financovala hlavně z vysílání reklamních sdělení, které předchází a doprovází uvedené sledování. Protože se společnost Playmédia považovala dle francouzského práva za poskytovatele služeb, nárokovala si právo šířit programy vysílané společností France Télévisions. Společnost France Télévisions však sama šířila uvedené programy prostřednictvím živého streamování po internetu.

Nejvyšší rada pro audiovizuální vysílání vyzvala France Télévisions, aby nebránila společnosti Playmédia přebírat programy jí vysílané pro účely streamování. France Télévisions podala proti této výzvě žalobu v kanceláři Conseil d'État, která se rozhodla přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru předběžné otázky.

Předběžné otázky předložené Soudnímu dvoru se týkaly výkladu čl. 31 směrnice 2002/22/ES o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací a směrnice 2002/21/ES o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací. Zejména se Soudní dvůr zabýval otázkami, zda podnik, který nabízí sledování televizních programů prostřednictvím živého streamování, má být považován za podnik, který poskytuje síť elektronických komunikací používanou pro veřejné šíření rozhlasového a televizního vysílání a dále jednotlivými podmínkami povinnosti šíření (*must carry*) dle evropského práva.

V projednávané věci Soudní dvůr uvedl, že společnost Playmédia, která se omezuje na nabízení sledování televizních programů prostřednictvím

živého streamování po internetu, nezajišťuje síť elektronické komunikace, ale naopak nabízí přístup k obsahu audiovizuálních služeb poskytovaných na sítích elektronických komunikací.¹⁷⁴ Soudní dvůr v rozhodnutí uvedl, že činnost spočívající v nabízení sledování televizních programů prostřednictvím živého streamování po internetu nespadá do definice podniku, který poskytuje síť elektronických komunikací používanou pro veřejné šíření rozhlasového a televizního vysílání.¹⁷⁵ Pouhá skutečnost, že podnik pro účely nabízení uvedených služeb využívá síť elektronických komunikací, jak ji definuje čl. 2 písm. a) směrnice 2002/21/ES, tedy internet, totiž neumožňuje považovat jej za poskytovatele sítě elektronických komunikací. Dále Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení směrnice 2002/22/ES musí být vykládána tak, že nebrání tomu, aby členský stát uložil povinnost šíření podnikům, které nabízejí sledování televizních programů prostřednictvím živého streamování po internetu, aniž zajišťují síť elektronické komunikace. Členský stát tedy může rozšířit povinnost šíření i na okruh subjektů stojících mimo působnost stanovenou v čl. 31 směrnice 2002/22/ES.¹⁷⁶

Soudní dvůr v dané věci uzavřel, že provozování živého vysílání není poskytováním elektronických komunikací. Zároveň Soudní dvůr stanovil, že členské státy mají možnost uložit povinnost šíření i nad rámec povinných subjektů dle evropského práva.

Autorka: DG

DALŠÍ VÝVOJ V KAUZE UBER

Soud: Ústavní soud
Věc: III. ÚS 4072/17
Datum: 5. 11. 2018
Dostupnost: nalus.usoud.cz

Žalovaná společnost Uber provozovala v Brně své služby spočívající ve zprostředkování kontaktu mezi řidičem a pasažérem prostřednictvím mobi-

¹⁷⁴ Bod 19 anotovaného rozhodnutí.

¹⁷⁵ Bod 18 anotovaného rozhodnutí.

¹⁷⁶ Bod 36 anotovaného rozhodnutí.

lní aplikace, na základě čehož došlo po akceptaci stran k přepravě na dohodnuté místo. Tuto činnost však společnost Lido Taxi považovala za protizákonnou, a proto se jako žalobce obrátila na Krajský soud v Brně s požadavkem na uložení předběžného opatření směřujícího k zákazu poskytování služeb společnosti Uber.

V původním řízení společnost Lido Taxi považovala počínání společnosti Uber za protizákonné a Krajský soud v Brně na základě předběžného opatření uložil společnosti Uber zdržet se provozování a zprostředkování taxislužby na území města Brna. Vrchní soud v Olomouci ale na základě odvolání Uberu neposoudil činnost poskytovatele jako provozování či zprostředkování taxislužby, když ji označil za jinou službu v oblasti dopravy. Navrhované předběžné opatření se tak stalo neúčinným.

Ústavní soud se zabýval opět obdobnými argumenty a posuzoval to, jakým způsobem nahlížel na služby poskytované společností Uber. Zdůraznil zejména, že shledal v úsudku Vrchního soudu pochybení. Právní argumentaci víceméně omezil jen na uvedení toho, že pokud se daná služba jeví jako taxislužba, pak taxislužbou bude. Nadto k této argumentaci využil anglického přísloví a uvedl: *“If it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck, then it probably is a duck”*.¹⁷⁷ Pokud tedy Vrchní soud posoudil danou službu nikoli jako taxislužbu (a tedy nikoli jako potenciální konkurenci jiným poskytovatelům taxislužeb) jen z toho důvodu, že nebyly splněny některé zákonné požadavky, je taková úvaha špatná.

Ústavní soud na závěr konstatoval, že rozhodnutím Vrchního soudu došlo k porušení práva na svobodu podnikání a spravedlivý proces.¹⁷⁸

Ústavní soud dlouhodobě prosazuje linii argumentace, ve které nerespektuje přílišný formalismus při výkladu práva. Tento poměrně krátký nálezní navazuje na sérii předchozích rozhodnutí¹⁷⁹ a zabývá se otázkou, jak lze vnímat činnost společnosti Uber, která provozuje platformu, pomocí níž

¹⁷⁷ Bod 16 anotovaného rozhodnutí.

¹⁷⁸ Bod 21 anotovaného rozhodnutí.

¹⁷⁹ Jedná se o usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 7. 4. 2017, č. j. 18 Nc 9/2017-46, usnesení Vrchního soudu v Olomouci ze dne 22. 6. 2017, č. j. 7 Cmo 137 / 2017-341, usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 17. 7. 2017, č. j. 18 NC 9/2017-377 a usnesení Vrchního soudu v Olomouci ze dne 27. 9. 2017, č. j. 7 Cmo 185/2017-507.

dochází ke zprostředkovávání přepravy osob prostřednictvím v rámci platformy registrovaných řidičů.

Autor: PL

PŘÍPUSTNOST POPLATKU ZA PŘENOS ELEKTŘINY VYROBENÉ V TUZEMSKU URČENÉ PRO VÝVOZ Z HLEDISKA VOLNÉHO POHYBU ZBOŽÍ

Soud: Soudní dvůr Evropské unie

Věc: C-305/17 (FENS)

Datum: 6. 12. 2018

Dostupnost: curia.europa.eu

Případ se týkal přípustnosti dočasného poplatku za přenos elektřiny vyrobené v tuzemsku určené pro vývoz, který stanovil slovenský Úrad pre reguláciu sieťových odvetví a byl zaplacen v roce 2008 společností Korlea Invest a.s. (ta byla právní předchůdkyní žalobkyně, FENS spol. s r. o.), z hlediska článků 28 a 30 Smlouvy o fungování EU.

Žaloba byla v roce 2011 zamítnuta první instancí, ale v roce 2012 vrácena Krajským soudem v Bratislavě k opakovanému projednání. Okresní soud Bratislava II podal v roce 2017 předběžné otázky k SDEU ohledně slučitelnosti předmětného poplatku se zásadami volného pohybu zboží dle SFEU.¹⁸⁰

V řízení se vyjádřila nizozemská a slovenská vláda, obě ve smyslu aplikace sekundárního práva (směrnice 2003/54 či směrnice 2005/89) v souladu s předností posouzení souladu s provedenou formou harmonizace.¹⁸¹ Soudní dvůr však shledal provedenou harmonizaci za neúplnou,¹⁸² a tudíž dovodil potřebu provedení výkladu článků 28 a 30 SFEU.¹⁸³

¹⁸⁰ Body 14–16 anotovaného rozhodnutí.

¹⁸¹ Body 19–22 anotovaného rozhodnutí.

¹⁸² Úplná harmonizace by vedla k posouzení souladu s harmonizačním předpisem namísto primárního práva (viz rozsudek SDEU ve věci C-573/12 ze dne 1. 7. 2014, *Alands Vindkraft*, bod 57).

¹⁸³ Body 24–27 anotovaného rozhodnutí.

Soud následně při své analýze postupoval systematicky od posouzení existence poplatku s účinkem rovnocenným clu k případnému odůvodnění poplatku na základě výjimky. Pro určení existence poplatku s účinkem rovnocenným clu postačí (i) identifikace finanční zátěže, kterou jednostranně uložil členský stát,¹⁸⁴ přičemž účel poplatku je irrelevantní;¹⁸⁵ (ii) splnění kritéria výpočtu poplatku na základě přenesených kilowatthodin, čímž se jedná o poplatek na zboží ve smyslu unijního práva;¹⁸⁶ (iii) zatížení tímto poplatkem v důsledku překročení hranice¹⁸⁷ a (iv) absence odůvodnění poplatku povinnostmi vyplývajícími z unijního práva.¹⁸⁸ Tyto podmínky byly naplněny, jedná se tedy o poplatek s účinkem rovnocenným clu, přičemž tato kvalifikace platí jak pro elektřinu vyvezenou do zemí EU, tak do třetích zemí.¹⁸⁹ Ve vztahu k odůvodnění výjimky z režimu článku 28 SFEU Soudní dvůr uvedl, že článek má obecnou a absolutní povahu a nestanoví žádnou výjimku.¹⁹⁰ Z hlediska unijního práva a zásady volného pohybu zboží tedy předmětný poplatek nebylo a není možné odůvodnit.

Soudní dvůr uzavřel, že články 28 a 30 SFEU brání členským státům v uložení poplatku za vývoz elektřiny do jiného členského státu či třetí země, pokud tato elektřina byla vyrobena v tuzemsku.

Autor: FK

Toto dílo lze užít v souladu s licenčními podmínkami Creative Commons BY-SA 4.0 International (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>).

¹⁸⁴ Bod 29 anotovaného rozhodnutí s odkazem na rozsudek SDEU ve věci C-39/17 ze dne 14. 6. 2018, *Lubrizol France*, bod 24.

¹⁸⁵ Bod 33 anotovaného rozhodnutí s odkazem na rozsudek SDEU ve spojených věcech C-441/98 a C-442/98 ze dne 21. 9. 2000, *Michailidis*, bod 14.

¹⁸⁶ Bod 34 anotovaného rozhodnutí s odkazem na rozsudek SDEU ve věci C-206/06 ze dne 17. 7. 2008, *Essent Netwerk Noord* a další, body 43 a 44.

¹⁸⁷ Body 36–41 anotovaného rozhodnutí s odkazem na rozsudek SDEU ve věci C-254/13 ze dne 2. 10. 2014, *Orgacom*, bod 28.

¹⁸⁸ Body 42–44 anotovaného rozhodnutí.

¹⁸⁹ Body 48–51 anotovaného rozhodnutí s odkazem na rozsudek SDEU ve věci C-36/94 ze dne 26. 10. 1995, *Siesse*, bod 17.

¹⁹⁰ Bod 53 anotovaného rozhodnutí s odkazem na rozsudek SDEU ve spojených věcech C-441/98 a C-442/98 ze dne 21. 9. 2000, *Michailidis*, bod 14.

ASHLEY, KEVIN D. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LEGAL ANALYTICS

TEREZA NOVOTNÁ¹

ASHLEY, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age.* Cambridge: Cambridge University Press, 2017. 426 s. ISBN 978-1-316-62281-0.

Autor, profesor práva na univerzitě v Pittsburghu a odborník na poli počítačového modelování právního uvažování a umělé inteligence, si v recenzované publikaci z července 2017 pokládá otázku, jakým způsobem bude vypadat vývoj právních nástrojů kognitivní počítačové vědy. Tyto nástroje definuje jako takové, které budou založeny na bázi kooperace člověka a počítače obecně, či specificky umělé inteligence. Odpověď na tuto otázku hledá v pečlivém mapování historického vývoje právních informačních nástrojů, jejich teoretických i praktických aspektů a průniků jejich působení se snahou nejen odhadovat, ale i přispět k vývoji inteligentních nástrojů práce s právními prameny ve všech oblastech jejich představitelného využívání. Autor zahrnuje oblasti od prostého vyhledávání a aplikace správného právního ustanovení po komplexní právní argumentaci v daném případě, a to včetně srozumitelného vysvětlení zastávaného postoje a předpovědi výsledku.

Publikace je rozčleněna do tří částí; každá z částí se pak skládá z několika kapitol. Rozdělení do tří částí odráží chronologický vývoj právních nástrojů, současně ale i různé cíle, které daná etapa vývoje těchto nástrojů sleduje. První část se zaměřuje na nástroje vznikající za účelem počítačového napodobení právního uvažování v konkrétním případě, a tedy aplikaci

¹ Autorka je prezenční doktorskou studentkou na Ústavu práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity. Kontaktní e-mail je tereza.novotna@mail.muni.cz.

právního pravidla při splnění podmínek, které předpokládá. Jedná se současně o historicky první počítačové nástroje v tomto odvětví. Druhá část se pak věnuje vývojově pozdějším nástrojům a aplikacím, jejichž cílem je zpracování velkého množství právního textu a identifikace problémů či vhodného právního pravidla. Ve třetí části autor na základě předchozího vývoje popsaného v prvních dvou částech publikace navrhuje a popisuje vývoj právních nástrojů za pomoci kognitivních počítačových procesů a konceptuální extrakce právních informací.

První kapitolu v první části autor věnuje úvodu, nastíní obsah knihy stručným představením a uvedením motivace pro vznik a zejména uvede analyzovanou problematiku deskripcí rozdílů mezi dřívějším paradigma-tem, kterým jsou právní expertní systémy, a novým (budoucím) paradigma-tem, kterým by mělo být konceptuální vyhledávání právních informací a kognitivní počítačová věda. Představuje také neprávní počítačové nástroje na zodpovídání dotazů (Watsona a Debatera od společnosti IBM) a uvádí, v čem se jejich účel a technologie k tomuto účelu použitá liší od účelu nástrojů právních a technologií, které k nim povedou. Jako hlavní důvod uvádí vysvětlení závěrů, ke kterým počítač dojde při řešení konkrétního problému – mezitím co u Watsona či Debatera nás zajímá správná odpověď, u právního nástroje je těžiště přesunuto spíše na proces zjištění odpovědi a její odůvodnitelnost či vysvětlitelnost.

V druhé a třetí kapitole jsou popsány právní informační nástroje, jejichž účelem je aplikace právních pramenů na danou skutkovou podstatu a vyhodnocení, zda-li jsou splněny podmínky a zda je možné pravidlo obsažené v právním prameni aplikovat. Ve druhé kapitole se jedná o právní normy a v kapitole třetí se jedná o aplikaci judikatury. Dohromady je možné obě skupiny těchto nástrojů zahrnout pod výše uvedený pojem právních expertních systémů. Tyto systémy jsou založeny zejména na aplikaci logických metod na právní text a definice podmínek, za kterých je právní pravidlo aplikovatelné. Ačkoliv se autorům těchto algoritmů podařilo překonat alespoň částečně překážky přirozeného (a právního) jazyka (sémantická a syntaktická dvojznačnost, vágnost pojmů), rozsah použitelnosti těchto metod je značně omezený. Autor jako důvody pro toto tvrzení jmenuje zej-

ména fakt, že se logické metody nevypořádávají s kontradiktorními tvrzeními či právními neurčitými pojmy a jejich interpretací.² V případě nástrojů a systémů právního uvažování, které se zabývají aplikací precedentů či obecně relevantní judikatury, jsou tyto problémy ještě markantnější a početnější – zejména s přidáním nutnosti vypořádat se navíc s definováním samotné relevance a podobnosti právních případů a nutnosti vzniku kategorie argumentů pro a proti.

Kapitoly čtvrtá a pátá, které se zaměřují na modely předvídání výsledků právních problémů a modely automatického generování právních argumentů, jsou přechodnými mezi expertními systémy a pokročilejšími právními systémy založenými na zpracování a analýze právního textu. V kapitole čtvrté autor popisuje metody strojového učení a jejich aplikaci v právu, nicméně zde pouze ve spojení s daty, kterými nejsou celé právní texty (což je aktuální nejčastější využití) ale spíše statistické datasety binárních jednotek definujících např. výsledek soudního řízení či aplikace právního pravidla.³ Na tomto místě autor věnuje většinu textu systémům předvídajícím výsledky soudního řízení Nejvyššího soudu USA a to na základě metadata souvisejících se soudním rozhodováním či na základě podobnosti případu s některým z databáze předchozích případů.⁴ Autor věnuje významnou část deskripce těchto metod také popisu evaluace úspěšnosti těchto metod, což je velmi důležité pro dokreslení komplexního obrazu fungování těchto metod a jejich výsledků. Metoda predikce rozhodnutí Nejvyššího soudu USA založená na strojovém učení dosahuje nejlepších výsledků kolem 70 % úspěšnosti. Autor uvádí i srovnání s predikcí právního experta, která dosahuje nejlépe necelých 60 % úspěšnost.⁵ Pro srovnání pak metody založené na podobnosti s předchozím případem dosahují až 90 % úspěšnosti správné predikce výsledku soudního sporu.⁶

² ASHLEY, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. s. 54 – 55.

³ Tamtéž s. 109 – 110.

⁴ Tamtéž s. 111 a násl.

⁵ Tamtéž s. 114.

⁶ Tamtéž s. 120.

V kapitole páté autor popisuje pokročilejší modely automatické právní argumentace pomocí logických metod. Uvádí zde myšlenkový posun těchto metod od klasických logických metod popsaných dříve – na rozdíl od těchto jsou pokročilé metody automatické právní argumentace schopny se vypořádávat s kontradiktorními tvrzeními, výjimkami a sofistikovanějšími právními pravidly, jako je například vztah mezi speciální a generální právní normou. Základem jednoho z modelů je tzv. argumentační rámec, který k argumentům přistupuje konceptuálně a rozděluje je na tři části: premisu, výsledek a výjimku. Právě díky výjimce pak tyto modely dokážou rozlišit mezi dvěma kontradiktorními tvrzeními a upřednostnit to, které se má aplikovat.⁷

I přes tento posun jsou zde však definovány další související problémy, které ani tyto modely nedokáží adresovat na dostatečné úrovni – zejména se jedná o problém s posuzováním dostatečné úrovně důkazů k prokázání tvrzení a nedostatečné odlišení jednotlivých typů tvrzení (např. právních hodnot a zásad od faktů a právních norem). Model „*Carneades*“ v sobě zahrnuje určitý systém hodnocení důkazů, tento se ale spoléhá jen na zhodnocení důkazní úrovně uživatelem.⁸ Dále model sice umí poměrně úspěšně aplikovat některá interpretační a aplikační pravidla jako např. *lex specialis*, *lex superior* a *lex posterior*, nicméně pojetí těchto pravidel se různí v různých státech a různých právních systémech, což může vyústit ve více možných řešení situace, kdy všechny bude z pohledu modelu správné.⁹

Ačkoliv v této kapitole autor vhodně volí konkrétní příklad, na kterém ukazuje problémy vyvstávající při aplikaci logických metod, je tato kapitola ve srovnání s ostatními až příliš popisná a vyčerpávající a ačkoliv se autor snaží podat problematiku opravdu srozumitelně a jasně, množství faktů a textu pak vede spíše k opaku. Vzhledem k tomu že se jedná o kapitolu, která uzavírá první část publikace, autorka považuje za vhodnější zvolit

⁷ Tento model se jmenuje „*Carneades*“ a jeho přesné fungování je popsáno: viz ASHLEY, 2017, op. cit. s. 129 a násl.

⁸ ASHLEY, 2017, op. cit. s. 145 – 146.

⁹ Tamtéž s. 145.

méně obsažnou formu i napříč tomu, že čtenář nezíská všechny dílčí informace.

Šestá kapitola poté otevírá druhou část publikace zaměřující se na metody založené na analýze a zpracování právního textu; v šesté kapitole jsou popsány právní ontologické systémy¹⁰ a zbylé čtyři kapitoly v této části lze podřadit pojmům aplikace metod strojového učení a sofistikovanějších metod právního vyhledávání informací.

Právní ontologie jsou poměrně jednoduchým systémem zpracování právních informací, jejich použití je díky tomu široké. Jejich rozvoj úzce souvisí s rozvojem technologií umožňujících manuální či automatické anotování textu a přiřazování jeho částí k určitým konceptům, ze kterých pak lze vytvořit ontologický systém. V této kapitole autor představuje některé konkrétní ontologické systémy a jejich fungování a to zejména pro zpracování právních norem a právní argumentaci. Dále také popisuje fungování automatického anotování textu¹¹ a v neposlední řadě se věnuje poměrně detailnímu rozboru struktury a fungování ontologického systému LUIMA, který označuje jako důležitý krok směrem ke konceptuálnímu vyhledávání právních informací.¹² Systémy automatického anotování textu navazují na ty ontologické tak, že nejenže třídí termíny do hierarchicky roztržčených kategorií (což je typické pro ontologické systémy), ale navíc tyto termíny automaticky extrahují z textu. Tímto způsobem funguje i systém LUIMA, který řadí extrahované informace do čtyř základních kategorií – informace na úrovni celých vět, celých formulací, jednotlivých zmínek a jednotlivých termínů.¹³

V kapitole sedmé nejprve popisuje aktuální modely vyhledávání právních informací, které právníci, studenti a veřejnost obecně využívá k vyhledávání právních norem, relevantní judikatury a dalších dokumentů (zmiňuje např. Westlaw Next nebo Lexis Advance). Jedná se o modely, které nabídnou výčet právních dokumentů relevantních k otázce zadané uživa-

¹⁰ Autor uvádí jako příklad dva: „*e-Court Ontology*“ a „*Van Kralingen's frame-based ontology*“: viz tamtéž s. 174 a násl.

¹¹ ASHLEY, 2017, op. cit. s. 202.

¹² Tamtéž s. 204.

¹³ Tamtéž s. 204 a násl.

telem. Srozumitelně zde popisuje způsoby vyhodnocování této relevance právních dokumentů vzhledem k požadavku uživatele. Navazuje zde navíc na závěry předchozí kapitoly a ukazuje využití ontologií a dalších popsaných technik v tomto odvětví. Zabývá se mimo jiné i evaluací vyhledávání informací a srozumitelně vysvětluje způsoby evaluace těchto metod a porovnání jejich úspěšnosti. Na závěr také definuje dva problémy, které současně používané metody právního vyhledávání informací nereflektují a jejichž vyřešení by bylo dalším krokem vstřícné konceptuálnímu vyhledávání právních informací. Prvním je správné zachycení rolí, které mají konkrétní věty či termíny v daném textu a druhým je využití těchto rolí k dosažení konceptuálního vyhledávání informací.

Následující osmá kapitola představuje metody strojového učení a jejich použití ve zpracování samotného právního textu, čímž se odlišuje od předchozí aplikace pouze na metadata právních dokumentů. Současně s tímto autor vysvětluje fungování metod strojového učení ve zpracování přirozeného textu a také rozdíl mezi supervizovaným a nesupervizovaným strojovým učením, kde zdůrazňuje potřebnost nesupervizovaného strojového učení vzhledem k rozvoji automatického zpracování právního textu, které je zaměřeno na velké množství textů a dokumentů (ve srovnání s předchozími metodami zahrnujícími nejvíce stovky dokumentů tyto metody poskytují možnost zpracování dokumentů v řádek stovek tisíc). V tomto kontextu také popisuje zpřesňování relevance výsledků učení se od zpětné vazby, kterou modelu s ohledem na relevanci vyhledaných dokumentů poskytne uživatel.

Následující kapitola naváže na předchozí (obecně zaměřenou) kapitolu s tím, že aplikuje závěry o strojovém učení na vyhledávání informací o právních normách a představuje, jakým způsobem by měly vypadat inteligentní systémy na vyhledávání právních informací a kterým směrem je možné jít naproti konceptuálnímu vyhledávání informací. Nejprve autor definuje aktuálně fungující systémy, navrhuje však také další vývoj. V této kapitole zahrnuje mimo strojové učení téměř veškeré metody zmíněné v předchozích kapitolách, včetně logických struktur, ontologií a automa-

tické anotace textů. Objevuje se zde také část věnující se grafickému znázornění výsledků vyhledávání v sítích.

Poslední kapitola druhé části publikace, tedy desátá, navazuje taktéž na kapitolu osmou a aplikuje její závěry na vyhledávání a extrakci informací z textů soudních rozhodnutí. V rámci této extrakce odlišuje extrakci z precedentů a ze soudních rozhodnutí obecně. Odlišení těchto dvou směrů spatřuje v tom, že při extrakci relevantních informací ze soudních rozhodnutí se techniky musí zaměřovat více na informace svázané s argumenty, které strany či soud používají. Tato kapitola se nejvíce zaměřuje na aplikaci strojového učení na texty soudních rozhodnutí s důrazem na automatické anotace. Autor zdůrazňuje nutnost odlišení sémantických rolí jednotlivých částí textu, což je specifické pro analýzu textů soudních rozhodnutí oproti normativním textům, pro jejich správné zařazení a poté vyhledání.

Třetí část publikace obsahuje dvě kapitoly týkající se dvou paradigmat definovaných na počátku – konceptuálnímu vyhledávání právních informací a kognitivní počítačové vědě a jejím nástrojům. V těchto dvou kapitolách autor krátce popisuje aktuální *state-of-the-art* v tomto odvětví a pak popisuje vlastní návrhy směru vývoje.

V kapitole jedenácté se autor konkrétně zabývá otázkou, co konceptuální vyhledávání právních informací znamená a jakým způsobem se odlišuje od ostatních způsobů zmíněných v předchozích kapitolách. Následuje představení důvodů, proč systémy založené na LUIMA technologii, automatickém anotování částí textu a strojovém učení mohou dosáhnout navržených cílů v konceptuálním právním vyhledávání informací.

V kapitole dvanácté pak autor popisuje, jakým způsobem by měla být kognitivní počítačová věda aplikována ve vývoji právních nástrojů a aplikací. Kognitivní počítačová věda, jako nosný prvek celé publikace, je proces založený na úzké kooperaci člověka a stroje, kde tento stroj (nebo systém či aplikace) nabídne uživateli informace vycházející z konceptuálního vyhledávání, spojeného s jinými termíny a východisky skrze hierarchickou systemizaci informací. Popisovaný termín úzce navazuje na konceptuální právní vyhledávání a s informacemi získané jeho pomocí by měl automaticky vytvářet hypotézy v podobě použitelných právních argumentů a predikcí vý-

sledků případu. Tyto hypotézy by pak mohl uživatel s pomocí inteligentního systému testovat, zda právně vyplývají z relevantních informací získaných konceptuálním vyhledáváním. Jedná se o závěrečnou kapitolu, která by měla představovat horizont možného vývoje právních nástrojů a navrhnout jeho směr do vzdálenější budoucnosti.

Ačkoliv autor v recenzované publikaci na několika místech zmiňuje, že účelem není přinést absolutní výčet počítačových nástrojů a aplikací využívaných v právu, popisovaný seznam je opravdu vyčerpávající. Je však nutné dodat, že autor vhodně kombinuje teoretické informace o obecném fungování využívaných technologií s praktickými příklady využití v právních informačních nástrojích a systémech. Velmi vhodné a srozumitelné je uvádění konkrétních případů aplikace systémů a objasňování jejich fungování na těchto případech; některé z případů byly dokonce zmiňovány napříč kapitolami, což významně dopomohlo k vytvoření obecného přehledu a propojení informací. Vysoká odbornost knihy je patrná také z toho, že autor dokáže složité koncepty informačních technologií podávat jednoduchou a názornou formou i pro právníka bez významnějších technologických znalostí. Nutno dodat, že množství informací obsažených v publikaci je místy příliš vysoké na vytvoření obecného přehledu o technologiích a právních nástrojích. Pro hlubší pochopení konkrétní problematiky a případně její použití jako stavebního kamene pro vlastní výzkum je naopak zvolený koncept ideální.

Práce je navíc vhodně strukturovaná, na tomto místě snad lze vytknout, že některé kapitoly postrádaly závěrečné shrnutí, které v případě, že je kapitola obsahovala, čtenáři významně dopomohlo k uchopení velkého množství informací. Takovéto shrnutí by bylo vhodné i na konci dílčích částí pro celkové propojení informací napříč obsáhlou publikací. Obecně lze shrnout, že autor projevil značnou snahu o představení poměrně náročných technologií veřejnosti. K tomuto účelu vhodně využil i množství grafických nástrojů vizualizace struktur a postupů, tabulek a grafů. Lze tedy na závěr konstatovat, že dodržel svůj slib v nápomoci odborné veřejnosti budoucímu vývoji právních nástrojů a aplikací poskytnutím dostatečného souboru znalostí, od kterých se lze odrazit.

*Toto dílo lze užít v souladu s licenčními podmínkami Creative Commons BY-SA 4.0 International
(<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>).*

<https://doi.org/10.5817/RPT2019-1-5>

VEŘEJNÉ ZAKÁZKY V OBLASTI ICT A PROBLÉM ZÁVISLOSTI ZADAVATELE

JAN SVOBODA¹

ABSTRAKT

Častým jevem v ICT veřejných zakázkách je proprietární uzamčení veřejného zadavatele. Vypořádání se s tímto negativním jevem není snadné, protože nezřídka představuje i nutnost vypořádání se s konfliktem jednotlivých účelů právní úpravy veřejných zakázek. Tento článek si klade za cíl poskytnout teoretická východiska pro snížení výskytu proprietárního uzamčení. Mimo jiné popisuje formy proprietárního uzamčení, jejich projevy, právní možnosti předcházení tomuto jevu a jeho řešení. Článek se rovněž věnuje migraci dat. Jsou v něm navrženy i dílčí změny současné právní úpravy.

KLÍČOVÁ SLOVA

Veřejná zakázka v oblasti ICT, proprietární uzamčení, veřejný zadavatel, dodavatel, podmínky kvalifikace, kritéria hodnocení, jednací řízení bez uveřejnění, migrace dat

ABSTRACT

Vendor lock-in is a frequent phenomenon at ICT public procurement. Dealing with this negative phenomenon is not easy because it often presents the necessity of dealing with the conflict of the individual purposes of public procurement regulation. This article aims to provide the theoretical basis for reducing the

¹ Mgr. Jan Svoboda je doktorandem na Ústavu práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy Univerzity v Brně. Vedle toho působí v mezinárodní advokátní kanceláři PricewaterhouseCoopers Legal. Kontaktní email: jan.svoboda@mail.muni.cz

occurrence of the vendor lock-in. It describes, among other issues, forms of the vendor lock-in, their projections, legal possibilities to prevent this phenomenon and its subsequent solutions. The article also deals with data migration and proposes partial changes of the current legal regulation.

KEYWORDS

ICT public procurement, vendor lock-in, contracting authority, contractor, selection criteria, contract award criteria, negotiated procedure without prior publication, data migration

1. ÚVOD

Zadávání veřejných zakázek je upraveno zejména zákonem č. 134/2016 Sb., zákon o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“).² Základním účelem právní úpravy je zajištění hospodárného, efektivního a účelného vynakládání veřejných prostředků (princip 3E – *economy, effectiveness, efficiency*).³ Zákon za tímto účelem vytváří podmínky pro uzavírání smluv mezi zadavatelem a dodavatelem veřejné zakázky při zajištění *hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí* mezi dodavateli.⁴ K vytvoření těchto podmínek ZZVZ mimo jiné zakotvuje i zásady zadávání veřejných zakázek. Mezi tyto hlavní zásady patří zásada transparentnosti a přiměřenosti a zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace vůči dodavatelům.⁵

Zatímco zajištění hospodářské soutěže je na úrovni národního práva primárně vnímáno jako prostředek pro dosažení principu 3E, na úrovni Evrop-

² Článek v některých místech pracuje se zdroji, včetně správních rozhodnutí a judikatury, vztahujících se k již neúčinné právní úpravě (s ohledem na fakt, že např. ZZVZ nabyl účinnosti teprve v říjnu roku 2016). V takových případech byly tyto zdroje vyhodnoceny jako relevantní a vhodné i ve vztahu k úpravě účinné v době přípravy článku.

³ Blíže k principu 3E viz např. HORKÝ, Michal. *Možnosti efektivního zadávání veřejných zakázek z hlediska právní regulace v České republice* [online]. Praha, 2017, s. 27-32 [cit. 21. 3. 2018]. Diplomová práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta. Vedoucí práce Radim BOHÁČ.

⁴ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách* [online]. Brno, 2013, s. 18 [cit. 19. 9. 2017]. Disertační práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.

⁵ § 6 ZZVZ.

ské unie je důraz na hospodářskou soutěž mnohem vyšší, neboť je zde hospodářská soutěž v odvětví veřejných zakázek chápána jako jeden z významných nástrojů rozvoje vnitřního trhu Evropské unie a způsobů předcházení nedovolené veřejné podpoře.⁶ Ve chvíli, kdy přiznáme hospodářské soutěži stejný význam jako principu 3E, tedy budeme oba aspekty chápat jako rovnocenné účely zadávání veřejných zakázek, můžeme se ocitnout (a často se ocitáme) v situaci, kdy naplnění jednoho účelu povede k rozporu s účelem druhým, jak bude dále přiblíženo.

Vzhledem k harmonizaci práva v oblasti zadávání veřejných zakázek na základě „zadávacích“ směrnic⁷ se dostává soutěžnímu prvku stále větší pozornosti. Proti tomuto přístupu se vymezuje např. Dvořák, když tvrdí, že je to právě účel zajištění hospodárného, efektivního a účelného vynakládání veřejných prostředků, kterému by při aplikaci práva veřejných zakázek měla být dána přednost.⁸

Střet těchto účelů může činit potíže při vypořádání se s formami závislosti veřejných zadavatelů⁹ na svých dodavatelích a může zadavatele nutit nést významné náklady na změnu dodavatele.¹⁰ Někdy je také uváděn další účel procesu zadávání, a to uzavření kvalitního a vyváženého smluvního vztahu.^{11,12}

Častou formou závislosti zadavatele na dodavateli je proprietární uzamčení, neboli tzv. vendor lock-in (případně jen „uzamčení“ či „lock-in“). Lock-in je stav negativně ovlivňující prostředí veřejného zadávání i hospodaření veřejných zadavatelů. Přes své negativní důsledky se stále

⁶ ŠIMKOVÁ, Dana. *Přehled právní úpravy veřejného zadávání na úrovni EU a ve vybraných členských státech* [online]. Praha, 2014, s. 4 [cit. 19. 9. 2017].

⁷ Mezi tyto směrnice patří ve vztahu k zadávání veřejných zakázek: i) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, ii) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/25/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice č. 2004/17/ES a iii) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2009/81/ES ze dne 13. 7. 2009 o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti a o změně směrnic č. 2004/17/ES a č. 2004/18/ES.

⁸ DVOŘÁK, 2013, op. cit., s. 19.

⁹ Není-li uvedeno jinak, mají označení „zadavatel“ a „veřejný zadavatel“ pro účely tohoto článku význam, jaký označení „veřejný zadavatel“ přikládá ZZVZ.

jedná o častý jev, zvláště pak v ICT veřejných zakázkách. Dle průzkumu provedeného společností PricewaterhouseCoopers se v nějaké z forem ICT lock-inu ocitlo 42 % dotázaných zadavatelů napříč Evropskou unií.¹³

Tento článek si klade za cíl poskytnout teoretická východiska pro snížení výskytu proprietárního uzamčení, využitelná především veřejnými zadavateli.

K dosažení tohoto cíle je v článku vycházeno nejen z právně ale i ekonomicky a technicky zaměřených zdrojů. Pro maximální využitelnost článku je kladen důraz na používání teoretických příkladů i příkladů z praxe, aby popisované skutečnosti byly snadno představitelné.

V obecné části článku jsou v prvních třech kapitolách popsány významné formy proprietárního uzamčení a důvody jejich vzniku, specifika ICT veřejných zakázek ve vztahu k vendor lock-inu a přímé a nepřímé projevy uzamčení. Veřejní zadavatelé tak mohou hrozbu uzamčení, případně již vzniklý lock-in, na základě těchto kapitol odhalit.

¹⁰ Z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu osobních údajů je možné uvést např. rozhodnutí ze dne 11. 10. 2017, č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-29605/2017/523/HVo, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o rozkladu ze dne 2. 1. 2018, č. j. ÚOHS-R0192/2017/VZ-37799/2017/323/Lva. V tomto případě se dle Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže veřejnému zadavateli nepodařilo prokázat splnění zákonných podmínek pro využití jednacího řízení bez uveřejnění (a tedy pro omezení hospodářské soutěže při zadávání navazujících veřejné zakázky, přičemž by s největší pravděpodobností bylo dostáno principu 3E), ke kterému veřejný zadavatel přistoupil. Za toto jednání byla veřejnému zadavateli uložena pokuta ve výši 270 000 Kč. V této věci pořídil veřejný zadavatel statutární město Brno veřejnou zakázku „Rozšíření a rozvoj systému GINIS“. Systém GINIS lze považovat za hromadný typový produkt a poskytnutí zdrojového kódu (předpoklad pro další rozvoj) tak není standardní obchodní praktikou. Otázkou tedy zůstává, zda by lock-in způsobený pořízením hromadného typového produktu a „nedostatečnou úpravou smluvních podmínek“ měl být Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže považován za zaviněnou exkluzivitu, či nikoli. Blíže k zaviněné exkluzivitě, použití jednacího řízení bez uveřejnění a rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže viz kapitolu 5 *Jednací řízení bez uveřejnění v aplikační praxi*.

¹¹ DVOŘÁK, 2013, op. cit., s. 19.

¹² Lze usuzovat, že uzavření vyváženého smluvního vztahu v oblasti veřejných zakázek není v praxi věnována pozornost. Ve skutečnosti se totiž jedná o adhezní smlouvy typu „take it, or leave it“. Jedná se o smlouvy sestavované zadavateli na ochranu jejich práv. Zajišťovací a utvrzovací mechanismy jsou tedy v zásadě jednostranné. Smluvní vztah tak ve skutečnosti většinou logicky vyvážený není.

¹³ *Study on best practices for ICT procurement based on standards in order to promote efficiency and reduce lock-in* [online]. 2015, s. 8 [cit. 1. 10. 2017].

Za účelem předejití lock-inu jsou ve čtvrté kapitole identifikovány nástroje, které při sestavování zadávací dokumentace umožňují snížit riziko uzamčení již před jeho vznikem a samotnou kontraktací s dodavatelem požadovaného plnění. Tato kapitola je tak zaměřena zejména na řádné definování předmětu veřejné zakázky a její podkapitoly také na možnosti koncepce podmínek kvalifikace a kritérií hodnocení.

Nepovede-li se proprietárnímu uzamčení předejít, je možné využít nástroje pro řešení vzniklé situace, které jsou stanoveny v ZZVZ, zvláště pak jednací řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“). Proto je právě popisu tohoto druhu zadávacího řízení a analýze podmínek pro jeho využití věnován zvláštní prostor v páté kapitole tohoto článku. Tento druh řízení, jak je v článku přiblíženo, lze považovat za proces s restriktivně vykládanými možnostmi využití. Právě zde se nejvíce projevuje problematika poměrování již zmíněného principu 3E a hospodářské soutěže. Vzhledem ke komplikovanosti toho, jak ke vzniklému lock-inu přistoupit, obsahuje tato část článku i přehled vybraných rozhodnutí dozorového úřadu, tedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a judikatury zaobírající se danou problematikou.

Zvláště závažné může být uzamčení v případě nutnosti migrace dat. Z tohoto důvodu je v šesté kapitole pojednáno o smluvním zajištění takovéto migrace tak, aby k lock-inu nedošlo, i o možnostech mandatorní migrace dle zákonných institutů. Je třeba zdůraznit, že zákonné možnosti pro povinnou migraci dat směrem od dodavatele k veřejnému zadavateli byly do právního řádu, v reakci na problematiku lock-inu, zařazeny teprve v roce 2017. Jedná se tak o relativně novou možnost postupu veřejných zadavatelů. Popsány jsou i aspekty migrace osobních údajů, zvláště ve spojení s Nařízením (EU) č. 2016/679 ze dne 27. 4. 2016 (dále jen „GDPR“).

V neposlední řadě je v článku diskutován problém uzamčení z důvodů vysokých nákladů na změnu, tzv. „switching-costs“ lock-inu, a to ve zvláštní části tohoto článku, konkrétně v kapitole sedmé, neboť se jedná o formu lock-inu bezprostředně odporující principu 3E. Právě náklady spojené s případnou změnou dodavatele totiž (významně) negativně ovlivňují rozpočet veřejného zadavatele.

V případech, kdy jsou identifikovány nedostatky v účinné nebo chystané právní úpravě omezující efektivní řešení vendor lock-inu, jsou v článku navržena i opatření k odstranění těchto nedostatků.

Řešení dalších problémů, jako např. problematiky poskytnutí zdrojového kódu veřejným zadavatelem konkurenčnímu dodavateli, by přesahovalo rámec tohoto článku.

2. POPIS FOREM ZÁVISLOSTÍ ZADAVATELE NA DODAVATELI A DŮVODŮ JEJICH VZNIKU

Uzamčení se vyskytuje v různých formách v závislosti na důvodech svého vzniku. Tyto důvody mohou být představovány monopolem dodavatele, omezením způsobeným existencí práv duševního vlastnictví na straně dodavatele, technologickou závislostí zadavatele na dodavateli, inkompatibilitou pořízeného a na něj navazujícího řešení, brzkým zavedením technologií – „early adopters lock-in“, uzamčením zadavatele ostatními uživateli, osobním uzamčením a – zvláště z pohledu ICT veřejných zakázek významnými – nepřiměřenými náklady na změnu.^{14, 15} Všechny tyto formy mohou v zásadě působit jednotlivě, vedle sebe, případně se i prolínat či vzájemně splývat.

Monopol na trhu implikuje uzamčení ihned po vyvstání potřeby směřující k pořízení služby, dodávky nebo stavební práce formou veřejné zakázky. Vzhledem ke struktuře trhu totiž existuje pouze jediný dodavatel, který by byl dané plnění schopný poskytnout a hospodářská soutěž tak z podstaty této struktury proběhnout nemůže. Monopol můžeme pro účely kategorizace uzamčení dále dělit na ekonomický monopol a monopol technologický. Ekonomický monopol vzniká za situace, kdy je dodavatel jediným, kdo dané plnění na trhu nabízí/poskytuje. Technologický monopol naproti tomu vzniká za situace, kdy je dodavatel jediným, kdo je dané plnění schopen poskytnout, a to z důvodu zvláštních technologických znalostí

¹⁴ SJOERDSTRA, Bianca. *Dealing with Vendor Lock-in* [online]. Enschede, 2016, s. 3-5 [cit. 19. 9. 2017].

¹⁵ Výběr této kategorizace byl zvolen s odkazem na užitou literaturu. Vzhledem ke koncepci článku nemá zvolená kategorizace ambici odrážet procentuální výskyt jednotlivých druhů uzamčení v České republice.

nebo schopností, kterými ostatní dodavatelé nedisponují.¹⁶ Monopol a s ním spojené důsledky, včetně možného zneužití dominantního postavení na trhu, je mimo základního rámce pro zadávání veřejných zakázek daného ZZVZ upraven i v hlavě třetí zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, který ve svém § 11 zneužití dominantního postavení na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů zakazuje. Monopol zároveň může vyplývat i z výhradních práv duševního vlastnictví svědčících dodavateli.¹⁷

Práva duševního vlastnictví mohou být dalším nástrojem umožňujícím vznik uzamčení již při vyvstání samotné potřeby vypsání veřejné zakázky. Na rozdíl od ostatních důvodů vzniku uzamčení, kde se zpravidla jedná o důvody technologické, případně ekonomické či smíšené, představují práva duševního vlastnictví důvod čistě právní. Dodavatel, kterému práva duševního vlastnictví v daném případě svědčí, tato práva totiž obecně nemusí poskytnout komukoli dalšímu a může tak omezit hospodářskou soutěž v samém počátku.¹⁸ I v případě, kdy byla zakázka zadávána v dostatečně soutěžním prostředí, se může stát, že toto prostředí bude postupem času výrazně zredukováno. Představme si situaci, kdy jeden dodavatel, vyvíjející určitý produkt (např. informační systém pro nemocnice), poskytne tu stejnou licenci několika dalším dodavatelům, a ti se následně stanou účastníky v daném zadávacím řízení. Je-li tento produkt poskytnut zadavateli např. na dobu dvou let, je velmi pravděpodobné, že zadavatel bude mít o obdobný produkt opětovně zájem. V daném případě však může uběhnout doba, na kterou byla licence původním účastníkům udělena, a tudíž je jediným potenciálním dodavatelem obdobného řešení jen jedna konkrétní oso-

¹⁶ SJOERDSTRA, op. cit. s. 3.

¹⁷ Srov. ANDERSON, Birgitte. 'Intellectual Property Right' Or 'Intellectual Monopoly Privilege': Which One Should Patent Analysts Focus On? [online]. 2003, s. 1-32 [cit. 19. 9. 2017].

¹⁸ Za příklad uzamčení, kde zadavatel přistoupil k JŘBU z důvodu autorských práv a technických důvodů, lze uvést zakázku „Vývoj informačního systému VIOLA, 2012, 2013, 2014“. Veřejný zadavatel Česká republika – Ministerstvo financí zde však neunesl důkazní břemeno a neprokázal oprávněnost využití JŘBU. K tomu blíže rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 6. 2017, č. j. ÚOHS-S0186/2017/VZ-19607/2017/553/MBu. Blíže k JŘBU a s ním souvisejícímu důkaznímu břemenu viz kapitulu 5 *Jednací řízení bez uveřejnění v aplikační praxi*.

ba. Jedinou možností, jak zajistit hospodářskou soutěž, by tak bylo zadání veřejné zakázky na alternativní řešení, které by bylo schopné nabídnout více účastníků. Takovéto řešení by však s sebou neslo i další dopady, jako třeba výdaje představované náklady na změnu navazujících procesů a systémů nebo na přeškolení pracovníků. Dále lze očekávat dočasnou ztrátu produktivity a s největší pravděpodobností i vyšší cenu samotného soutěženého řešení (v případě zmíněného informačního systému pro nemocnice také např. náklady na migraci dat).

Další formou lock-inu je technologická závislost, v angličtině často spojovaná s pojmem „path dependence“. Spočívá v problému zadavatele adaptovat se na novou technologii.¹⁹ Obecně platí, že čím déle je jedna technologie používána, tím obtížnější je tuto technologii vyměnit za jinou. Důvody jsou nejen personální, kdy jsou uživatelé této technologie jednoduše zvyklí na určitý způsob práce, ale i pozvolné vytváření ekosystému, pracovního prostředí, v němž se daná technologie může stát důležitou součástí pro jeho řádné a bezproblémové fungování.²⁰ Toto může vést k neefektivitě zadavatele a v konečném důsledku i k neefektivnímu vynakládání veřejných prostředků. Za extrémní případ technologické závislosti by mohla být označena situace, kdy by se zadavatel rozhodl pro outsourcing způsobem, kdy by byly veškeré ICT potřeby plněny externím dodavatelem. V takovém případě je to totiž právě tento dodavatel, který disponuje všemi potřebnými znalostmi (na rozdíl od zadavatele) a technologiemi, na kom je zadavatel technologicky závislý. Takovýto dodavatel disponuje např. kompletním zdrojovým kódem, ale i know-how nutným pro jeho úpravu, neboť je jediným, kdo se vývoje zdrojového kódu účastnil. Čím více je vyvíjený produkt personalizován pro daného zadavatele, tím je vyšší i riziko vzniku technologické závislosti. Takovýto produkt je totiž jen těžko nahraditelný ostatními, nepersonalizovanými produkty, a právě jemu na míru

¹⁹ Srov. LIEBOWITZ, Stan; MARGOLIS, Stephen. Path Dependence, Lock-In, and History. *Journal of Law, Economics and Organization* [Online]. 1995, vol. 11, no. 1, s. 205-226. [cit. 1. 10. 2017].

²⁰ SCHULTE, Benjamin Krischan. *Staying the Consumption Course: Exploring the Individual Lock-in Process in Service Relationships*. Berlin: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2015, s. 7-23.

pak bývají uzpůsobena i další navazující technologická řešení zadavatele.²¹ V praxi se tak může stát, že zadavatel svým vlastním jednáním – definováním předmětu veřejné zakázky jako personalizovaného produktu – vytvoří podmínky pro své uzamčení, navíc za vynaložení prostředků z vlastního rozpočtu, a za cenu, která je pravděpodobně vyšší, než by byla cena nepersonalizovaného řešení.

Variantou technologické závislosti je i uzamčení způsobené inkompatibilitou. Takové uzamčení vznikne, když je pro zajištění funkčnosti produktu od jednoho dodavatele nutné pořídit i další výrobky stejného dodavatele.²² Příkladem může být nákup notebooků. Životnost baterií notebooků je omezena, a proto může časem vyvstat potřeba koupit baterie nové. Je velice pravděpodobné, že z důvodů kompatibility bude možné tyto baterie pořídit pouze od toho dodavatele, který dodal dané notebooky (či od skupiny autorizovaných dodavatelů daného výrobce), a to i přesto, že by na trhu mohly být jiné, levnější, baterie, případně baterie s lepšími vlastnostmi, které by však společně s původními notebooky netvořily funkční celek. Inkompatibilitou je tak omezována hospodářská soutěž hlavně na poli souvisejících produktů a komponentů a vyvázání se z takového uzamčení s sebou opět přináší značné náklady na změnu.

Na obdobném principu může vzniknout i uzamčení způsobené brzkým zavedením technologií. Řešení tohoto uzamčení však může být ještě problematictější. Při brzkém zavedení technologií zadavatel zvažuje riziko neúspěchu nové technologie a možnost jejího relativně rychlého překonání na straně jedné a fakt, že je technologie v danou chvíli pravděpodobně nejlepší na trhu, společně s politickým úspěchem, který může zavedení této novinky přinést, na straně druhé.²³ V případě, že se technologie osvědčí, toto brzké

²¹ SJOERDSTRA, op. cit., s. 4.

²² Srov. USURO, Abel. Research in Information Systems. In: ATKINSON, John; CROWE, Malcolm (eds.). *Interdisciplinary Research: Diverse Approaches in Science, Technology, Health and Society*. Chichester: John Wiley & Sons Ltd, 2006, s. 87.

²³ Srov. ASCHHOFF, Birgit; SOFKA, Wolfgang. Innovation on demand – Can public procurement drive market success of innovations? *Research Policy*. [Online]. 2009, vol. 8, issue 8, s. 1235-1247. [cit. 30. 11. 2017].

zavedení obecně nepovede k uzamčení.²⁴ Pokud se však technologie neosvědčí, respektive bude překonána technologií jinou, bude se postupem času stávat náročnější a nákladnější technologii udržovat a rozvíjet, což v konečném důsledku může vést ke stagnaci a uzamčení v jednom konkrétním bodě nebo k nutnosti kompletní výměny technologie provázané značnými náklady na změnu.²⁵ Z tohoto druhu uzamčení tak často nemusí těžit ani původní dodavatel, neboť i ten se v takové situaci často uchýlí k produkci jiných technologií.²⁶

Další formou závislosti je tzv. osobní uzamčení. To vzniká z důvodu subjektivních preferencí objednatele a následně se typicky přeměňuje v závislost technologickou, neboť je na základě těchto preferencí stále více a více prohlubována technologická provázanost s jedním konkrétním řešením. K osobnímu uzamčení by v oblasti veřejných zakázek nemělo docházet za žádných okolností, neboť by se jednalo o přímý nesoulad s principem 3E i rozpor se základními zásadami pro zadávání veřejných zakázek.

Z hlediska vzniku je velmi zajímavou formou lock-inu uzamčení ostatními uživateli („network lock-in“). Tato forma je zajímavá zejména proto, že

²⁴ I proto podporuje Evropská unie inovativní zadávání veřejných zakázek – zejména metodou PCP („pre-commercial procurement“), zvláště v oblasti aplikovaného výzkumu a vývoje. Sledována je především podpora vzniku nových technických řešení, na trhu prozatím nedostupných a postrádaných. K tomu viz webovou stránku: *Pre-Commercial Procurement* [online]. European Commission [cit. 26. 3. 2018].

²⁵ V minulosti se mohli v uzamčení způsobeným brzkým zavedením technologií ocitnout např. ti, kdo v 80. letech 20. století zvolili technologii Betamax před VHS nebo ti, kdo okolo roku 2010 pořídili počítače s operačním systémem Solaris, jehož vývoj byl ukončen společností Sun Microsystems. Obdobnému problému pak čelili ti, kteří okolo roku 2011 pořídili mobilní telefony s operačním systémem MeeGo. Vývoj tohoto systému byl společností Nokia rovněž ukončen. Byť jsou zmíněné operační systémy open source, podpora jejich vývoje ze strany zmíněných společností byla pro jejich rozvoj a konkurenceschopnost zásadní.

²⁶ Za ukázkový případ předejití tomuto druhu uzamčení lze považovat postup Newyorské policie. Ta začátkem roku 2018 začala s výměnou 36 000 telefonů používajících operační systém Windows Phone. Vývoj tohoto systému byl společností Microsoft ukončen a telefony pořízené jen před dvěma lety přestaly být pro policii dostačující. Dobře nastavené smluvní podmínky s dodavatelem AT&T však umožňují výměnu těchto telefonů za telefony společnosti Apple bez dalších zvláštních poplatků ze strany Newyorské policie. Dle smlouvy se totiž jedná o předpokládaný upgrade mobilních telefonů. K tomu viz MOON, Mariella. NYPD starts replacing cops' Windows Phones with iPhones. *Engadget.cz* [online]. Oath Tech Network Aol Tech., publikováno 6. 2. 2018 [cit. 6. 2. 2018].

je k ní zadavatel donucen ostatními uživateli, nikoli dodavatelem či neuváženým nastavením zadávacího řízení.²⁷ Uzamčení vychází ze situace, kdy je některé řešení tak „zažité“ ostatními uživateli, že odmítají řešení jiné, byť by pro zadavatele mohlo být výhodnější. Vzhledem k tomu, že zadavatel technické řešení často nevyužívá pouze pro své interní potřeby, ale i pro komunikaci s dalšími osobami nebo pro prezentaci svých výstupů, musí brát ohled i na další uživatele.²⁸ Typickým příkladem uzamčení ostatními uživateli může být využívání některého formátu pro elektronické dokumenty. Pokud zadavatel dospěje k názoru, že je pro něj výhodnější (např. z finančních nebo uživatelských důvodů) využívat software používající výhradně jiný, nepřevoditelný, či obtížně převoditelný, formát, pak toto řešení pravděpodobně nezvolí právě z důvodu, že by jej museli zvolit i ostatní uživatelé. Dalším příkladem může být použití méně běžných komunikačních kanálů (chatovacích programů). QWERTY standard pro klávesnice je v současné době rovněž uzamčením způsobeným dalšími uživateli.²⁹ Přesto, že toto rozložení kláves není pro všechny jazyky tím nejvýhodnějším, uživatelé jsou na něj zvyklí. Dodavatelé tedy z důvodu vyhovění všeobecné poptávce vyrábějí právě tyto klávesnice, případně jejich nepatrné modifikace, a zadavatelovy možnosti zakoupit jiné řešení jsou značně omezené. V posledním uvedeném příkladu však není redukována soutěž ve smyslu počtu soutěžitelů, nýbrž ve smyslu počtu substitutů.

Vhledem k cíli zajištění hospodárného, efektivního a účelného vynakládání veřejných prostředků je to právě uzamčení z důvodu nákladu na změnu, kterému bude věnována speciální pozornost ve zvláštní kapitole tohoto článku.³⁰ Problém uzamčení náklady na změnu pramení z před-

²⁷ Srov. FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effect. In: ARMSTRONG, M.; PORTER, R. (eds.). *Handbook of Industrial Organization*. [Online]. 2007, vol. 3, s. 1974-1996 [cit. 30. 11. 2017].

²⁸ Srov. LIEBOWITZ, Stan; MARGOLIS, Stephen: Network Externality: An Uncommon Tragedy. *The New Palgrave's Dictionary of Economics and the Law* [online]. 1998, vol. 8, no. 2, s. 133-150 [cit. 30. 11. 2017].

²⁹ CASTELLI, Annalisa. Technological lock-in and the shaping of environmental policy. In: CASTELLUCCI, Laura (ed.). *Government and the Environment: The Role of the Modern State in the Face of Global Challenges*. London and New York: Routledge, 2014, s. 134.

³⁰ Jedná se o kapitolu 7 *Vendor lock-in z důvodu vysokých nákladů na změnu*.

pokladu, že přechod na jiné řešení možný je, stejně jako zajištění hospodářské soutěže, avšak za nutnosti vynaložení nákladů, které nekorespondují s užitkem přineseným touto změnou, respektive se zvoleným postupem. Tyto náklady na změnu pak mohou být často rovněž vyšší než hrozící pokuta³¹ za správní delikt udělená Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže.³²

3. SPECIFIKA ICT VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK VE VZTAHU K VENDOR LOCK-INU

Proprietární uzamčení se projevuje zvláště v ICT veřejných zakázkách. Důvodem je právě specifičnost sektoru informačních a komunikačních technologií. Oblast ICT je jednou z nejrychleji se rozvíjejících oblastí současného světa.³³ Nové technologie jsou vyvíjeny každý den a jejich zavádění institucemi hospodařícími s veřejnými prostředky je nevyhnutelné. Tato nevyhnutelnost může být způsobena několika různými důvody. Vyjdeme-li z předpokladu, že technologie obecně usnadňují život, je to právě stát a jeho in-

³¹ V roce 2014 se výši pokut za správní delikty ve veřejných zakázkách věnoval ve svém ekonometrickém modelu Martin Schmidt: SCHMIDT, Martin. Pokuty za správní delikty ve veřejných zakázkách: ekonometrický model. *Acta Oeconomica Pragensia* [online]. 2014, vol. 6, s. 35–50 [cit. 30. 11. 2017].

³² Lze odhadovat, že takovým případem je např. veřejná zakázka „Technická podpora a zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II v letech 2016 – 2018“ zadaná veřejným zadavatelem Česká republika – Ministerstvo vnitra. V daném případě se veřejnému zadavateli nepodařilo prokázat splnění zákonných podmínek pro využití JŘBU, ke kterému přistoupil. Za toto mu Úřad pro ochranu hospodářské soutěže svým rozhodnutím ze dne 30. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0277/2017/VZ-25377/2017/532/KSt uložil pokutu 1 000 000 Kč. Konečná hodnota této zakázky byla (dle Oznámení o zadání zakázky ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněném dne 2. 3. 2016 pod ev. č. zakázky 516680) 165 289 256 Kč. Je tak velice pravděpodobné, že zadání veřejné zakázky na nové řešení vč. technické podpory a rozvoje aplikace by značně převyšovalo součet ceny pořízeného plnění a pokuty uložené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže, neboť by pořizované řešení zahrnovalo podstatně vyšší spektrum činností, přičemž tou zásadní by bylo právě dodání/vyvíjení nové aplikace.

³³ „Výrazný nárůst používání informačních technologií v současném světě vede na jedné straně k vytvoření informační společnosti, urychlení komunikace a velkému rozvoji služeb a tím celé společnosti. Závislost společnosti a jejího fungování na informačních technologiích rapidně narůstá, a to ve všech oblastech (nejedná se pouze o služby informační společnosti jako je internetový obchod, ale i o fungování informačních systémů, na jejichž správné funkci je závislá celá řada základních služeb jako například řízení dopravy, přenos energií, výkon veřejné moci apod.).“ Cit. z: Důvodová zpráva k zákonu č. 181/2014 Sb. o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů. In: Beck-online [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 22. 3. 2018].

stituce, kdo by měl svým občanům usnadnit život zavedením technologií. K pořízování těchto technologií jsou pak využívány právě veřejné zakázky.

Dalším důvodem je efektivita těchto institucí, ke které by jim zavedení aktuálních technologií mělo pomoci, a v neposlední řadě pak i bezpečnost, která je informačními a komunikačními technologiemi zajišťována. Napříč veřejnou správou dochází ke zpracování velkého množství dat, včetně osobních údajů, a jejich zpracování online, k čemuž je nutné zapojení informačních technologií. Vzhledem k nutnosti rychlého zavádění těchto technologií, jež daná situace nezřídka vyžaduje,³⁴ často není možné předvídat důsledky pořízení dané technologie, neboť je těžké odhadnout nejen budoucí vývoj na trhu, ale i důkladně zmapovat současný stav daného prostředí.

Technologie jsou mnohdy pořízovány s výhledem na několik let.³⁵ Je-li následně třeba vypsát zadávací řízení na nového provozovatele technologického řešení nebo na dodavatele služby spočívající v úpravě/rozvoji tohoto řešení, setkáváme se často s faktem, že hospodářská soutěž ze své podstaty není možná (či je omezená), a to buď z důvodů práv duševního vlastnictví znemožňujících jiným dodavatelům takové řešení nabídnout, nebo z technických a znalostních důvodů. Pro kvalitní nastavení zadávacího řízení a zadávání veřejných zakázek v oblasti ICT tak nestačí jen dostatečné právní znalosti, ale jsou nutné i znalosti z oblasti ICT a ekonomie.

ICT sektor je dále charakteristický vysokou mírou komplexity, specifickostí jednotlivých řešení, často se vyskytující nutností intenzivní implementace a potřeby opakovaného/trvajícího dodávání zboží a poskytování služeb.³⁶ Jsou to navíc právě dodavatelé, kterým uzamčení svědčí, a kteří zároveň často jako jediní disponují potřebnými znalostmi o fungování svých systémů a řešení, čímž mohou uzamčení vytvářet. Nevýhody uzamčení mohou být pro zadavatele představovány např. uživatelskou nepřívětivostí řešení, nedostatečným zabezpečením, nevyhověním nové právní úpravě a vysokými náklady na provoz. Zadavatelé se v uzamčení

³⁴ Veřejní zadavatelé zpracovávající osobní údaje např. museli v relativně krátké době zavést opatření nutná k ochraně osobních údajů v souvislosti s použitelností GDPR.

³⁵ SJOERDSTRA, op. cit., s. 2.

³⁶ SJOERDSTRA, op. cit., s. 2.

ocitnou, když jsou při výběru produktu „svázáni“ na základě svého předchozího nákupu souvisejícího produktu.³⁷

ICT veřejné zakázky jsou rovněž specifické tím, že jejich výsledek často není pro veřejnost tak očividný jako výsledek jiných veřejných zakázek, např. stavebních prací. Kontrola veřejností tak v tomto případě může být snížena, což se projevuje zvláště u softwaru, jenž je charakteristický nehmamatelností výstupu.

V minulosti byly identifikovány rigidní vztahy v oblasti ICT, tedy vztahy s vysokou mírou pravděpodobnosti vendor lock-inu, např. mezi těmito entitami: i) Ředitelství silnic a dálnic ČR a Kapsch Telematic Services spol. s r.o.; ii) Česká pošta, s.p. a Telefonica Czech Republic, a.s.; iii) VZP ČR a HEWLETT-PACKARD s.r.o. nebo iv) Česká správa sociálního zabezpečení a IBM Česká republika, spol. s r.o.³⁸

4. PŘÍMÉ A NEPŘÍMÉ PROJEVY VENDOR LOCK-INU

Aby mohli veřejní zadavatelé lock-inu předcházet, případně jej řešit a pokusit se předejít jeho negativním důsledkům, nebo tyto důsledky alespoň zmírnit, je třeba vendor lock-in identifikovat. Vendor lock-in je možné identifikovat díky jeho přímým a nepřímým projevům.

Mezi přímé projevy lock-in efektu můžeme zařadit dlouhodobý vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, využívání JŘBU a vyšší ziskovost daného dodavatele.³⁹ Toto jsou projevy pozorovatelné jak účastníky vztahu – dodavatelem a zvláště zadavatelem, tak i „zvenčí“ tohoto vztahu.

Každý jednotlivý druh lock-inu má dále své vlastní, specifické, přímé projevy pozorovatelné především jeho účastníky, přičemž v každém případě je projevem omezení hospodářské soutěže. Tyto přímé projevy zároveň často představují i charakteristické znaky uzamčení, jež byly prezentovány

³⁷ SHAH, Rajiv; KESAN, Jay; KENNIS, Andrew. Lessons for Open Standard Policies: A Case Study of the Massachusetts Experience. *International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance, Illinois Public Law Research Paper No. 0713*. [online] University of Illinois, 2007, s. 7, [cit. 1. 10. 2017].

³⁸ SKUHROVEC, Jiří. *Vendor lock-in ve veřejných zakázkách* [online]. Publikováno 16. 6. 2013, s. 14-15 [cit. 19. 9. 2017].

³⁹ SKUHROVEC, op. cit., s. 11.

v kapitole 1 *Popis forem závislosti zadavatele na dodavateli a důvodů jejich vzniku*. Konkrétně je důležité vyzdvihnout a připomenout, že uzamčení z důvodu monopolu se projevuje nemožností volby jiného dodavatele proto, že na relevantním trhu působí pouze jeden dodavatel schopný požadované plnění zajistit. V případě uzamčení způsobeným právy duševního vlastnictví je projevem možnost využití jednoho jediného dodavatele, která je zapříčiněna jeho právy k danému plnění. Technologická závislost a inkompatibilita se pak zpravidla projevují nemožností zvolit jiné technologické řešení, neboť jiné řešení by s původními součástmi netvořilo funkční celek. V oblasti migrace dat se technologická závislost projevuje kupříkladu nemožností přímého přenosu dat k novému dodavateli (poskytovali služby). Důvodem může být speciální kódování znemožňující využití dat mimo infrastrukturu dodavatele, případně také nemožnost data z této infrastruktury přenést.⁴⁰ Projevem brzkého zavedení technologií může být nemožnost/komplikovanost dalšího rozvoje z toho důvodu, že se technologický vývoj ubral jiným směrem. Uzamčení ostatními uživateli a osobní uzamčení je lock-in projevující se využíváním řešení, které nemusí být pro daného zadavatele nejvýhodnější, ale využívá se proto, že toto řešení je v prvním případě vhodné pro skupinu, se kterou zadavatel musí spolupracovat, a v případě druhém z důvodu (nezřídka iracionálních) preferencí.

Vysoké náklady na změnu, byť jsou většinou chápány jako svébytná forma uzamčení,⁴¹ zároveň představují i nepřímý projev výše uvedených lock-in efektů. Náklady na změnu navíc mohou představovat jakousi měrnou jednotku uzamčení, kdy čím větší jsou, tím větší je i míra lock-inu.⁴² Všechny výše uvedené projevy staví zadavatele do těžké pozice nejen z hlediska vyjednávání s novými, potenciálními, dodavateli, ale i dodavatelem současným, a to z hlediska managementu stávajících zakázek i zadávání zakázek nových, navazujících.

⁴⁰ BRÁZDIL, Martin. Rizika smluv o cloudových službách. *PRÁVNÍ PROSTOR.CZ* [online]. ATLAS consulting spol. s r.o., publikováno 28. 3. 2016 [cit. 6. 1. 2018].

⁴¹ K tomu viz např. FARRELL; KLEMPERER, op. cit., s. 1972 – 1974.

⁴² Srov. SHARPE, Nicola; AREWA, Olufunmilayo. Is Apple Playing Fair? Navigating the iPod FairPlay DRM Controversy. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*. [online]. 2007, vol. 5, s. 342 [cit. 21. 10. 2017].

Dalším nepřímým projevem lock-inu, představujícím už jeho řešení, ať už dočasné či trvalé, může být insourcing. Ten je ne vždy možný (např. při rozvoji řešení, které je chráněno právy duševního vlastnictví) a ne vždy ekonomicky výhodný (lze si jen těžko představit, že by veřejný zadavatel začal vyrábět vlastní procesory nebo grafické karty, aby předešel technologické závislosti nebo „early adopters“ lock-inu – teoretická možnost však existuje). Problémem také je, že veřejná správa často nemůže platovými podmínkami konkurovat mzdovým podmínkám soukromé sféry, což značně ztěžuje zajištění odborníků potřebných k provedení insoucingu (např. správců systémů, analytiků nebo programátorů). Ze soukromého sektoru můžeme zmínit například společnost Wal-Mart, která si v rámci insoucingu vytvořila svou vlastní platformu pro cloud management, aby proprietárnímu uzamčení předešla.⁴³ Zároveň je třeba zdůraznit, že byť insourcing může být nepřímým projevem a řešením lock-inu, nelze říci, že by insoucingu uzamčení muselo předcházet vždy. Insourcing může být zvolen z nejrůznějších ekonomických, právních, ale i politických nebo osobních důvodů, bez ohledu na riziko uzamčení. Zvláštní formou insoucingu, typickou pro veřejný sektor, je in-house zadávání (někdy též nazývané interní zadávání) dle § 11 ZZVZ.⁴⁴

In-house zadávání, v ZZVZ definované jako vertikální spolupráce, představuje výjimku definující situaci, kdy se uzavření smlouvy nepovažuje za zadání veřejné zakázky – situaci, kdy není nutné uskutečnit zadávací řízení dle ZZVZ.⁴⁵ Zákon pro možnost využití in-house zadávání stanoví tři kumulativní podmínky. Zadavatel může tohoto nástroje využít, pokud i) tuto osobu sám (nebo společně s jinými veřejnými zadavateli) ovládá obdobně jako své vnitřní organizační jednotky, ii) je jediným (případně jediným s dalšími ovládajícími veřejnými zadavateli) kdo má v takto ovládané osobě

⁴³ SEROTER, Richard. Everything Is “Lock-In”: Focus on Switching Costs. *InfoQ.com* [online]. C4Media Inc., publikováno: 8. 6. 2016 [cit. 25. 10. 2017].

⁴⁴ Úprava v § 11 ZZVZ se vztahuje na veřejné zadavatele; úprava pro sektorové zadavatele je odchylná.

⁴⁵ Blíže k in-house zadávání viz např. RAFAJ, Petr; FRIČOVÁ, Vítězslava. Vybrané instituty práva veřejných zakázek v judikatuře Soudního dvora EU a jejich úprava v nových zadávacích směrnících. *Bulletin advokacie*. 2015, č. 9, s. 39-44. ISSN 1210-6348.

majetkovou účast a zároveň iii) plnění úkolů, které osobě byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem (nebo ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právníckými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky), tvoří více než 80 % celkové činnosti takto ovládané osoby.^{46,47}

Úprava in-house zadávání však nemusí být v praxi zcela dostačující. Typickým příkladem jsou dva státní podniky – Národní agentura pro komunikační a informační technologie, s. p. (dále jen „NAKIT“) a Státní pokladna Centrum sdílených služeb, s. p. (dále jen „SPCSS“). NAKIT byla zřízena Ministerstvem vnitra a je to právě Ministerstvo vnitra, kdo splňuje podmínky ovládajícího veřejného zadavatele vůči NAKIT, jakožto ovládanému dodavateli. Obdobný vztah je mezi SPCSS a Ministerstvem financí. Ministerstva, jakožto veřejní zadavatelé, mohou mít zájem využít in-house zadávání. Vzhledem k tomu, že jsou ministerstva organizačními složkami státu na stejné úrovni, nemůže dle současné právní úpravy jedno ministerstvo přímo využít státní podnik spadající pod jiné ministerstvo. Nejsou totiž splněny podmínky dané § 11 ZZVZ. Tento způsob in-house zadávání není možný ani přesto, že by to z pohledu státního rozpočtu mohlo být výhodné. Ministerstvo vnitra tak může využívat in-house zadávání a uzavírat smlouvy s NAKIT, aniž by tyto smlouvy byly považovány za veřejné zakázky, nikoli však s SPCSS. Ministerstvo financí pak může využívat in-house výjimky a uzavírat smlouvy s SPCSS mimo režim ZZVZ, nikoli však s NAKIT. Takovýto přístup může být v rozporu s principem 3E a takto restriktivně pojatá výjimka in-house zadávání může značně limitovat možné pozitivní dopady na hospodaření veřejných zadavatelů. Odstranění tohoto problému může být dosaženo např. úpravou ZZVZ, konkrétně vložím odst. 7 do § 11, který by mohl znít následovně: „Pro účely odst. 1 se na osobu, jež je ovládána jinou organizační složkou státu na stejné horizontální úrovni jako veřejný zadavatel, hledí, jako by ji veřejný zadavatel ovládal sám.“

⁴⁶ Pro dosažení kontroly ze strany veřejného zadavatele musí mít zadavatel nejen podíl na základním kapitálu ovládané osoby, ale i účast na řídicích orgánech této osoby. Cit. z: HERMAN, Pavel; FIDLER, Vlastimil; ADÁMKOVÁ, Markéta a kol. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016, s. 35.

⁴⁷ § 11 ZZVZ.

Řešením těchto situací bez změny zákona může být to, že je zajištění daného (poptávaného) plnění přeneseno na jiné ministerstvo tak, aby mohl být v režimu in-house využit ten daný státní podnik, který se k zajištění daného plnění jeví jako nejvhodnější. Takovéto konstrukce jsou přinejmenším z administrativního, legislativního a koordinačního hlediska velmi náročné. Proto se lze domnívat, že by měly být současné právní předpisy upraveny tak, aby obdobné konstrukce nebyly nutné, a to právě s odkazem na princip 3E a na zjevnou neopodstatněnost takto úzce pojaté výjimky. Takovéto konstrukce tak mohou rovněž nepřímou ukázkou na potýkání se s problémem proprietárního uzamčení.

Je-li zadavatel závislý pouze na jednom dodavateli, je velmi pravděpodobné, že se toto jako nepřímý projev promítne i do jeho efektivity a produktivity. Pokud dva zadavatelé vykonávající obdobnou činnost a pro tuto činnost zvolí dvě různá řešení, přičemž jedno řešení v budoucnu povede k proprietárnímu uzamčení zadavatele a druhé nikoli, je možné, že „uzamčený“ zadavatel nebude schopný dané řešení rozvíjet tak efektivně, jako zadavatel druhý. V konečném důsledku tak toto řešení může být zastaralé,⁴⁸ nákladnější na provoz, méně uživatelsky přívětivé, popř. bude pro jeho provoz nutný větší počet pracovníků či pracovníci s vysokou odborností nebo specifickým know-how.

Příklady nástrojů k vytvoření/udržení/posílení lock-inu, které jsou dodavateli využívány, jsou tržní síla a technologická dominance. Čím větší tržní sílu daný dodavatel má, tím snáze se mu, za standardních podmínek, uzamčení vytváří, neboť nejen, že má nižší počet konkurentů, ale často je jediným, kdo je schopen splnit podmínky kvalifikace pro zadávací řízení (např. předložit požadované reference) nebo nabídnout nejnižší cenu za soutěžené plnění.⁴⁹ Tato nejnižší cena však může být výhodná jen v daném čase, nikoli z dlouhodobého hlediska, jak bude blíže vysvětleno v následující-

⁴⁸ CASTELLI, op. cit., s. 135.

⁴⁹ Blíže k tržní síle viz např. NEJEZCHLEB, Kamil; HAJNÁ, Zuzana. Stanovení tržní síly a její význam v soutěžním právu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. [Online]. 2013, č. 4, s. 515-524. [cit. 21. 3. 2018] nebo VARIAN, Hal R.; FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. *The Economics of Information Technology: An Introduction*. New York: Cambridge University Press, 2004, s. 15-42.

cí kapitole. Tržní síla je zároveň dobrým předpokladem pro podporu dalšího vývoje nových technologií, jež mohou být díky jedinečné pozici dodavatele např. nejdříve implementovány v soukromém sektoru a veřejný sektor se tak ocitne v uzamčení ostatními uživateli.⁵⁰ Tržní síla také může být jedním z předpokladů pro technologickou dominanci, neboť může poskytnout dostatečné ekonomické prostředky pro výzkum a vývoj. Jak tržní síla, tak technologická dominance staví dodavatele do konformní pozice, jež se projevuje tak, že dodavatel nemusí soutěžit s dalšími účastníky, nebo že je počet účastníků, oproti jiným veřejným zakázkám, významně redukován a nabídková cena dodavatele tak může být podstatně vyšší, než by byla, kdyby docházelo k plnohodnotné hospodářské soutěži. I tyto situace tak můžeme označit za projevy proprietárního uzamčení.

Snahu utvořit uzamčení je možné odhalit za pomoci formálních indikátorů budování lock-inu ze strany dodavatele. Mezi tyto formální indikátory patří např. situace, kdy se dodavatel snaží budovat vendor lock-in za použití neopodstatněných ustanovení o mlčenlivosti nebo rozšiřováním ochrany duševního vlastnictví nad rámec zákonných institutů.⁵¹ Dále se tato snaha projevuje redukcí smluvních pokut a formulací dalších jednostranně výhodných ujednání a podmínek,⁵² kdy dodavatelé při jejich vyjednávání – dialogu mezi zadavatelem a dodavatelem – uplatňují svou tržní sílu nebo využívají svých výhradních práv duševního vlastnictví.⁵³

⁵⁰ Veřejný sektor by pak na toto uzamčení ostatními uživateli, ukázalo-li by se jako nevhodné se tomuto lock-inu bez dalšího podřídit, musel reagovat např. marketingovou kampaní za účelem zvýšení počtu uživatelů jím preferovaného řešení.

⁵¹ Blíže k problematice práv duševního vlastnictví, konkrétně k právní regulaci počítačových programů a veřejných zakázek, viz POREMSKÁ, Michaela. ICT in Public Procurement Can Lead to Cybercrimes?. *Masaryk University Journal of Law and Technology* [Online]. 2014, vol. 4, no. 2, s. 166-168. [cit. 26. 10. 2017].

⁵² Srov. TER, Kah Leng. Path Dependence, Lock-in and Lock-out Agreements. *Singapore Academy of Law Journal* [Online]. 1992, vol. 4, s. 349-358. [cit. 26. 10. 2017].

⁵³ Naproti tomu můžeme v současné době sledovat i případy, kde tlak na „antivendor lock-in“ donutil některé dodavatele vytvořit síť spolupracujících dodavatelů. Tito dodavatelé mezi sebou mohou řádně soutěžit. Na trhu se tak zvyšuje počet soutěžitelů, byť se nemění počet substitutů. Takovým příkladem je GORDIC Partner Program. K tomu viz webovou stránku: *GORDIC Partner Program* [online]. GORDIC spol. s r.o. [cit. 26. 3. 2018].

5. PRÁVNÍ MOŽNOSTI PŘEDCHÁZENÍ VENDOR LOCK-INU PŘI PŘÍPRAVĚ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE

V předcházejících kapitolách byly popsány zásadní problémy, jež jsou s lock-in efektem spojeny. Je proto beze sporu, že ideální je uzamčení včas předejít. Při zadávání veřejných zakázek v oblasti ICT je třeba mít vždy na paměti specifičnost tohoto odvětví, ale i jednotlivých pododvětví. Je samozřejmostí, že je třeba přistupovat rozdílně k veřejným zakázkám na služby a na dodávky, stejně tak je ale třeba přistupovat rozdílně k dodávkám softwaru a hardwaru, cloudovým a desktopovým řešením, jednorázovým řešením nebo řešením s nutností dalšího rozvoje a údržby.

Při zadávání ICT veřejných zakázek je důležité vždy zvážit dobu, na kterou je zamýšlené řešení pořizováno.⁵⁴ Vycházejme z předpokladu, že v rámci zajištění principu 3E je obecně zájmem zadavatele pořídit řešení na co nejdelší možnou dobu. Vzhledem k technologickému, případně i právnímu, ekonomickému nebo třeba společenskému vývoji je však velmi pravděpodobné, že postupem času bude toto řešení třeba více, či méně upravit, opravit nebo částečně zaměnit. Zadávací řízení by tak mělo být nastaveno takovým způsobem, aby bylo vybráno řešení, které bude výhodné nejen v době pořízení, ale i v době provozu a v době případné nutnosti dalšího rozvoje.

V praxi se můžeme setkat s tendencí zadavatelů k pořizování řešení, které se skládá z různých komponentů, přičemž je uváděn požadavek, aby všechny tyto komponenty byly od stejného výrobce. Jako příklad lze uvést sestavu počítače, monitoru, počítačové myši a klávesnice. Za důvod tohoto požadavku uvádějí zadavatelé předpoklad nejvyšší možné kompatibility. Bez ohledu na to, zda tento požadavek nemůže být vůči některým účastníkům diskriminační a zda tento požadavek koresponduje s principem 3E v době pořízení tohoto řešení, je třeba poukázat na fakt, že takové řešení se rozhodně nemusí ukázat jako hospodárné v budoucnu, ve chvíli, kdy některý z těchto komponentů bude třeba vyměnit. V případě, že by vybraný dodavatel nedisponoval standardizovaným hardwarem, nebo by hardware ne-

⁵⁴ Srov. např. HORKÝ, op. cit., s. 33-47.

byl ani oddělitelný, došlo by k uzamčení z důvodů inkompatibility a následných nákladů na změnu. Obdobný problém může vyvstat za situace, kdy by později pořízený software nebyl kompatibilní s dříve pořízeným hardwarem, ať už by se jednalo o různé operační systémy pro počítače a mobilní telefony nebo o programy a aplikace. Lze tak doporučit, v rámci definování předmětu veřejné zakázky, poptávat standardizovaný hardware, aby jeho komponenty bylo možné snadno a ekonomicky vyměnit.⁵⁵ Při pořizování softwaru lze doporučit takový software, který je kompatibilní s používaným hardwarem a softwarem v dané době, a který bude pravděpodobně kompatibilní i s případně nově pořízenou technologií.

V oblasti softwaru může být vhodné používat open source operační systémy, programy a aplikace, tedy software, jehož zdrojový kód je na základě poskytnuté licence možné volně upravovat, a který je navíc ve většině případů zdarma. Otázkou zůstává, zda jsou tato otevřená řešení použitelná pro všechny potřeby veřejných zadavatelů a zda jeho případné nedostatky nepřináší skryté náklady, které mohou převýšit náklady na pořízení softwaru placeného.⁵⁶

Úvaha o výše uvedených aspektech zadávacího řízení v oblasti ICT, jež svůj odraz najdou zejména v definici předmětu veřejné zakázky, by se měla promítnout v podmínkách kvalifikace, kritériích hodnocení – těmto dvěma institutům je z důvodu jejich důležitosti věnován zvláštní prostor v následujících dvou podkapitolách – a technických, obchodních a zvláštních podmínkách.⁵⁷ Efektivní promítnutí takovýchto úvah do těchto částí zadávací dokumentace představuje právní možnosti předcházení lock-in efektu.⁵⁸

⁵⁵ Srov. EBBESSON, Björn; OISSON, Thomas. *Managing divergences in IT infrastructure standardization* [online]. Göteborg, 2018, s. 12-16 [cit. 1. 11. 2017]. Master thesis in IT management. IT University of Göteborg, Chalmers University of Technology and University of Gothenburg.

⁵⁶ Blíže k využití open source ve veřejné správě viz: TRIDLA, Radek. *Potenciál a limity využití open source ve veřejné správě* [online]. Brno, 2012 [cit. 1. 11. 2017]. Bakalářská práce. Masarykova univerzita, Ekonomicko-správní fakulta. Vedoucí práce David ŠPAČEK.

⁵⁷ § 37 odst. 1 ZZVZ.

⁵⁸ K tomu viz také *Nevýhodná ujednání ve smlouvách na dodávku ICT produktů* [online]. Odbor Hlavního architekta eGovernmentu Ministerstva vnitra, 2017, 3 s. [cit. 25. 12. 2018].

V rámci předcházení proprietárnímu uzamčení při přípravě zadávací dokumentace hraje významnou roli i úvaha o tom, jaká práva si veřejný dodavatel hodlá vyhradit, zvláště jedná-li se o dílo ve smyslu autorského zákona.⁵⁹ Dostatečné vyhrazení těchto práv výrazně snižuje možnost vzniku uzamčení. Rozsah těchto práv může být představován různě pojatými licenčními ujednáními, ale i kompletním oprávněním k výkonu majetkových práv autorských formou jejich postoupení na zadavatele.⁶⁰ Využití institutu postoupení předpokládá pečlivou analýzu každého konkrétního případu, neboť čím exkluzivnější oprávnění, která bude zadavatel požadovat, budou, tím vyšší bude pravděpodobně i cena nabízeného řešení. Využití institutu postoupení je ve většině případů bohužel vyloučeno pro již existující proprietární software, neboť jde o komerční produkty nabízené více osobám, např. na bázi EULA („End-User-License-Agreement“) licencí. U těchto licencí zpravidla není možné takové oprávnění udělit, anebo udělení takového oprávnění nelze spravedlivě požadovat.⁶¹

Obecně můžeme říci, že čím delší je plánovaná doba užití, tím pravděpodobnější bude nutnost rozvoje a zásahu do systému a oprávnění by tak měla být rozsáhlejší. Vždy je však nutné analyzovat a co nejpresněji odhadnout ekonomické dopady jednotlivých řešení. Rozsah oprávnění, který je vhodné požadovat, se rovněž liší v závislosti na formě poptávaného plnění. Je třeba rozlišovat, zda bude obsahovat pouze samotné dodání (zde bude vyhrazení širokého katalogu práv většinou vhodnější), nebo i provoz a případný rozvoj.⁶²

Mezi další nástroje pro minimalizaci rizika lock-inu patří dělení větších zakázek (nesmí zde však docházet k účelovému obcházení zákona např. ve smyslu posuzování nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek) a pří-

⁵⁹ Výhradu práv je třeba důkladně ošetřit zvláště u softwarových řešení.

⁶⁰ V návaznosti na licenční ujednání pak bývá vhodné i vyžádání zdrojového kódu, a to v adekvátní podobě (zakázána by měla být např. minifikace a obdobné „ochranné“ postupy).

⁶¹ KMOCH, Ondřej. IT veřejné zakázky – co zvažovat při aplikaci postoupení oprávnění k výkonu majetkových práv autorských a dílčí zamyšlení na závěr. *EPRAVO.CZ* [online]. EPRAVO.CZ, a.s., publikováno 29. 1. 2016 [cit. 1. 11. 2017].

⁶² Ibid.

prava strategických zakázek v dialogu s potenciálními dodavateli.⁶³ Dále je vhodné stanovit jako součást předmětu plnění i poskytnutí úplné technické dokumentace, opce na školení v dané architektuře a na administraci daného řešení. Dalším opatřením, které by mělo být zváženo, je modulární plánování, kdy klientská rozhraní a jednotlivé moduly komunikují výhradně skrze standardizovaná rozhraní/řešení (tzv. open standardy)⁶⁴ a jsou tak nahraditelná produkty třetích stran – dalších potenciálních dodavatelů.⁶⁵ Za hlavní přednost open standardů se uvádí interoperabilita.^{66, 67} Interoperabilitu je možné chápat mimo jiné jako schopnost práce s danými formáty napříč aplikacemi, používání SLA („Service-Level-Agreement“) šablon a sjednocených autentizačních a autorizačních formátů tokenů.⁶⁸ Na rozvoj interoperability výslovně pamatuje např. i GDPR.⁶⁹ Na základě výše uvedeného můžeme uzavřít, že řádné vymezení rozsahu a předmětu veřejné zakázky je zásadním krokem pro předejití lock-inu.

5.1 VENDOR LOCK-IN A PODMÍNKY KVALIFIKACE

Podmínky kvalifikace, jakožto podmínky účasti v zadávacím řízení, jsou jedním z nástrojů, jehož kvalitním nastavením je možné přispět k předcházení proprietárního uzamčení. Jedná se o nástroj, který by měl být maximálně efektivně využit již v prvopočátku procesu uzavírání obchodního vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem veřejné zakázky. Vzhledem

⁶³ SKUHROVEC, op. cit., s. 18.

⁶⁴ K tomu viz také WEST, Joel. The Economic Realities of Open Standards: Black, White and Many Shades of Gray. In: GREENSTEIN, Shane; STANGO, Victor (eds.). *Standards and Public Policy* [Online]. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 1-29 [cit. 21. 3. 2018].

⁶⁵ Metodický pokyn CHJ č. 3. - Metodika veřejného nakupování: Naplňování principu 3E v praxi veřejného zadávání [online]. Publikováno 7. 7. 2016 [cit. 6. 11. 2017].

⁶⁶ SUTOR, Robert. Software Standards, Openness, and Interoperability. In: DeNaris, Laura (ed.). *Opening Standards: The Global Politics of Interoperability*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2011, s. 209–218.

⁶⁷ K interoperabilitě (při cloud computingu) viz také Opinion 05/2012. Article 29 Data Protection Working Party [online]. Přijato 1. 7. 2012, s. 5 a 16 [cit. 26. 12. 2018].

⁶⁸ HARSH, Piyush, DUDOUET, Florian, CASCELLA, Roberto a kol. *Using Open Standards for Interoperability - Issues, Solutions, and Challenges facing Cloud Computing* [online]. 2012, s. 1–6 [cit. 6. 11. 2017].

⁶⁹ Odst. č. 68 recitálu GDPR.

k systematice ZZVZ, kde je kvalifikace upravena pro zadávací podmínky v nadlimitním režimu (aplikovatelné též na režim podlimitní), jsou podmínky kvalifikace v tomto článku rozebírány právě z pohledu nadlimitního režimu v otevřeném řízení (obdobně je postupováno i u další části – při popisu kritérií hodnocení).

Kvalifikace se dělí na způsobilost – oprávnění – a samotnou kvalifikaci – lepší, či horší schopnost.⁷⁰ Způsobilost se skládá ze způsobilosti základní a profesní, kvalifikace se pak dělí na ekonomickou a technickou. Základní a profesní způsobilost musí zadavatel požadovat obligatorně, zatímco ekonomickou a technologickou kvalifikaci jen fakultativně.⁷¹

Jsou to však právě ICT veřejné zakázky, kde požadování technické kvalifikace dává snad největší smysl. Pokud se zadavatel pro požadování technické kvalifikace rozhodne, musí stanovit její požadovaný rozsah (kritéria), minimální úroveň a údaje, doklady, vzorky anebo modely sloužící k jejímu prokázání. Kritéria technické kvalifikace a jejich prokázání jsou stanovena v § 79 ZZVZ (seznam možných kritérií je taxativní) a slouží k prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky. Tyto požadavky jsou také nejvíce spojeny se schopností dodavatele provést dané plnění, a to navíc konkrétním požadovaným způsobem.⁷² U ICT veřejných zakázek tak mohou prokázat zkušenost s obdobným typem zakázky, jejím dalším rozvojem, ale i schopnost využívat open standardy⁷³ nebo schopnost vyhovění požadavkům modulárního plánování apod. K tomu je vhodné požadovat zejména seznam významných dodávek nebo významných služeb, seznam techniků nebo technických útvarů podílejících se na plnění, osvědčení o vzdělání o od-

⁷⁰ BOROŠOVÁ, Hana; ŠEBESTA, Milan. Kvalifikace v otevřeném řízení dle návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek. *EPRAVO.CZ* [online]. EPRAVO.CZ, a.s., publikováno 11. 12. 2015 [cit. 20. 11. 2017].

⁷¹ § 73 odst. 2 ZZVZ.

⁷² DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 493.

⁷³ K open standartům viz také GHOSH, Rishab. An Economic Basis for Open Standards. In: DeNaris, Laura (ed.). *Opening Standards: The Global Politics of Interoperability*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2011, s. 75 – 97. nebo GLADER, Marcus. Open standards: Public Policy aspects and competition law requirements. *European Competition Journal* [Online]. 2010, vol. 6, no. 1, s. 611-648 [cit. 28. 11. 2017].

borné kvalifikaci a případně i doklady prokazující shodu požadovaného výrobku s požadovanou technickou normou nebo dokumentem.

Veškeré požadavky musí být stanoveny přiměřeně ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky, v souladu se zásadami zadávání veřejných zakázek a bez vytváření bezdůvodných překážek hospodářské soutěže. K důvodnosti/přiměřenosti požadavků se vyjádřil Úřad pro ochranu hospodářské soutěže např. ve svém rozhodnutí ze dne 22. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S140/2014/VZ-10908/2014/531/Olu/LFr, kdy konstatoval, že dodávka výpočetní techniky je stejně náročná v soukromém sektoru jako v sektoru veřejném a tudíž je požadavek zadavatele na dodání referencí k dodávkám výpočetní techniky pro státní sféru zpravidla neopodstatněný.

Obecně by se požadavky zadavatele měly vztahovat k nejpodstatnější části předmětu plnění, a to nejen obsahově, ale ve většině případů i kvantitativně. Mohou však nastat situace, kdy jako oprávněné budou shledány i požadavky vztahující se k marginální části plnění, pokud bude představovat požadavek vhodný/opodstatněný.⁷⁴ Např. v případě technologického řešení zpracovávající osobní údaje, byť se jedná jen o vedlejší činnost, která je tímto řešením zajištěna, by za určitých okolností mohlo být považováno za opodstatněné prokázání schopnosti přijmout dostatečná technická opatření pro zajištění odpovídající ochrany osobních údajů a práv subjektů údajů.

Je třeba zdůraznit, že prokázání splnění technické kvalifikace automaticky nezajišťuje tento stav po dobu plnění zakázky. Je proto vhodné podmínky kvalifikace provázat i s podmínkami obchodními, kde je toto možné ošetřit smluvně. To může být navíc zajištěno systémem smluvních pokut.

5.2 VENDOR LOCK-IN A KRITÉRIA HODNOCENÍ

ZZVZ ukládá povinnost hodnotit nabídky dle ekonomické výhodnosti.⁷⁵ Ekonomická výhodnost se stanoví na základě nejvhodnějšího poměru nabídkové ceny a kvality včetně nákladů životního cyklu. Byť je, až na výjimky, možné stanovit ekonomickou výhodnost pouze na základě nejnižší

⁷⁴ DVOŘÁK; MACHUREK; NOVOTNÝ a kol., op. cit., s. 495.

⁷⁵ § 114 odst. 1 ZZVZ.

nabídkové ceny, u veřejných zakázek na ICT toto obecně není vhodný postup, neboť ZZVZ dává dodavateli řadu nástrojů pro vybrání toho nejlepšího dodavatele na základě řady dalších, ve většině případů vhodnějších, kritérií. Jejich nevyužití může způsobit rozpor s principem 3E. Kritériem kvality v oblasti ICT může být zejména technická úroveň, funkční vlastnosti, uživatelská přístupnost, inovační aspekty, kvalifikace nebo zkušenosti osob podílejících se na zakázce, úroveň servisních služeb včetně technické pomoci, nebo podmínky a lhůta pro dodání plnění.

Zajímavou možností je rovněž stanovení pevné ceny a hodnocení pouze kvality. Tento postup však vzhledem k principu 3E pravděpodobně nebude v ICT zakázkách běžným, neboť si lze jeho opodstatnění představit jen zřídka. Obzvláště vhodným kritériem jsou pak náklady na životní cyklus, neboť mohou odrážet např. náklady na údržbu nebo náklady spojené s koncem životnosti plnění.

Kritéria nemohou být pouze vyjmenovaná, ale musí být stanovena jejich váha (v procentech nebo prostřednictvím matematického nebo jiného vztahu) a není-li zadavatel váhu schopný určit, pak alespoň pořadí hodnotících kritérií.⁷⁶ Kritéria musí být uvedena jasně a jednoznačně. Musí být tedy specifikováno, jak budou kritéria posuzována. Mělo by být uvedeno nejen, čím se zadavatel při hodnocení bude zabývat, ale i to, co je vyžadováno – v případě technického řešení na upgrade telekomunikačních služeb např. typ ústředny nebo s čím by mělo být požadované řešení kompatibilní. Při tvorbě hodnotících kritérií je třeba dbát nejen na to, aby bylo definováno, jaké vlastnosti jsou žádoucí, ale i na to, aby byly eliminovány vlastnosti nežádoucí.⁷⁷ Zároveň je třeba mít na paměti, že totožné kritérium nemůže představovat podmínku kvalifikace a zároveň kritérium hodnocení v jedné veřejné zakázce.

⁷⁶ § 115 ZZVZ.

⁷⁷ FRANCOVÁ, Anna. *Kritéria hodnocení nabídek ve veřejných zakázkách*. PRÁVNÍ PROSTOR.CZ [online]. ATLAS consulting spol. s r.o., publikováno 9. 3. 2017 [cit. 7. 1. 2018].

6. JEDNACÍ ŘÍZENÍ BEZ UVEŘEJNĚNÍ V APLIKAČNÍ PRAXI

Nepodaří-li se uzamčení předejít, je třeba přijít s jeho následným řešením. Možností řešení (ať už dočasnou či trvalou) již vzniklého lock-in efektu může být, za splnění zákonem stanovených podmínek, zadání veřejné zakázky formou JŘBU. To je upraveno v § 63 a násl. ZZVZ, a to v souladu se zadávacími směrnici.⁷⁸ V souvislosti s lock-in efektem je pak relevantní především § 63, odst. 3 a 4⁷⁹ upravující podmínky, které musí být splněny pro využití JŘBU, a které jsou zároveň aplikovatelné ve vztahu k propri-
etárnímu uzamčení:

„(3) Zadavatel může také použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť

a) předmětem plnění veřejné zakázky je jedinečné umělecké dílo nebo výkon,

b) z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž, nebo

c) je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.

⁷⁸ Relevantní ustanovení zadávací směrnice č. 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014: „Čl. 32: *Ve zvláštních případech a za okolností uvedených v odstavcích 2 až 5 mohou členské státy stanovit, že veřejní zadavatelé mohou zadávat veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.*

Čl. 32: *Jednací řízení bez uveřejnění může být použito pro veřejné zakázky na stavební práce, dodávky a služby v následujících případech:*

(...)

b) jestliže stavební práce, dodávky nebo služby mohou být z některého z následujících důvodů dodány jen konkrétním hospodářským subjektem:

i) cílem veřejné zakázky je vytvoření nebo získání jedinečného uměleckého díla nebo uměleckého výkonu,

ii) hospodářská soutěž z technických důvodů neexistuje,

iii) ochrana výhradních práv včetně duševního vlastnictví.

Výjimky uvedené v bodech ii) a iii) se použijí jen v případě, že neexistuje přiměřená alternativa nebo náhrada a že neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky;

pokud je to nezbytně nutné, když z důvodů krajní naléhavosti způsobené událostmi, které veřejný zadavatel nemohl předvídat, nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení. Okolnosti pro odůvodnění krajní naléhavosti nesmějí být v žádném případě způsobeny veřejným zadavatelem.“

K tomu viz blíže ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. Vol. 1, ed. 3. London: Thomson Reuters, 2014, s. 1065-1072.

⁷⁹ Ve vztahu k lock-in efektu mohou být relevantní také např. ustanovení § 64 písm. b) (pro dodávky) nebo § 66 (pro služby).

(4) Podmínky podle odstavce 3 písm. b) a c) jsou splněny pouze v takovém případě, že nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.“

Je třeba zdůraznit, že podmínky pro využití JŘBU musí splňovat celý předmět veřejné zakázky, ne tak jen část poptávaného plnění.⁸⁰ Za zakázku dle § 63 odst. 3 písm. a) může být považováno např. rozšíření audiovizuálního průvodce doplněného o ilustrace. Odst. 3 písm. b) je pak hlavním nástrojem používaným při uzamčení z důvodu inkompatibility a ustanovení písm. c) téhož odstavce je využitelné např. pro rozšíření informačního systému, který je chráněn jako autorské dílo.

Zvláštní pozornost je třeba věnovat právě odst. 4 citovaného ustanovení, který pro použití výše uvedeného odstavce 3 písm. b) a c) stanovuje předpoklad, že zadavatel nemohl využít jiného postupu a zároveň nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž. Vyloučení hospodářské soutěže by totiž vedlo k diskriminaci, a tedy k porušení jedné ze zásad ZZVZ. Toto ustanovení nebylo přímo zakotveno v předešlé právní úpravě.⁸¹ Vzhledem k účelu zákona a dodržování v něm obsažených zásad však bylo toto hledisko běžně zohledňováno soudy i Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže, neboť by se v opačném případě jednalo o obcházení zákona. Např. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53 uvádí: „V postupu žalobce není možno shledávat účelovost a úmysl obejít zákon o veřejných zakázkách při zadávání návazných veřejných zakázek. Původní veřejné zakázky zadával zadavatel prokazatelně, aniž by měl vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat dotčené veřejné zakázky. Rovněž je třeba zdůraznit, že stav exkluzivity nebyl vytvořen zadavatelem a nevznikl samoúčelně jako v odkazovaných případech, ale byl přirozenou součástí předmětu plnění, resp. neoddělitelným důsledkem toho, že v rámci předmětu plnění vznikala autorská díla ve smyslu ustanovení § 2 autorského zákona.“

⁸⁰ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13. 11. 2014, č. j. S751/2014/VZ-24208/2014/542/JVO.

⁸¹ Srov. § 23 zákon č. 137/2006 Sb.

Vzhledem k tomu, že tato podmínka nebyla v zákoně č. 137/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů, explicitně zakotvena, mohlo její uplatnění činit potíže, jak bude přiblíženo dále. Podmínku, že nelze využít jiného postupu, je třeba interpretovat jako neexistenci *přiměřené* alternativy. To znamená, že zadavatel nemůže z technických důvodů poptávat jiné řešení, resp. takové řešení by představovalo nutnost vynaložení podstatně vyšších nákladů nebo by bylo způsobilé vyvolat podstatné technické potíže.⁸² Někteří autoři⁸³ se zamýšlejí nad tím, zda k nesplnění podmínky dle § 63 odst. 4 ZZVZ stačí záměr zadavatele omezit hospodářskou soutěž bez ohledu na to, zda hospodářskou soutěž skutečně omezil/vyloučil. Jazykovým výkladem dospějeme k závěru, že pouhý záměr je pro nesplnění této podmínky dostatečný, neboť dané ustanovení používá spojení „s cílem vyloučit“. Jasně zodpovězení této otázky však pro právní praxi není podstatné, neboť toto ustanovení obsahuje ještě druhou, kumulativní, podmínku – že nelze využít jiného postupu. Lze si jen těžko představit situaci, kdy by hospodářská soutěž nebyla fakticky omezena a přitom nešlo využít jiného zadávacího řízení dle ZZVZ.

Jak uvádí důvodová zpráva k ZZVZ: „*Použití tohoto řízení by mělo být omezeno pouze na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je již od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden dodavatel, který může veřejnou zakázku splnit. K použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, situace výlučnosti tak nemůže být vytvořena samotným zadavatelem.*“⁸⁴

Z výše uvedeného je tak patrné, že využití JŘBU by mělo být pouze krajním řešením pro zadání veřejné zakázky, na což poukazuje i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve svých rozhodnutích, ve kterých bylo nutné

⁸² DVOŘÁK; MACHUREK; NOVOTNÝ a kol., op. cit., s. 394.

⁸³ K tomu viz např. PODEŠVA, Vilém; SOMMER, Lukáš; VOTRUBEC, Jiří a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer (ČR), 2016, s. 275.

⁸⁴ Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek. In: Beck-online [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 22. 3. 2018].

posoudit splnění podmínek pro využití tohoto typu řízení.⁸⁵ Obdobně se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012, když potvrdil, že JŘBU lze použít jen výjimečně, a to když „*uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku*“. Nejvyšší správní soud se v tomto rozsudku rovněž vyjádřil k technickým důvodům pro použití JŘBU. Ty mohou dle Nejvyššího správního soudu spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility nebo v technických okolnostech, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo „*nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění*.“ Jedním ze základních aspektů JŘBU je totiž omezení hospodářské soutěže; jedná se o jediný druh zadávacího řízení, ve kterém se neuplatňuje zákonná povinnost odeslat oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění.⁸⁶ V JŘBU jsou totiž upřednostňovány jiné zájmy, než transparentnost.⁸⁷ Je to právě ona povaha krajního řešení, která vedla k taxativnímu stanovení podmínek pro využití JŘBU a k jejich restriktivnímu výkladu. Stejně opodstatněným tak je i fakt, že důkazní břemeno k prokázání splnění podmínek pro použití JŘBU leží na zadavateli.^{88,89}

Naplnění podmínek pro použití JŘBU neimplikuje nutnost použití tohoto zadávacího řízení. Z čistě procesního hlediska tak může zadavatel vždy zvolit i „přísnější“ druh zadávacího řízení. U některých specifických plnění však bude JŘBU jedinou volbou, kterou bude zadavatel moci využít, zvláště pak v oblasti ICT.⁹⁰

⁸⁵ DVOŘÁK; MACHUREK; NOVOTNÝ a kol., op. cit., s. 388.

⁸⁶ Tamtéž.

⁸⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53.

⁸⁸ „*Ustanovení čl. 7 odst. 3 směrnice, která povolují výjimky z pravidel směřujících k zajištění efektivit právně zaručených Smlouvou o ES v odvětví veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává.*“ Cit. z: Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004, věc C-385/02.

⁸⁹ Odůvodnění použití JŘBU je dle § 217, odst. 2, písm. h) ZZVZ povinnou náležitostí písemné zprávy zadavatele.

⁹⁰ DVOŘÁK; MACHUREK; NOVOTNÝ a kol., op. cit., s. 390.

Při posuzování zákonného využití JŘBU se Úřad pro ochranu hospodářské soutěže řídí nejen zákonem, ale podpůrně i judikaturou a svou vlastní rozhodovací praxí. Příkladem z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže může být rozhodnutí ze dne 9. 6. 2014, č. j. ÚOHS-S108/2009/VZ-12162/2014/521/VSt. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže se zde zabýval zadávacím řízením navazujícím na zakázku, v níž byly vytvořeny počítačové programy a databáze. Tyto počítačové programy a databáze byly autorskými díly dle autorského zákona. Zadavatel si však nevyhradil možnost vykonávat majetková práva k těmto dílům (a např. zasahovat do zdrojového kódu) nebo poskytovat tato autorská díla třetím osobám. Vzhledem k takto (ne)upraveným obchodním podmínkám mohl plnění navazující na původní zakázku realizovat jen jediný dodavatel. K tomu Úřad pro ochranu hospodářské soutěže uvedl: „*V případě, že by se zadavatel rozhodl realizovat předmětnou veřejnou zakázku bez využití již existujících programů vytvořených v rámci předchozích veřejných zakázek, jednalo by se sice o postup možný, avšak z ekonomického hlediska, značně nevhodný a neefektivní, neboť by zadavatel pořizoval plnění, která již jednou zakoupil. V takovém případě by tedy sice byla zajištěna hospodářská soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli, ale došlo by k nevhodnému a neúčelnému vynakládání veřejných prostředků (zadavatel by platil za plnění, které již má a na něž již jednou veřejné prostředky vynaložil).*“⁹¹ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže tak v daném rozhodnutí přihlédl právě k principu 3E a zohlednil ekonomické hledisko situace.

Velká část rozhodnutí z rozhodovací praxe ÚOHS pak vychází z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 5. 11. 2002, č. j. 2 A 3/2002-75,⁹² v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce, nemohou vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až

⁹¹ Blíže k zajištění principu 3E viz také rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152.

⁹² Např. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 4. 2011, č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu nebo rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé.

poté bylo právně nemožné nebo obtížné je změnit.⁹³ Toto tvrzení však v žádném případě není možné vytrhnout z kontextu a je nutné zdůraznit, že rozsudek Vrchního soudu byl přijat za situace, kdy zadavatel postupoval s cílem vybudovat omezení. Právě k „vytržení z kontextu“ v některých případech dochází i v argumentaci Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a projevuje se zde již předestřená problematičnost dříve zákonem nezakotvené úpravy, v současnosti explicitně zařazené pod § 63 odst. 4 ZZVZ.⁹⁴ Takováto argumentace Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže pak byla odmítnuta rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010 - 332 a na něj navazujícím rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53.⁹⁵ Nejvyšší správní soud v tomto rozsudku rovněž konstatoval, že je třeba „velmi pečlivě vážít, zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný“.

Určité právní omezení, např. formou licenčního ujednání, které způsobuje lock-in efekt, neboť na dané plnění může dle tohoto ujednání navázat pouze původní dodavatel, automaticky nevede k porušení ZZVZ. Každé jednání je totiž třeba hodnotit s přihlédnutím k principu 3E. Situaci objektivní nemožnosti plnění jiným zadavatelem je navíc třeba zkoumat k okamžiku zahájení JŘBU.⁹⁶ Zadavatel v daném případě nemusel vědět,

⁹³ Při aplikaci tohoto rozsudku je třeba zmínit, že se nevztahuje ani k ZZVZ, ani k zákonu č. 137/2006 Sb., ale k zákonu č. 199/1994 Sb.

⁹⁴ Srov. např. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S604/2013/VZ-10977/2014/522/PLY s rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 10. 2009, č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ12164/2009/510/Hod.

⁹⁵ Nejvyšší správní soud v daném rozsudku uvedl, že: „Ochrana výhradních práv připadá v úvahu zejména v situaci, kdy zadavatel získal v minulosti licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího plnění, a dodavatel nemá vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jiné osobě, která by plnění mohla zadavateli poskytnout. Rovněž technické důvody, které má cit. ustanovení na mysli, mohou spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění (zde informačního systému). Důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele. Nutno konstatovat, že uvedené je typické právě mimo jiné i pro oblast informačních technologií. Zakázku, o kterou se v případě žalobce jednalo, lze dle názoru Nejvyššího správního soudu považovat za specializovanou veřejnou zakázku, u níž lze postup, který uplatnil žalobce, shledat opodstatněným.“

⁹⁶ PODEŠVA; SOMMER; VOTRUBEC a kol., op. cit., s. 273.

zda bude v budoucnu nutné zasahovat do zdrojového kódu (či provádět zá-sahy obdobného charakteru), a tedy nemusel rozumně očekávat, že nastane potřeba k povolení rozvoje softwaru pomocí třetí osoby či širšího licenčního oprávnění. Zakázka na plnění s takto rozšířenými právy zadavatele by byla nepochybně mnohonásobně dražší a její ekonomičnost by závisela právě na tom, zda v budoucnu potřeba úpravy kódu/rozvoje softwaru třetí stranou nastane. Logickou se zde pak jeví volba navazující veřejné zakázky až v době vyvstání takové potřeby a využití JŘBU. Byť Úřad pro ochranu hospodářské soutěže při posuzování oprávněnosti užití JŘBU často zdůrazňuje právě aspekt hospodářské soutěže,⁹⁷ nemůžeme zapomínat na princip 3E a na hodnocení toho, zda uzamčení nastalo cíleným postupem zadavatele, či nikoli. Bylo by totiž nesmyslné nutit veřejné zadavatele nést náklady na vyhrazení širokého spektra práv k danému plnění bez dalšího zohlednění daného případu. Např. v případě operačního systému Windows společnosti Microsoft by výhrada takovýchto práv byla ne-li nemožná, tak jistě neuvěřitelně nákladná. Právě takovýto plošný přístup by ve svém důsledku vedl k rozporu s principem 3E.

Zajímavé pak je, jak se k problematice poskytování zdrojových kódů staví ostatní státy. Např. Lotyšsko již v roce 1995 zavedlo povinnost poskytnout zdrojové kódy pro všechny ICT veřejné zakázky.⁹⁸ Obdobným směrem se v roce 2016 vydalo i Bulharsko.⁹⁹

Na tomto místě je vhodné zdůraznit, že ve světle zásady legitimního očekávání, zadavatel, který využil JŘBU a v okamžiku jeho využití objektivně splňoval zákonné podmínky pro daný postup, nemůže být za využití tohoto druhu řízení sankcionován, vyvstane-li při realizaci (nebo dokonce po ní) možnost realizovat zakázku i jinak.¹⁰⁰

⁹⁷ Např. v rozhodnutí ÚOHS ze dne 23. 5. 2014, č.j. ÚOHS-S604/2013/VZ-10977/2014/522/PLy.

⁹⁸ CHÝLE, Josef. Jaké otázky si klást v IT veřejných zakázkách před zahájením migrace dat a problematika vendor lock-in. *Zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata - Informační list* [online]. 2017, č. 1, s. 22 [cit. 4. 1. 2018].

⁹⁹ BOZHANOV, Bozhidar. Bulgaria Got a Law Requiring Open Source. *The Policy*. [online] Medium, publikováno 4. 6. 2016 [cit. 4. 1. 2018].

7. VENDOR LOCK-IN PŘI MIGRACI DAT

Lock-in, jak již bylo nastíněno výše, se často vyskytuje při migraci dat, kdy je dodavatel pro zadavatele zpracovatelem těchto dat.¹⁰¹ Vzhledem k tomu, jak cenným artiklem data v dnešní době jsou, je nutné tomuto tématu věnovat zvýšenou pozornost. V případě, že smluvní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem není kvalitně nastaven, může se totiž stát, že zpracovávaná data, o která by měl zadavatel zájem, nebude bez dodavatele po skončení smluvního vztahu schopen sám zpracovávat – přenést je do své sféry (např. cloudu),¹⁰² uspořádat je do databází nebo je ke zpracování předat jinému dodavateli.

Při správě dat je tedy třeba počítat s tím, že v budoucnu může být nutná jejich migrace. Tuto migraci je třeba řádně smluvně ošetřit, a to včetně té předčasné – např. z důvodu předčasného jednostranného ukončení smlouvy pro nespokojenost zadavatele.

Portabilitu dat je možné maximalizovat za použití standardů jako např. The Open Data Element Framework („O-DEF“)¹⁰³ a Cloud Data Management Inference („CDMI“).¹⁰⁴ Zadavatel by měl rovněž zvážit multi-cloudovou strategii a dále zhodnotit, zvláště pak pro cloud-computing aplikací, možnost použití DevOps nástrojů a procesů.¹⁰⁵ Je rovněž důležité vyřešit otázku vlastnictví dat,¹⁰⁶ neboť je známo, že např. v oblasti cloudových služeb je to provozovatel cloudu, kdo je ve výchozím stavu často vlastníkem

¹⁰⁰ ČECH, Martin. Otázky zákonnosti postupu zadavatele při zadávání ICT veřejných zakázek v případě pořízení komplexního informačního systému v soutěži o návrh. *EPRAVO.CZ* [online]. EPRAVO.CZ, a.s., publikováno 4. 1. 2016 [cit. 4. 1. 2018].

¹⁰¹ K tomu viz např. OPARA-MARTINS, Justice; SAHANDI, Reza; TIAN, Feng. Critical analysis of vendor lock-in and its impact on cloud computing migration: a business perspective. *Journal of Cloud Computing* [Online]. 2016 [cit. 4. 1. 2018].

¹⁰² Blíže k modelům cloud computingu viz BENTO, Alberto, AGGARWAL, Anil. *Cloud Computing Service and Deployment Models*. Hershey: Business Science Reference, 2013, s. 213.

¹⁰³ Blíže k O-DEF viz např. webové stránky *O-DEF* [online]. The Open Group [cit. 6. 1. 2018].

¹⁰⁴ Blíže k CDMI viz např. webové stránky *Cloud Data Management Interface (CDMI)* [online]. SIA [cit. 6. 1. 2018].

¹⁰⁵ CHAN, Mike. 6 things you can do to avoid cloud vendor lock-in. *ThornTech.com* [online]. Thorn Technologies LLC, publikováno 18. 9. 2017 [cit. 6. 1. 2018].

¹⁰⁶ Blíže k problematice vlastnictví dat POLČÁK, Radim. Informace a data v právu. *Revue pro právo a technologie* [Online]. 2016, č. 13, s. 82-85. [cit. 8. 1. 2018].

uložených údajů.¹⁰⁷ Vlastnictví dat je tak třeba ošetřit zvláště pro období po ukončení smluvního vztahu. Obchodní podmínky by měly být nastaveny zejména tak, aby byla migrace dat zaručena v požadovaném rozsahu, formátu a čase,¹⁰⁸ a to nejen směrem k zadavateli, ale případně i k dalšímu správci dat, který bude zadavatelem určen. Zadavatel pro sestavení smluvních podmínek může využít rovněž předběžné tržní konzultace s odborníky a dodavateli dle § 33 ZZVZ. Vhodné může být také zařazení výše nákladů, které vzniknou zadavateli v důsledku migrace dat, jakožto dílčího hodnotícího kritéria v rámci hodnocení ekonomické výhodnosti.¹⁰⁹

V případě, kdy dodavatel zpracovává pro zadavatele osobní údaje (zadavatel vystupuje v roli správce osobních údajů a dodavatel v roli zpracovatele osobních údajů), je do obchodních podmínek (smlouvy) třeba zařadit všechny náležitosti dle GDPR,¹¹⁰ přičemž uzavření takové smlouvy je primárně povinností správce.¹¹¹ I v situacích, kdy dodavatel pro zadavatele nezpracovává osobní údaje, ale jiná data, lze pro předejití lock-inu doporučit do smlouvy zařadit ustanovení obdobná těm v čl. 28 GDPR, zvláště pak: povinnost zpracování dat pouze na základě doložených pokynů správce, zajištění řádného zabezpečení zpracování, zohlednění povahy zpracování, povinnost v souladu s rozhodnutím správce všechny osobní údaje buď vymazat, nebo je správci vrátit a vymazat existující kopie. Lze rovněž doporučit zakotvení povinnosti umožnit zadavateli audity, včetně inspekci, prováděných zadavatelem nebo zadavatelem pověřeným auditorem.

Kvalitně zpracované obchodní podmínky je třeba zdůraznit především proto, že při jejich absenci lze migraci dat za pomoci právních předpisů řešit jen v omezeném počtu případů. Těmito případy jsou migrace osobních údajů dle GDPR, povinná migrace dat dle zákona č. 181/2014 Sb., o

¹⁰⁷ VÉVODA, Petr. Data obsažená v IT systémech, jejich vlastnictví a zakázkové právo. *Zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata - Informační list* [online]. 2017, č. 1, s. 17 [cit. 8. 1. 2018].

¹⁰⁸ SOCHOR, Miloš. Právní aspekty ochrany osobních údajů v rámci cloudových služeb. *PRÁVNÍ PROSTOR.CZ* [online]. ATLAS consulting spol. s r.o., publikováno 27. 2. 2017 [cit. 10. 1. 2018].

¹⁰⁹ VÉVODA, op. cit., str. 18.

¹¹⁰ Čl. 28 odst. 3 GDPR.

¹¹¹ Použitelnost GDPR je stanovena na 25. 5. 2018.

kybernetické bezpečnosti, a dále povinná migrace dat dle zákona č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy.

GDPR ukládá správcům osobních údajů povinnost uzavřít se zpracovatelem smlouvu o zpracování osobních údajů obsahující ustanovení, že zpracovatel osobních údajů v souladu s rozhodnutím správce všechny osobní údaje buď vymaže, nebo je vrátí správci po ukončení poskytování služeb spojených se zpracováním, a vymaže existující kopie.¹¹² Neuzavření takovéto smlouvy podléhá dle GDPR správním sankcím.¹¹³ GDPR správci právo migrovat osobní údaje nepřiznává, aniž by bylo smluvně upraveno. GDPR navíc v daném případě neupravuje to, v jakém formátu mají být osobní údaje předány. Může se tak teoreticky stát, že osobní údaje budou předány ve formátu, se kterým správce nebude schopen dále nakládat dle svých potřeb.

V případě, kdy mezi správcem a zpracovatelem osobních údajů chybí smluvní úprava zajišťující předání osobních údajů v adekvátním formátu a zpracovatel tak odmítá učinit, jeví se jako možné, nevylučují-li to jiné skutečnosti vč. dalších smluvních podmínek, využít toho, že dle čl. 28 odst. 3 písm. a) zpracovává zpracovatel osobní údaje pouze na základě doložených pokynů správce. K tomu je opět třeba zakotvení této povinnosti do smlouvy o zpracování osobních údajů, jak ve svém čl. 28 ukládá GDPR. Správce tak obecně může zpracovateli udělit pokyn ke zpracování osobních údajů v daném formátu a k jejich následnému předání správci. Neumožňuje-li toto vztah správce a zpracovatele z jakéhokoli důvodu a zpracovatel takovéto předání odmítá učinit, může se správce pokusit uplatnit velmi složitou konstrukci využívající v GDPR stanovené právo na přenositelnost osobních údajů. V této konstrukci by správce vystupoval jako zmocněný zástupce subjektů údajů využívajících své právo na přenositelnost osobních údajů.¹¹⁴

S právem na ochranu osobních údajů je neodmyslitelně spjata i ústavně zaručené právo na ochranu soukromého a rodinného života.¹¹⁵ Cílem tohoto práva je „zamezit jakýmkoli škodlivým zásahům do soukromí osob, ať již ze

¹¹² Čl. 28 odst. 3 písm. g) GDPR.

¹¹³ Správní sankce jsou v GDPR upraveny v čl. 83 a 84.

strany soukromých subjektů nebo veřejné moci“.¹¹⁶ Vzhledem k důležitosti, kterou ochraně osobních údajů a soukromého a rodinného života přiznávají nejen právní předpisy síly zákona, ale i ústavní pořádek a evropské právo, a kterou Úřad pro ochranu osobních údajů reflektuje ve svých rozhodnutích, je možné usuzovat, že by na veřejné dodavatele měly být kladeny vysoké nároky při dodržování jejich povinností spojených s ochranou osobních údajů. V případě porušení by tak měli být vystaveni hrozbě sankcí dle čl. 83 odst. 4 písm. a) GDPR – do výše 10 000 000 EUR, nebo jedná-li se o podnik, až do výše 2 % celkového ročního obrátu celosvětově za předchozí finanční rok, podle toho, která hodnota je vyšší. Právě tato hrozící pokuta by mohla být pro některé dodavatele dostatečně motivující a mohla by tak, vlastně nepřímou, pomocí předcházet proprietárnímu uzamčení, byť toto nebylo primárním cílem přijetí GDPR.¹¹⁷

Návrh nového (adaptačního) zákona o zpracování osobních údajů však – na základě čl. 83 odst. 7 GDPR – ve svém § 60 odst. 5 počítá pro orgány ve-

¹¹⁴ Důležité je zdůraznit, že se nejedná o právo správce, nýbrž o právo subjektu údajů. Subjekt údajů má dle čl. 20 GDPR právo získat osobní údaje, které se ho týkají – jež správci poskytl – ve strukturovaném, běžně používaném a strojově čitelném formátu. Toto právo je možné uplatnit v případě, kdy subjekt údajů poskytl své osobní údaje na základě souhlasu, nebo pokud je zpracování nezbytné za účelem plnění smlouvy; a zpracování se provádí automatizovaně. Zároveň má subjekt údajů právo na to, aby byly osobní údaje předány jedním správcem přímo správci druhému. Teoreticky může být zajištění plnění převedeno z jednoho zadavatele na jiného (např. v rámci ministerstev, jak bylo nastíněno výše v části pojednávající o NAKIT a SPCSS). Následně by pak mohly všechny subjekty údajů požádat původního správce o přenesení svých osobních údajů ve strukturovaném, běžně používaném a čitelném formátu ke správci novému (tak může být učiněno skrze původního správce za pomoci institutu zastoupení). Zpracovatel by pak měl mít povinnost, byla-li mezi ním a správcem uzavřena řádná smlouva dle čl. 28 GDPR, být správci nápomocen prostřednictvím vhodných technických a organizačních opatření ke splnění správcovy povinnosti reagovat na žádost o výkon práv subjektu údajů.

¹¹⁵ Čl. 10 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.

¹¹⁶ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 16. 11. 2017, č. j. UOOU-08211/17-13 nebo příkaz Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 17. 10. 2017, č. j. UOOU-09611/17-8.

¹¹⁷ Dle odst. 2 recitálu GDPR je cílem GDPR přispět k dotvoření prostoru svobody, bezpečnosti a práva a hospodářské unie, k hospodářskému a sociálnímu pokroku, k posílení a sblížení ekonomik v rámci vnitřního trhu a k dobrým životním podmínkám fyzických osob.

řejné moci a veřejné subjekty s pokutou pouze do výše 10 000 000 Kč,¹¹⁸ což může motivaci k uzavírání řádných smluv značně limitovat.

Zároveň je možné usuzovat, že by k ochraně osobních údajů přispělo, kdyby nový zákon o zpracování osobních údajů obsahoval ustanovení stanovující řešení situace, kdy řádná smlouva o zpracování osobních údajů dle čl. 28 GDPR není uzavřena, a to tak, že by zpracovatelům stanovoval povinnost osobní údaje správci na správcovu žádost (s nárokem na úhradu účelně vynaložených nákladů) předat, ideálně pak právě ve strukturovaném, běžně používaném a strojově čitelném formátu – analogicky k vyhovění žádosti subjektu údajů na jejich přenositelnost.

Úřad pro ochranu osobních údajů v minulosti uložil pokutu za ztrátu/nepořízení osobních údajů, konkrétně zdravotnické dokumentace.¹¹⁹ Teoretickou otázkou tak zůstává, zda Úřad pro ochranu osobních údajů v návaznosti na novou právní úpravu v budoucnu nepřikročí v některém z případů vendor lock-inu, např. u pořízeného informačního systému pro nemocnice, u kterého z právních a administrativních důvodů není dočasně dořešen pokračující provoz, k uložení opatření k nápravě,¹²⁰ které by zpracovateli např. ukládalo povinnost zpracování těchto dat. Takovéto zpracování by totiž mohlo být v zájmu subjektů údajů. Právě subjekty údajů právní úprava zpracování osobních údajů chrání především.¹²¹ Nutnost ochrany osobních údajů před jejich ztrátou je patrná právě ve zdravotnické dokumentaci obsahující zvláštní kategorie osobních údajů.¹²²

¹¹⁸ *Sněmovní tisk 138 (8. volební období), návrh zákona o zpracování osobních údajů* [online]. Úřad vlády České republiky [cit. 28. 3. 2018].

¹¹⁹ Příkaz Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 21. září 2016, č. j. UOOU-08449/16-3.

¹²⁰ V současné době účinný zákon č. 121/2000 Sb. ani *Sněmovní tisk 138 (8. volební období), návrh zákona o zpracování osobních údajů* [online]. Úřad vlády České republiky [cit. 28. 3. 2018] neposkytují výčet opatření k nápravě (dle terminologie návrhu zákona o zpracování osobních údajů *opatření k odstranění nedostatků*), které může Úřad pro ochranu osobních údajů uložit.

¹²¹ NULÍČEK, Michal; DONÁT, Josef; NONNEMANN František a kol. *Obecné nařízení o ochraně osobních údajů (GDPR): Praktický komentář*. In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer [cit. 22. 3. 2018].

¹²² Zvláštní kategorie osobních údajů je pojem užívaný GDPR. Tento pojem je ekvivalentním k pojmu citlivé osobní údaje užívaným v současné době účinným zákonem č. 101/2000 Sb.

Vedle migrace osobních údajů může zadavatel přistoupit i k migraci blíže nespecifikovaných dat. Tu může za určitých okolností, chce-li využít zákonné instituty, provést dle ustanovení zákona o kybernetické bezpečnosti. Zákon o kybernetické bezpečnosti byl novelizován zákonem č. 104/2017 Sb., účinným od 1. července 2017, a právě na základě této novely je možno nově přistoupit k mandatorní migraci. Zákon o kybernetické bezpečnosti totiž nyní umožňuje správci informačního systému kritické informační infrastruktury, komunikačního systému kritické informační infrastruktury nebo významného informačního systému pověřit provozem tohoto systému jiný orgán nebo osobu – provozovatele, pokud to jiný zákon nevyklučuje.¹²³

Provozovatel takto taxativně vymezených systémů má pak povinnost, s nárokem na úhradu účelně vynaložených nákladů,¹²⁴ správci na jeho vyžádání předat data, vč. provozních údajů a informací, která má k dispozici v souvislosti s provozováním tohoto systému a které jsou nezbytné pro případný další provoz tohoto systému nebo jeho jiné využití.¹²⁵ Provozovatel má dle zákona rovněž povinnost bezpečně zlikvidovat veškeré kopie těchto dat ve svém digitálním prostředí.¹²⁶ Povinnost migrovat data může být rovněž uložena, na návrh správce, rozhodnutím Úřadu pro kybernetickou a informační bezpečnost, hrozí-li kybernetický bezpečnostní incident.¹²⁷

Novela je reakcí na stav, kdy správce kvůli neshodám s provozovatelem informačního systému nemá přístup k datům nutným pro výkon své pravomoci.¹²⁸ Novela tak správcům přináší nový, zajisté potřebný nástroj, jak zajistit bezproblémový chod vybraných informačních systémů. Zároveň představuje řešení proprietárních uzamčení bránících dodavatelům vybrat lepšího dodavatele.¹²⁹ Je však třeba zdůraznit, že ani zákon o kybernetické bez-

¹²³ § 6a odst. 1 zákona č. 181/2014 Sb.

¹²⁴ § 6a odst. 4 zákona č. 181/2014 Sb.

¹²⁵ § 6a odst. 2 zákona č. 181/2014 Sb.

¹²⁶ § 6a odst. 3 zákona č. 181/2014 Sb.

¹²⁷ § 15a odst. 1 zákona č. 181/2014 Sb.

¹²⁸ Důvodová zpráva k zákonu č. 104/2017 Sb. In: Beck-online [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 22. 3. 2018].

¹²⁹ Tamtéž.

pečnosti neposkytuje nástroj pro řešení migrace dat ve vztahu ke všem informačním systémům, nýbrž jen k těm v zákoně vymezeným.

Stejná novela zároveň novelizuje i zákon o informačních systémech veřejné správy. Novelizovaný zákon pak ve svém § 9e ukládá provozovateli informačního systému veřejné správy povinnost bezodkladně na vyžádání správce informačního systému veřejné správy předat data a provozní údaje týkající se tohoto systému. Po ukončení provozování informačního systému je pak provozovateli rovněž dána povinnost předat data správci a zároveň vymazat kopie těchto dat a provozních údajů. Provozovatel má i zde nárok na úhradu účelně vynaložených nákladů spojených s migrací dat. Novelizovaný zákon o informačních systémech veřejné správy opět pozitivně přispívá k řešení přenosu dat. Jeho působnost je však z logických důvodů rovněž limitována a ani v tomto případě se tedy nejedná o univerzální řešení pro veškeré správce, ani pro veškeré veřejné zadavatele. Vzhledem k charakteru činností veřejných zadavatelů lze však předpokládat, že velká část jejich systémů bude vyhodnocena jako systémy veřejné správy,¹³⁰ a proto lze v současné době tento zákon považovat za pravděpodobně nejúčinnější zákonný nástroj pro řešení proprietárního uzamčení v oblasti správy dat veřejných zadavatelů.

8. VENDOR LOCK-IN Z DŮVODU VYSOKÝCH NÁKLADŮ NA ZMĚNU

Switching costs lock-in je uzamčením, jemuž by zadavatelé měli předcházet primárně. Je totiž jejich odpovědností, aby bylo zajištěno využívání veřejných prostředků v souladu s principem 3E. Hospodárnost, efektivnost a účelovost nakládání s veřejnými prostředky označuje Fričová dokonce jako ultimátní účel ZZVZ.¹³¹ Na druhou stranu lze často pozorovat zájem dodavatelů na vytvoření switching costs lock-inu, neboť jsou to právě dodava-

¹³⁰ Informační systém veřejné správy je definován v § 2 písm. b) zákona č. 365/2000 Sb.

¹³¹ FRIČOVÁ, Vítězslava. Shrnutí judikatury k problematice zadávání veřejných zakázek v oblasti IT v jednacím řízení bez uveřejnění. *Zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata - Informační list* [online]. 2017, č. 1, s. 34 [cit. 4. 1. 2018].

telé, komu toto uzamčení ekonomicky svědčí.¹³² Zároveň se jedná o jednu z nejnáročnějších forem proprietárního uzamčení ve smyslu možnosti jejího řešení ex post,¹³³ vzhledem k tomu, že vysoké náklady na změnu již samy o sobě většinou představují důsledek/řešení jiné závislosti zadavatele na dodavateli. Hledáme tak vlastně „řešení jiného řešení“. V oblasti ICT jsou náklady na změnu často obtížně vyčíslitelné, neboť jsou kromě pořizovacích nákladů představovány i náklady na přeškolení pracovníků, ušlým ziskem za dobu přechodu na novou technologii, ušlým ziskem způsobeným počítačným snížením produktivity zaměstnanců, znehodnocením původních investic – včetně těch souvisejících, a případnými dalšími skrytými náklady.

Obvyklým technologickým důvodem vzniku tohoto druhu uzamčení je inkompatibilita pořizovaného plnění s plněním, které by mělo být rozvíjeno / na něž by mělo být navázáno. Za právní důvod vzniku lze označit především nevhodně definovaný předmět veřejné zakázky a nedostatečně upravené obchodní podmínky. Typickým nedostatkem obchodních podmínek je nedostatečné vymínění práv ze strany zadavatele. Smlouva pak často neumožňuje zásah do stávajícího řešení ze strany veřejného zadavatele nebo zadavateli nedává právo konverze řešení (nebo v něm obsažených dat) na jiný, zadavatelem v době změny preferovaný, formát nebo standard. Vysoké náklady na změnu tak zabraňují skutečnému výběru a flexibilitě.¹³⁴

Switching costs lock-in se projevuje primárně v situaci, kdy se zadavatel rozhoduje, zda pořídí nové řešení, nebo zda bude rozvíjet řešení současné, a pokud se rozhodne pro rozvoj řešení současného, pak také o tom, kdo toto řešení bude rozvíjet – zda současný dodavatel, nebo někdo jiný.

Náklady na změnu jsou přirozeným jevem téměř u každého přechodu na nové řešení. Problém nastává, když tyto náklady začínají být neúměrně velké. Představme si řešení, které zadavatel v minulosti pořídil, a nyní potřebuje jeho další rozvoj – např. software a rozvoj jeho zdrojového kódu.

¹³² Srov. AMARSY, Nabila. Switching Costs: 6 Ways To Lock Customers Into Your Ecosystem. *Strategyzer.com* [online]. Strategyzer.com, publikováno 27. 7. 2015 [cit. 4. 1. 2018].

¹³³ Srov. SEROTER, op. cit.

¹³⁴ SHAH; KESAN; KENNIS, op. cit. s. 7.

Zadavatel sleduje 100% využití svých „výrobních“ zdrojů. Stávající software zadavateli umožňuje využití výrobních zdrojů na 70 %. Rozvoj softwaru je z důvodů práv duševního vlastnictví nebo např. jedinečného know-how nutného k úpravě zdrojového kódu možný pouze stávajícím dodavatelem a za využití JŘBU. Vedle rozvoje stávajícího řešení však zadavatel musí zvážit i možnost pořízení zcela nového software zrealizovaného tzv. na zelené louce, který by zadavatelským požadavkům opět vyhovoval na 100 %. Počáteční investice na pořízení nového software by ve většině případů byla pravděpodobně mnohonásobně vyšší než pouhý rozvoj stávajícího řešení. Rozhodovat se však pouze na základě počáteční investice by bylo krátkozraké, neboť je třeba zhodnotit i ostatní aspekty pro výběr té nejvhodnější možnosti, vč. potřeby rozvoje řešení v budoucnu, která pravděpodobně vystane, a u stávajícího řešení bude pravděpodobně proveditelná opět pouze stávajícím dodavatelem. Při zadávání zakázky na nový software může být potřeba dalšího rozvoje lépe ošetřena, takže rozvoj řešení bude zajištěn i v řádném soutěžním prostředí a může být i levnější. Zadavatel by tedy měl u rozvoje stávajícího řešení sledovat i) počáteční investici na rozvoj řešení, ii) cenu provozu software a iii) očekávané výdaje pro rozvoj softwaru v budoucnu. Tuto finanční zátěž by měl zadavatel následně porovnat se zátěží představovanou i) počáteční investicí na pořízení nového řešení, ii) cenou provozu softwaru, iii) očekávanými výdaji na rozvoj tohoto softwaru a iv) dalšími náklady na změnu spojenými s přechodem na nový systém.

Je třeba upozornit na možnost toho, že se zadávacího řízení na novou zakázku „na zelené louce“ zúčastní i dodavatel stávajícího řešení. Tento dodavatel však může mít u zadavatele implementovanou řadu funkcionalit. To mu v účasti v zadávacím řízení poskytuje značnou výhodu, neboť do své nabídkové ceny nemusí zahrnout náklady na implementaci (zahrne typicky licenční poplatky, cenu za podporu, rozvoj ad.). Existuje však riziko, že si daný dodavatel za implementaci zaplatit (třeba jen částečně) nechá, byť na ni ve skutečnosti nemusí mít žádné náklady. Tento dodavatel i přesto může se svou nabídkou uspět, neboť je jeho soutěžní výhoda značná. Zadavatel tak sice zajistí hospodářskou soutěž, ale vynaloží zbytečné náklady, které by nevynakládal, kdyby využil JŘBU.

Switching costs lock-in jakožto uzamčení, které z ekonomických důvodů odrazuje zadavatele od změny řešení, však sám o sobě není důvodem pro využití JŘBU. Jak bylo uvedeno v kapitole 6 *Jednací řízení bez uveřejnění v aplikační praxi*, ZZVZ poskytuje taxativní výčet podmínek, které umožňují k JŘBU přistoupit, přičemž vysoké náklady na změnu nelze samy o sobě považovat za dostatečné pro naplnění některé z podmínek. Vysoké náklady na změnu představují pouze prvotní indikátor toho, že by některá z podmínek daných § 63 odst. 3 ZZVZ mohla být naplněna.

Typickým příkladem proprietárního uzamčení je vztah vzniklý mezi zadavatelem Hlavní město Praha a dodavatelem HAGUESS, a.s. při uzavírání série smluv souvisejících s čipovými kartami Opencard. Zadavatel Hlavní město Praha se v tomto případě stal závislým na dodavateli z důvodu autorských práv, resp. nevýhodných licenčních smluv, které s dodavatelem uzavřel, což následně vyústilo i v uzamčení z důvodů vysokých nákladů na změnu. Zadavatel následně nesplnil podmínky pro využití JŘBU, neboť uzamčení svým aktivním jednáním sám vytvořil, když uzavřel smlouvu s nevýhodnými licenčními podmínkami. Zadavatel ale i přesto k JŘBU přistoupil a vybral tak v daném případě nelegální variantu řešení této situace.¹³⁵

K využití JŘBU zadavatele pravděpodobně vedlo především to, že z krátkodobého hlediska bylo zadání zakázky na rozvoj stávajícího řešení výhodnější, než pořízení celého nového řešení za zajištění výhodnějších licenčních smluv – v takovém případě by totiž zadavatel musel jednorázově nést celou výši nákladů na změnu.¹³⁶

¹³⁵ Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 – 95.

¹³⁶ „K tomu považuje Nejvyšší správní soud za vhodné dodat, že žalobce b) měl za situace, kdy se o zakázku ucházel jediný subjekt, přinejmenším dvě legální cesty. Mohl postupovat buď způsobem, který navrhl krajský soud, tedy zadávací řízení zrušit a vypsat je poté případně znovu s určitými modifikacemi tak, aby je otevřel širšímu okruhu potenciálních uchazečů. Nebo mohl postupovat tak, jak postupoval, tedy zadávací řízení nezrušit a přistoupit na licenční podmínky společnosti HAGUESS, a.s. Při zvolení této varianty si však musel být vědom omezení, které pro něj z takového postupu vyplývá, tedy následné nemožnosti zadat navazující zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, a podle toho dále jednat. Žalobce b) si zvolil třetí, nelegální variantu, v rámci níž přistoupil na omezující licenční podmínky jediného uchazeče a zároveň následně zakázky zadával v jednacím řízení bez uveřejnění tomuto jedinému uchazeči. Takový postup byl však v rozporu se zákonem, jak uzavřel soud výše.“ Tamtéž.

Dalším příkladem proprietárního uzamčení z českého právního prostředí je například vztah mezi Ministerstvem Financí a IBM Česká republika spol. s r.o. Od roku 1992 je IBM dodavatelem pro daňový informační systém ADIS. Od té doby na rozvoj a údržbu systému neproběhlo žádné otevřené řízení a vše je řešeno v rámci JŘBU, včetně implementace EET (pořizované Generálním finančním ředitelstvím) v roce 2016.¹³⁷ Vybudování nové infrastruktury pro daňový systém by s sebou opět přinášelo nutnost značné počáteční investice.

Pro předcházení uzamčení z důvodů nákladů na změnu je důležité především vhodně definovat předmět veřejné zakázky a to s ohledem na dobu, na kterou je tento předmět pořizován. Důsledné definování předmětu veřejné zakázky je důležitým předtransakčním opatřením. Jeho kvalitní určení však vyžaduje kromě právních a ekonomických znalostí právě i znalost oblasti ICT, což je v praxi problém, neboť veřejní zadavatelé v současné době často nedisponují týmem, který by tyto komplexní znalosti měl. Zvláště pak v oblasti ICT můžeme sledovat trend outsourcingu. Právě v tomto případě může být vhodné zapojení externího poradce i z oblasti ICT. Dle Cockcrofta je nejlepším způsobem pro předcházení switching costs lock-in efektu uvažovat jako vývojář.¹³⁸ Jsou to totiž právě vývojáři, pro koho jsou náklady na změnu obecně nejnižší. Vývojáři vyvíjí nová řešení dlouhodobě a pravidelně, a to většinou skrze menší – dílčí – úpravy stávajícího řešení. K potřebným úpravám navíc mají patřičné know-how, což značně snižuje čas strávený nad úpravou a zároveň ve většině případů i přispívá k vyšší kvalitě vyvíjeného řešení.

Základní právní možnosti předcházení proprietárnímu uzamčení byly diskutovány v kapitole 5 *Právní možnosti předcházení vendor lock-inu při přípravě zadávací dokumentace* a všechny tyto možnosti, nejlépe v jejich vzájemné kombinaci, lze použít rovněž jako nástroje pro předcházení tomuto

¹³⁷ DURAJ, Adam. *Vendor lock-in in IT procurement* [online]. Praha, 2017, s. 18 [cit. 25. 10. 2017]. Bakalářská práce. Karlova univerzita, Fakulta sociálních věd. Vedoucí práce Jiří SKUHROVEC.

¹³⁸ COCKCROFT, Adrian. Who Doesn't Like Lock-In? *Battery.com*. [online]. Battery Ventures, publikováno 20. 4. 2016 [cit. 24. 3. 2018].

konkrétnímu uzamčení, přičemž je třeba zdůraznit možnost používání open standardů, open-source softwaru a modulárního plánování.

Vedle důsledného stanovení předmětu veřejné zakázky je třeba věnovat značnou pozornost i určení podmínek kvalifikace, kritérií hodnocení a náležitých smluvních úpravě, jak je rovněž popsáno výše v tomto článku. Je to právě uzamčení z důvodu vysokých nákladů na změnu, které se dá značně redukovat za pomoci stanovení nákladů na životní cyklus, jakožto kritéria hodnocení, když budou zohledněny náklady na ukončení provozu původního řešení a přechod na řešení nové, a to alespoň ty nejvýznamnější – tedy např. následná konverze dat nebo redukce hardwaru na některý z běžně užitých standardů, nerozhodne-li se zadavatel pro zavedení tohoto standardu z nějakého důvodu (např. pro dodržení zásady nediskriminace) již při určování předmětu veřejné zakázky. Vhodným opatřením může být také zapojení interních ICT expertů nejen do předtransakční fáze pořizování daného řešení, ale i do jeho následného provozu, aby mohli získat patřičné know-how pro rozvoj daného systému, a tím přispět k redukci nákladů.

Dostane-li se zadavatel do proprietárního uzamčení z důvodů nákladů na změnu, měl by využít postupy k vyvázání se z takovéto závislosti. Ty vždy závisejí na konkrétních podmínkách a v návaznosti na nich pak mohou být z krátkodobého hlediska více, či méně nákladné; z dlouhodobého hlediska by však měly být obecně ekonomičtější. K těmto základním nástrojům patří technologické změny směrem ke standardizovaným nebo alespoň dostupnějším řešením, zahrnutí nových dodavatelů do parciálních projektů, insourcing a vedení dialogu se stávajícím dodavatelem.¹³⁹

9. ZÁVĚR

V první kapitole tohoto článku byly popsány formy uzamčení a důvody jejich vzniku. Jako důvody vzniku tohoto uzamčení byly identifikovány příčiny technologické, ekonomické, smíšené a právní. Za jediný zcela právní důvod vzniku vendor lock-inu byla shledána práva duševního vlastnictví. V oblasti veřejného zadávání byl jako nejvýznamnější lock-in určen vendor

¹³⁹ SKUHROVEC, op. cit., s. 19.

lock-in z důvodu vysokých nákladů na změnu, neboť přímo ovlivňuje rozpočty veřejných zadavatelů a je tak v rozporu s principem 3E.

V druhé kapitole byly popsány specifika oblasti ICT veřejných zakázek ve vztahu k vendor lock-inu. Jako tato specifika byla mimo jiné popsána: pořizování technologie s výhledem na několik let, její rychlý vývoj, vysoké znalostní nároky na veřejného zadavatele v mnoha různých odvětvích a v případě softwaru také nehmatatelnost výstupu.

Ve třetí kapitole byly popsány přímé a nepřímé projevy proprietárního uzamčení. Jakožto nepřímý projev lock-inu bylo určeno i in-house zadávání. Na tomto místě pak byl nalezen nedostatek v současné právní úpravě. Ta v režimu in-house znemožňuje přímé využití státního podniku ovládaného jedním ministerstvem jinou organizační složkou státu na stejné horizontální úrovni. To nekoresponduje s principem 3E. V návaznosti na toto zjištění byl v článku formulován návrh na odstranění daného nedostatku novelizací ZZVZ. V této části článku byly diskutovány také jevy spojené s tržní silou a technologickou dominancí. Dále bylo upozorněno na formální indikátory budování lock-inu. I tyto skutečnosti totiž mohou být projevem tvorby proprietárního uzamčení.

Čtvrtá kapitola tohoto článku byla věnována právním možnostem předcházení lock-inu. Jako zásadní bylo identifikováno kvalitní definování předmětu veřejné zakázky. Při definování předmětu veřejné zakázky je třeba zhodnotit především dobu, na kterou bude řešení pořizováno. Dále je třeba zajistit kompatibilitu jednotlivých řešení, např. za použití open source softwaru nebo open standardů. Jako zásadní nástroj předcházení lock-inu bylo rovněž popsáno i vymezení adekvátního spektra práv zadavatele k předmětu plnění. Jako další právní nástroje pro předejití proprietárnímu uzamčení byly určeny řádně nastavené podmínky kvalifikace a kritéria hodnocení. Dalším vhodným kritériem hodnocení v oblasti ICT bylo shledáno kritérium nákladů na životní cyklus.

Pátá kapitola je zaměřena na jednací řízení bez uveřejnění a podmínky jeho využití. Byl identifikován nekonzistentní přístup k zaviněné exkluzivitě ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, kdy je někdy přihlíženo k principu 3E, jindy je však plošně pokutováno využití JŘBU na zákla-

dě uzamčení plynoucího ze zadavatelem uzavřených licenčních podmínek. V návaznosti na toto zjištění byl formulován názor, že by každý případ měl být hodnocen s přihlédnutím k tomu, zda zadavatel skutečně postupoval s cílem uzamčení vytvořit, či nikoli. Zadavatelé by neměli být trestáni za každé uzavření licenčních podmínek, které se v budoucnu ukáže jako nevhodné. Právě takovýto přístup nutí zadavatele k vymezení zbytečně širokého (a většinou tedy i zbytečně nákladného) oprávnění by totiž ve svém důsledku přímo odporoval principu 3E.

V šesté kapitole je pozornost věnována uzamčení při migraci dat. Bylo upozorněno na povinné náležitosti smlouvy mezi správcem a zpracovatelem osobních údajů dle GDPR, které lze doporučit zařadit i do smluv o zpracování ostatních druhů dat. Právě kvalitně sestavená smlouva byla identifikována jako základní nástroj pro předejití uzamčení při migraci dat, neboť právní úprava mandatorní migrace není všeobíhající. V této části článku byla popsána i ona právní úprava mandatorní migrace dat dle nové zákonné úpravy. Tato úprava by mohla být inspirací i pro (adaptační) zákon o zpracování osobních údajů, který má být přijat v souvislosti s GDPR. Bylo tedy navrženo, aby mandatorní migrace byla upravena i v tomto zákoně. Zároveň byl vyjádřen názor, že by zákon o zpracování osobních údajů neměl snižovat pokuty stanovené GPDR, neboť je pravděpodobné, že snížení těchto pokut sníží i motivaci veřejných zadavatelů uzavírat s dodavateli řádné smlouvy o zpracování osobních údajů. Tyto smlouvy by přitom mohly snížit riziko uzamčení. Vedle toho byla nastíněna i teoretická možnost řešení vendor lock-inu za využití opatření k nápravě ze strany Úřadu pro ochranu osobních údajů.

Sedmá kapitola se věnovala uzamčení z důvodů vysokých nákladů na změnu. Byly popsány příčiny vzniku tohoto uzamčení, možnosti jeho předcházení i následného řešení (technologické změny směrem ke standardizovaným řešením, zahrnutí nových dodavatelů do parciálních projektů, insourcing a vedení dialogu se stávajícím dodavatelem). Dále byly uvedeny příklady tohoto lock-inu z českého právního prostředí, přičemž byl zvolen jak příklad exkluzivity zaviněné, tak nezaviněné. V této části článku byly rovněž popsány případy, kdy může důraz na hospodářskou soutěž, oproti

využití JŘBU, vyústit ve zbytečně vynaložené náklady ze strany veřejného zadavatele.

V článku byla skrze výše uvedené koncipována východiska pro snížení počtu proprietárního uzamčení. Celý článek byl navíc doplněn o teoretické příklady i případy z praxe.

10. POUŽITÉ ZDROJE

10.1 LITERATURA

- [1] AMARSY, Nabila. Switching Costs: 6 Ways To Lock Customers Into Your Ecosystem. *Strategyzer.com* [online]. Strategyzer.com, publikováno 27. 7. 2015 [cit. 4. 1. 2018]. Dostupné z: <http://blog.strategyzer.com/posts/2015/7/27/switching-costs-6-strategies-to-lock-customers-in-your-ecosystem>
- [2] ANDERSON, Birgitte. 'Intellectual Property Right' Or 'Intellectual Monopoly Privilege': Which One Should Patent Analysts Focus On? [online]. 2003, 32 s., [cit. 19. 9. 2017]. Dostupné z: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.547.3222&rep=rep1&type=pdf>
- [3] ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. Vol. 1, ed. 3. London: Thomson Reuters, 2014, 1449 s. ISBN 978-0-421-96690-1.
- [4] ASCHHOFF, Birgit; SOFKA, Wolfgang. Innovation on demand – Can public procurement drive market success of innovations? *Research Policy*. [Online]. 2009, vol. 8, issue 8, s. 1235-1247. [cit. 30. 11. 2017]. ISSN 0048-7333. Dostupné z: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048733309001292>
- [5] BENTO, Alberto, AGGARWAL, Anil. *Cloud Computing Service and Deployment Models*. Hershey: Business Science Reference, 2013, 368 s. ISBN 978-1-4666-2188-6.
- [6] BOROŠOVÁ, Hana, ŠEBESTA, Milan. Kvalifikace v otevřeném řízení dle návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek. *EPRAVO.CZ* [online]. EPRAVO.CZ, a.s., publikováno 11. 12. 2015 [cit. 20. 11. 2017]. ISSN 1213-189X. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/kvalifikace-v-otevrenem-izeni-dle-navrhu-zakona-o-zadavani-verejnych-zakazek-99669.html>
- [7] BOZHANOV, Bozhidar. Bulgaria Got a Law Requiring Open Source. *The Policy*. [online] Medium, publikováno 4. 6. 2016 [cit. 4. 1. 2018]. Dostupné z: <https://thepolicy.us/bulgaria-got-a-law-requiring-open-source-98bf626cf70a>
- [8] BRÁZDIL, Martin. Rizika smluv o cloudových službách. *PRÁVNÍ PROSTOR.CZ* [online]. ATLAS consulting spol. s r.o., publikováno 28. 3. 2016 [cit. 6. 1. 2018]. ISSN 2336-4114. Dostupné z: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/rizika-smluv-o-cloudovych-sluzbach>

- [9] CASTELLI, Annalisa. Technological lock-in and the shaping of environmental policy. In: CASTELLUCCI, Laura (ed.). *Government and the Environment: The Role of the Modern State in the Face of Global Challenges*. London and New York: 2014, Routledge, s. 132-151. ISBN 978-0-415-63354-3
- [10] COCKCROFT, Adrian. Who Doesn't Like Lock-In? *Battery.com*. [online]. Battery Ventures, publikováno 20. 4. 2016 [cit. 24. 3. 2018]. Dostupné z: <https://www.battery.com/powered/who-doesnt-like-lock-in/>
- [11] ČECH, Martin. Otázky zákonnosti postupu zadavatele při zadávání ICT veřejných zakázek v případě pořízení komplexního informačního systému v soutěži o návrh. *EPRAVO.CZ* [online]. EPRAVO.CZ, a.s., publikováno 4. 1. 2016 [cit. 4. 1. 2018]. ISSN 1213-189X. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/otazky-zakonnosti-postupu-zadavatele-pri-zadavani-ict-verejnych-zakazek-v-pripade-porizeni-komplexniho-informacniho-systemu-v-soutezi-o-navrh-99868.html>
- [12] DURAJ, Adam. *Vendor lock-in in IT procurement* [online]. Praha, 2017, 46 s. [cit. 25. 10. 2017]. Bakalářská práce. Karlova univerzita, Fakulta sociálních věd. Vedoucí práce Jiří SKUHROVEC. Dostupné z: <https://is.cuni.cz/webapps/zzp/download/130206665/?lang=cs>
- [13] DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách* [online]. Brno, 2013, 264 s. [cit. 19. 9. 2017]. Disertační práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z: https://is.muni.cz/th/16692/pravf_d/Smluvni_zavazkove_vztahy_ve_verejnych_zakazkach_130913_final.pdf
- [14] DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ Petr a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.
- [15] EBBESSON, Björn; OISSON, Thomas. *Managing divergences in IT infrastructure standardization* [online]. Göteborg, 2018, 48 s. [cit. 1. 11. 2017]. Master thesis in IT management. IT University of Göteborg, Chalmers University of Technology and University of Gothenburg. Dostupné z: https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/10453/1/gupea_2077_10453_1.pdf
- [16] FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effect. In: ARMSTRONG, M.; PORTER, R. (eds.). *Handbook of Industrial Organization*. [Online]. 2007, vol. 3, s. 1970-2071. [cit. 30. 11. 2017]. Dostupné z: http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer/Farrell_KlempererWP.pdf
- [17] FRANCOVÁ, Anna. *Kritéria hodnocení nabídek ve veřejných zakázkách*. PRÁVNÍ PROSTOR.CZ [online]. ATLAS consulting spol. s r.o., publikováno 9. 3. 2017 [cit. 7. 1. 2018]. ISSN 2336-4114. Dostupné z: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/spravni-pravo/kriteria-hodnoceni-nabidek-ve-verejnych-zakazkach>
- [18] FRIČOVÁ, Vítězlava. Shrnutí judikatury k problematice zadávání veřejných zakázek v oblasti IT v jednacím řízení bez uveřejnění. *Zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata - Informační list* [online]. 2017, č. 1, s. 34 [cit. 4. 1. 2018]. Dostupné z: http://www.uo-hs.cz/download/Informacni_listy/2017/2017_1_Zakazkove-pravo-a-oblasti-ICT.PDF

- [19] GHOSH, Rishab. An Economic Basis for Open Standards. In: DeNaris, Laura (ed.). *Opening Standards: The Global Politics of Interoperability*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2011, s. 75 – 97. ISBN 978-0-262-01602-5.
- [20] GLADER, Marcus. Open standards: Public Policy aspects and competition law requirements. *European Competition Journal* [Online]. 2010, vol. 6, no. 1, s. 611-648. [cit. 28. 11. 2017]. Dostupné z: <http://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jleo11&i=211>
- [21] HARSH, Piyush, DUDOUET, Florian, CASCELLA, Roberto a kol. *Using Open Standards for Interoperability - Issues, Solutions, and Challenges facing Cloud Computing* [online]. 2012, 6 s. [cit. 6. 11. 2017]. Dostupné z: <https://arxiv.org/pdf/1207.5949.pdf>
- [22] HERMAN, Pavel; FIDLER, Vlastimil; ADÁMKOVÁ, Markéta a kol. *Komentár k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016, s. 639 s. ISBN 978-80-7380-660-6.
- [23] HORKÝ, Michal. *Možnosti efektivního zadávání veřejných zakázek z hlediska právní regulace v České republice* [online]. Praha, 2017, 94 s. [cit. 21. 3. 2018]. Diplomová práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta. Vedoucí práce Radim BOHÁČ. Dostupné z: https://dspace.cuni.cz/bitstream/handle/20.500.11956/92323/DPTX_2015_2_11220_0_35375_1_0_177028.pdf?sequence=1
- [24] CHAN, Mike. 6 things you can do to avoid cloud vendor lock-in. *ThornTech.com* [online]. Thorn Technologies LLC, publikováno 18. 9. 2017 [cit. 6. 1. 2018]. Dostupné z: <https://www.thorntech.com/2017/09/avoidingcloudvendorlockin/>
- [25] CHÝLE, Josef. Jaké otázky si klást v IT veřejných zakázkách před zahájením migrace dat a problematika vendor lock-in. *Zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata - Informační list* [online]. 2017, č. 1, s. 19 - 25 [cit. 4. 1. 2018]. Dostupné z: http://www.uohs.cz/download/Informacni_listy/2017/2017_1_Zakazkove-pravo-a-oblasti-ICT.PDF
- [26] KMOCH, Ondřej. IT veřejné zakázky – co zvažovat při aplikaci postoupení oprávnění k výkonu majetkových práv autorských a dílčí zamyšlení na závěr. *EPRAVO.CZ* [online]. EPRAVO.CZ, a.s., publikováno 29. 1. 2016 [cit. 1. 11. 2017]. ISSN 1213-189X. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/it-verejne-zakazky-co-zvazovat-pri-aplikaci-postoupeni-opravneni-k-vykonu-majetkovych-prav-autorskych-a-dilci-zamysleni-na-zaver-99539.html>
- [27] LIEBOWITZ, Stan; MARGOLIS, Stephen. Path Dependence, Lock-In, and History. *Journal of Law, Economics and Organization* [Online]. 1995, vol. 11, no. 1, s. 205-226. [cit. 1. 10. 2017]. Dostupné z: <http://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jleo11&i=211>
- [28] LIEBOWITZ, Stan; MARGOLIS, Stephen: Network Externalities: An Uncommon Tragedy. *The New Palgrave's Dictionary of Economics and the Law* [online]. 1998, vol. 8, no. 2, s. 133–150 [cit. 30. 11. 2017]. Dostupné z: <http://www.jstor.org/stable/2138540>
- [29] MOON, Mariella. NYPD starts replacing cops' Windows Phones with iPhones. *Engadget.cz* [online]. Oath Tech Network Aol Tech., publikováno 6. 2. 2018 [cit. 6. 2. 2018]. Dostupné z: <https://www.engadget.com/2018/02/06/nypd-starts-replacing-cops-windows-phones-with-iphones/>

- [30] NEJEZCHLEB, Kamil; HAJNÁ, Zuzana. Stanovení tržní síly a její význam v soutěžním právu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. [Online]. 2013, č. 4, s. 515-524. [cit. 21. 3. 2018]. ISSN 1805-2789. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/5668>
- [31] NULÍČEK, Michal; DONÁT, Josef; NONNEMANN František a kol. *Obecné nařízení o ochraně osobních údajů (GDPR): Praktický komentář*. In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer [cit. 22. 3. 2018]. ISSN 2336-517X.
- [32] OPARA-MARTINS, Justice; SAHANDI, Reza; TIAN, Feng. Critical analysis of vendor lock-in and its impact on cloud computing migration: a business perspective. *Journal of Cloud Computing* [Online]. 2016 [cit. 4. 1. 2018]. Dostupné z: <https://doi.org/10.1186/s13677-016-0054-z>
- [33] PODEŠVA, Vilém; SOMMER, Lukáš; VOTRUBEC, Jiří a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer (ČR), 2017, 1079 s. ISBN 978-80-7552-102-6.
- [34] POLČÁK, Radim. Informace a data v právu. *Revue pro právo a technologie* [Online]. 2016, č. 13, s. 67-91. [cit. 8. 1. 2018]. ISSN 1805-2797. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/revue/article/view/4946>
- [35] POREMSKÁ, Michaela. ICT in Public Procurement Can Lead to Cybercrimes?. *Masaryk University Journal of Law and Technology* [Online]. 2014, vol. 4, no. 2, s. 157-171. [cit. 26. 10. 2017]. ISSN 1802-5951. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/2565/2129>
- [36] RAFAJ, Petr; FRIČOVÁ, Vítězslava. Vybrané instituty práva veřejných zakázek v judikatuře Soudního dvora EU a jejich úprava v nových zadávacích směrnících. *Bulletin advokacie*. 2015, č. 9, s. 39-44. ISSN 1210-6348.
- [37] SEROTER, Richard. Everything Is “Lock-In”: Focus on Switching Costs. *InfoQ.com* [online]. C4Media Inc., publikováno: 8. 6. 2016 [cit. 25. 10. 2017]. Dostupné z: <https://www.infoq.com/articles/avoiding-lockin-switching-costs>
- [38] SHAH, Rajiv; KESAN, Jay; KENNIS, Andrew. Lessons for Open Standard Policies: A Case Study of the Massachusetts Experience. *International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance, Illinois Public Law Research Paper No. 0713*. [online] University of Illinois, 2007, 12 s. [cit. 1. 10. 2017]. Dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1028133
- [39] SHARPE, Nicola; AREWA, Olufunmilayo. Is Apple Playing Fair? Navigating the iPod FairPlay DRM Controversy. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*. [online]. 2007, vol. 5 s. 332-350 [cit. 21. 10. 2017]. Dostupné z: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol5/iss2/5>
- [40] SCHMIDT, Martin. Pokuty za správné delikty ve veřejných zakázkách: ekonometrický model. *Acta Oeconomica Pragensia* [online]. 2014, vol. 6, s. 35–50 [cit. 30. 11. 2017]. Dostupné z: <https://doi.org/10.18267/j.aop.457>
- [41] SCHULTE, Benjamin Krischan. *Staying the Consumption Course: Exploring the Individual Lock-in Process in Service Relationships*. Berlin: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2015, 240 s. ISBN 9783658087876.

- [42] SJOERDSTRA, Bianca. *Dealing with Vendor Lock-in* [online]. Enschede, 2016, s. 14 [cit. 19. 9. 2017]. University of Twente, The Faculty of Behavioural, Management and Social sciences. Dostupné z: http://essay.utwente.nl/70153/1/Sjoerdstra_BA_BMS.pdf
- [43] SKUHROVEC, Jiří. *Vendor lock-in ve veřejných zakázkách* [online]. Publikováno 16. 6. 2013, 20 s. [cit. 19. 9. 2017]. Dostupné z: https://www.nku.cz/assets/konference-seminare/2013/konference-vz-2013/11_Skuhrovec_CAE.pdf
- [44] SOCHOR, Miloš. Právní aspekty ochrany osobních údajů v rámci cloudových služeb. *PRÁVNÍ PROSTOR.CZ* [online]. ATLAS consulting spol. s r.o., publikováno 27. 2. 2017 [cit. 10. 1. 2018]. ISSN 2336-4114. Dostupné z: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/obcanske-pravo/pravni-aspekty-ochrany-osobnich-udaju-v-ramci-cloudovych-sluzeb>
- [45] SUTOR, Robert. Software Standards, Openness, and Interoperability. In: DeNaris, Laura (ed.). *Opening Standards: The Global Politics of Interoperability*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2011, s. 209-218. ISBN 978-0-262-01602-5.
- [46] SVOBODA, Jan. *Veřejné zakázky v oblasti ICT a problém závislosti zadavatele na dodavateli*. Brno, 2018, 64 s. Diplomová práce. Masarykova Univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Radim POLČÁK.
- [47] ŠIMKOVÁ, Dana. *Přehled právní úpravy veřejného zadávání na úrovni EU a ve vybraných členských státech* [online]. 2014, s. 43, Studie č. 5.344 [cit. 19. 9. 2017]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky. Dostupné z: www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=97312
- [48] TER, Kah Leng. Path Dependence, Lock-in and Lock-out Agreements. *Singapore Academy of Law Journal* [Online]. 1992, vol. 4, s. 349-358. [cit. 26. 10. 2017]. ISSN 0218-2009. Dostupné z: <http://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/saclj4&i=361>
- [49] TRIDLA, Radek. *Potenciál a limity využití open source ve veřejné správě* [online]. Brno, 2012, 64 s. [cit. 1. 11. 2017]. Bakalářská práce. Masarykova univerzita, Ekonomicko-správní fakulta. Vedoucí práce David ŠPAČEK. Dostupné z: https://is.muni.cz/th/323191/esf_b/BP_Radek_Trlida.pdf
- [50] USURO, Abel. Research in Information Systems. In: ATKINSON, John; CROWE, Malcom (eds.). *Interdisciplinary Research: Diverse Approaches in Science, Technology, Health and Society*. Chichester: 2006, John Wiley & Sons Ltd, s. 75-100. ISBN-13: 978-1-86156-470-2.
- [51] VARIAN, Hal R.; FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. *The Economics of Information Technology: An Introduction*. New York: Cambridge University Press, 2004, 114 s. ISBN 9780521844154.
- [52] VÉVODA, Petr. Data obsažená v IT systémech, jejich vlastnictví a zakázkové právo. *Zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata - Informační list* [online]. 2017, č. 1, s. 15 - 18 [cit. 8. 1. 2018]. Dostupné z: http://www.uohs.cz/download/Informacni_listy/2017/2017_1_Zakazkove-pravo-a-oblasti-ICT.PDF

[53] WEST, Joel. The Economic Realities of Open Standards: Black, White and Many Shades of Gray. In: GREENSTEIN, Shane; STANGO, Victor (eds.). *Standards and Public Policy* [Online]. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, 38 s. [cit. 21. 3. 2018]. Dostupné z: <https://pdfs.semanticscholar.org/0a79/8fe04998710ab69957eb1dbabfd83fe91866.pdf>

10.2 ROZHODOVACÍ PRAXE SPRÁVNÍCH ORGÁNŮ A JUDIKATURA

[54] Příkaz Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 17. 10. 2017, č. j. UOOU-09611/17-8. Úřad pro ochranu osobních údajů [online]. Úřad pro ochranu osobních údajů, 2016 [cit. 28. 3. 2018]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/assets/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=28251

[55] Příkaz Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 21. září 2016, č. j. UOOU-08449/16-3. Úřad pro ochranu osobních údajů [online]. Úřad pro ochranu osobních údajů, 2016 [cit. 28. 3. 2018]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/assets/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=21411

[56] Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o rozkladu ze dne 2. 1. 2018, č. j. ÚOHS-R0192/2017/VZ-37799/2017/323/Lva. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[57] Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11. 10. 2017, č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-29605/2017/523/HVo. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[58] Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[59] Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13. 11. 2014, č. j. S751/2014/VZ-24208/2014/542/JVO. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[60] Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 10. 2009, č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ12164/2009/510/Hod. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[61] Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 4. 2011, č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[62] Rozhodnutí úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S140/2014/VZ-10908/2014/531/Olu/LFr. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[63] Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S604/2013/VZ-10977/2014/522/PLy. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

- [64] Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 6. 2017, č. j. ÚOHS-S0186/2017/VZ-19607/2017/553/MBU. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].
- [65] Rozhodnutí úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0277/2017/VZ-25377/2017/532/KSt. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].
- [66] Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 6. 2014, č. j. ÚOHS-S108/2009/VZ-12162/2014/521/VSt. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].
- [67] Rozhodnutí Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 16. 11. 2017, č. j. UOOU-08211/17-13. Úřad pro ochranu osobních údajů [online]. Úřad pro ochranu osobních údajů, © 2016 [cit. 28. 3. 2018]. Dostupné z: https://www.uouu.cz/assets/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=28250
- [68] Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010 - 332. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].
- [69] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 - 95. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].
- [70] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].
- [71] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].
- [72] Rozsudek soudního dvora ze dne 14. 9. 2004, věc C-385/02, Komise Evropských společenství proti Italské republice [online]. *InfoCuria - Judikatura Soudního dvora* [cit. 5. 3. 2018]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/ALL/uri=CELEX:62002CJ0385>
- [73] Rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 5. 11. 2002, č. j. 2 A 3/2002-75. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

10.3 PRÁVNÍ PŘEDPISY

10.3.1 ZÁKONY

- [74] Zákon č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].
- [75] Zákon č. 134/2016 Sb., zákon o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].
- [76] Zákon č. 137/2006 Sb., zákon o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].
- [77] Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[78] Zákon č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[79] Zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

10.3.2 PRÁVNÍ PŘEDPISY EU

[80] Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2016/679 ze dne 27. 4. 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[81] Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. 12. 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[82] Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[83] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

[84] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. 7. 2009 o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti a o změně směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 24. 3. 2018].

10.4 DALŠÍ ZDROJE

[85] *Cloud Data Management Interface (CDMI)* [online]. SIA [cit. 6. 1. 2018]. Dostupné z: <https://www.snia.org/cdmi>

[86] Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek. In: Beck-online [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 22. 3. 2018]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=oz5f6mrq-ge3f6mjtgrpwi6q#>

[87] Důvodová zpráva k zákonu č. 104/2017 Sb. In: Beck-online [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 22. 3. 2018]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=oz5f6mrqge3v6mjqrgrpw6q>

[88] Důvodová zpráva k zákonu č. 181/2014 Sb. o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů. In: Beck-online [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 22. 3. 2018]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=oz5f6mrqge2f6mjygfwpwi6q#>

- [89] *GORDIC Partner Program* [online]. GORDIC spol. s.r.o. [cit. 26. 3. 2018]. Dostupné z: <https://www.gordic.cz/profil-spolecnosti/gordic-partner-program/>
- [90] Metodický pokyn CHJ č. 3. - Metodika veřejného nakupování: Naplňování principu 3E v praxi veřejného zadávání [online]. Publikováno 7. 7. 2016 [cit. 6. 11. 2017]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/assets/cs/media/Metodika_2016_Metodicky-pokyn-CHJ-c-3.pdf
- [91] *Nevýhodná ujednání ve smlouvách na dodávku ICT produktů* [online]. Odbor Hlavního architekta eGovernmentu Ministerstva vnitra, 2017, 3 s. [cit. 25. 12. 2018]. Dostupné z: <https://1url.cz/LMHgk>
- [92] *O-DEF* [online]. The Open Group [cit. 6. 1. 2018]. Dostupné z: <http://www.opengroup.org/subjectareas/platform3.0/o-def>
- [93] Oznámení o zadání zakázky [online]. Věstník veřejných zakázek, uveřejněno 2. 3. 2016, ev. č. zakázky 516680 [cit. 22. 3. 2018]. Dostupné z: <https://old.vestnikverejnychzakazek.cz/en/Form/Display/647460>
- [94] *Pre-Commercial Procurement* [online]. European Commission [cit. 26. 3. 2018]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/pre-commercial-procurement>
- [95] Sněmovní tisk 138 (8. volební období), návrh zákona o zpracování osobních údajů [online]. Úřad vlády České republiky [cit. 28. 3. 2018]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNAQCDZPW5>
- [96] *Study on best practices for ICT procurement based on standards in order to promote efficiency and reduce lock-in* [online]. 2015, 22 s. [cit. 1. 10. 2017]. Dostupné z: https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/inline-files/Task_4_Survey_results_analysis.pdf
- [97] Opinion 05/2012. Article 29 Data Protection Working Party [online]. Přijato 1. 7. 2012, 27 s. [cit. 26. 12. 2018]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp196_en.pdf

Toto dílo lze užít v souladu s licenčními podmínkami Creative Commons BY-SA 4.0 International (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>).

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

The Review of Law and Technology is a peer-reviewed scientific journal for technological areas of law and jurisprudence.

Since 1st January 2015 the journal is listed in the List of non-impact peer-reviewed journals published in the Czech Republic and since 24th June 2015 in ERIH PLUS database.

Contributions submitted for the Topic and Discussion sections are anonymously peer-reviewed by at least two independent reviewers and the final decision on publication is in the sole discretion of the editorial board. Review process takes approximately one month. The submissions are not subject to language proofreading.

Contributions shall be submitted through our web-based system available at www.revue.law.muni.cz.

RECOMMENDED EXTENT OF THE CONTRIBUTIONS:

Topic section: 30 – 80 standard pages

Discussion section: 5 – 30 standard pages

Case annotation: 2 – 10 standard pages

Book review: 1 – 5 standard pages

(including spaces, footnotes and bibliography)

CITATIONS FORMAT

Citations shall be in accordance with the ISO 690:2011 citation standard.

Referencing examples are available in interpretations of the aforementioned citation standard (e. g. at www.ezdroje.muni.cz/prehled/zdroj.php?lang=en&id=441).

Individual sources are referenced in the text by upper index. The actual citation of the source is then contained in a footnote.

DEADLINES FOR CONTRIBUTIONS SUBMISSIONS

For the summer issue: 31st March

For the winter issue: 30th September

The Review of Law and Technology is a gold open access journal.

The journal and contributions are available on the journal website at www.journals.muni.cz/revue under the terms of public license Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International (Available at: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>).

Contributions are included into respective electronic legal information systems operated by Wolters Kluwer ČR, a. s. (ASPI), Nakladatelství C. H. BECK, s. r. o. (beck-online.cz) and ATLAS consulting spol. s r. o. (CODEXIS).

Detailed information about the publication process, structure and format of the contributions, the review process and copyright are available in the “For the authors” section at www.revue.law.muni.cz. Further information is available upon request addressed to editorial staff (contact e-mail revue@law.muni.cz).

REVIEW OF LAW AND TECHNOLOGY

VOLUME 10 | YEAR 2019 | NUMBER 19

DISCUSSION

John A. Gealfow, Christian May: The Personal Data Anonymization in Court Decisions	3
Katarína Kesselová: Cross-border Access to Electronic Evidence in Criminal Matters. European Cloud Act Hanging in the Air?	41
Štěpán Richter: Legal issues of loot boxes	69

ANNOTATION

D. Galajdová, F. Kasl, I. Kudláčková, P. Loutocký, J. Míšek, T. Novotná, J. Svoboda, J. Zibner, V. Žolnerčíková: Overview of the current case law I/2019	87
---	----

BOOK REVIEW

Tereza Novotná: Ashley, Kevin D. Artificial Intelligence and Legal Analytics	125
---	-----

TOPIC

Jan Svoboda: Vendor Lock-in Problem in the ICT Public Procurement	135
--	-----

Review of Law and Technology

Peer-reviewed scientific journal for technological areas of law and jurisprudence, listed in the List of non-impact peer-reviewed journals published in the Czech Republic and ERIH PLUS database.

Only the contributions submitted for the Discussion and Topic sections are peer-reviewed.

Published bi-annually. This issue was published on 30th June 2019.

ISSN 1804-5383 (Print), ISSN 1805-2797 (Online), Ev. nr. MK ČR E 19707

Published by: Masaryk University, Žerotínovo nám. 9, 601 77 Brno, Czech Republic, ID-Nr. 00216224

Editor-in-chief and contact person: JUDr. Matěj Myška, Ph.D., Institute of Law and Technology, Faculty of Law, Masaryk University, Veveří 70, 611 80 Brno, Czech Republic, tel: +420 549494751, fax: +420 541210604, e-mail: revue@law.muni.cz | www.revue.law.muni.cz

Deputy editor-in-chief: Ing. Mgr. František Kasl

Editorial Staff: JUDr. Jakub Harašta, Ph.D., Mgr. MgA Jakub Míšek

Editorial Secretary: Anna Blechová

Editors: Anna Štefanidesová, Anna Blechová

Editorial Board: doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D. (honorary chairman), JUDr. Zuzana Adamová, Ph.D., prof. JUDr. Michael Bogdan, B.A., LL.M., jur. dr. (Lund), JUDr. Marie Brejchová, LL.M., JUDr. Jiří Čermák, doc. JUDr. Bc. Tomáš Gřivna, Ph.D., doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D., JUDr. Bc. Zdeněk Kučera, Ph.D., Mgr. Ing. Zbyněk Loeb, LL.M., JUDr. Ján Matejka, Ph.D., prof. RNDr. Václav Matyáš, M.Sc., Ph.D., JUDr. Matěj Myška, Ph.D., Mgr. Antonín Panák, LL.M., Mgr. Bc. Adam Ptašník, Ph.D., JUDr. Danuše Spáčilová, JUDr. Eduard Szattler, Ph.D., JUDr. Tomáš Ščerba, Ph.D.

Layout: Mgr. Martin Loučka, JUDr. Matěj Myška, Ph.D.

Print: POINT CZ, s.r.o., Milady Horákové 20, 602 00 Brno

The publication of this issue of the Review of Law and Technology was funded by the project „Právo a technologie VII“, MUNI/A/1006/2018.

Journal © Masaryk University, 2019

LL.M. v právu informačních a komunikačních technologií

Moderní odborné vzdělávání, atraktivní zaměření

Mezinárodně uznávaný program LL.M. v právu informačních a komunikačních technologií je úzce zaměřené dvouleté postgraduální studium určené pro zájemce o právní aspekty informačních a komunikačních technologií. Cílovou skupinou programu jsou praktikující právníci všech právních profesí se zájmem o informační a komunikační technologie. Díky volitelnému propedeutickému modulu je program určen též zájemcům bez právnického vzdělání - IT specialistům, manažerům v oboru ICT, bezpečnostním expertům, vedoucím pracovníkům veřejné správy aj.

Elitní pracoviště a odborníci s mezinárodním renomé – předpoklad kvalitního vzdělávání

Program LL.M. je odborně zajišťován a garantován **Právnickou fakultou Masarykovy univerzity** a za jeho realizaci odpovídá **Ústav práva a technologií**. Tento ústav byl na Právnické fakultě zřízen v roce 2010 jako první odborné pracoviště v České republice zaměřené na výzkum a výuku v oblastech právní úpravy pokročilých technologií. Během své existence si ústav vybudoval v oboru práva informačních a komunikačních technologií mezinárodní renomé a stal celoevropsky uznávanou institucí. Vedle vědecké a pedagogické činnosti ústav úzce spolupracuje s českými a evropskými justičními orgány, bezpečnostními sbory, státními orgány, špičkovými advokátními kancelářemi a poradenskými společnostmi.

Obsah a zaměření programu – moderní informační a komunikační technologie a jejich právní aspekty, úzká specializace

Právo informačních a komunikačních technologií se dotýká řady oblastí soukromého a veřejného práva. Neopomenutelný je též jeho evropský a mezinárodní rozměr. Moduly studijního programu jsou zaměřeny tak, aby reflektovaly aktuální praktické problémy právní regulace vývoje a použití pokročilých informačních a komunikačních technologií. Cílem programu je předat maximum znalostí a praktických dovedností z tohoto vysoce specializovaného oboru.

Personální zabezpečení

Odborným garantem programu je **Radim Polčák**, vedoucí Ústavu práva a technologií. Výuku v programu zajišťují členové Ústavu práva a technologií a zástupci dalších odborných pracovišť Právnické fakulty a Fakulty informatiky Masarykovy univerzity. Na výuce se ve značné míře podílejí též špičkoví odborníci z právní praxe. Mezi lektory programu jsou: **Josef Donát** (ROWAN LEGAL), **Tomáš Gřivna** (PrF UK), **Stanislav Kadečka** (PrF MU), **Petr Klement** (NSZ), **František Korbel** (Havel & Holásek), **Vašek Matyáš** (FI MU), **Michal Petr** (UPOL), **František Púry** (NS), **Michal Ryška** (KS Brno) a další (úplný seznam vyučujících na www.llm.law.muni.cz).

Cena

Cena za semestr je stanovena následovně:

- pro absolventy právnických fakult: 37 500 Kč (bez DPH)
- pro ostatní zájemce: 40 500 Kč (bez DPH) – cena zahrnuje odborný kurs propedeutického základu pro neprávnický

Povinné moduly

Akademické psaní a právní kontext
Normativní systémy v kyberprostoru
Soukromé právo ICT
Veřejné právo ICT
Ochrana soukromí a osobních údajů
Duševní vlastnictví on-line
Elektronické důkazy
Softwarové právo
Kyberkriminalita
Právo e-commerce
Informační technologie v právní praxi

Volitelné moduly

Kryptografie a bezpečnostní technika
Právo kybernetické bezpečnosti
On-line řešení sporů
eGovernment a eJustice
Evropské a mezinárodní právní informační systémy

Další informace

Podrobné informace o programu naleznete na www.llm.law.muni.cz, případně je poskytne **Bc. Jana Würzlerová** (Jana.Wurzlerova@law.muni.cz)

Diskuze

John A. Gealfow, Christian May: **Anonymizace osobních údajů v soudních rozhodnutích**

Katarína Kesselová: **Cezhraničný prístup k elektronickým dokazom v trestných veciach. Visí vo vzduchu evrópsky Cloud Act?**

Štěpán Richter: **Právní problematika loot boxů**

Anotace

D. Galajdová, F. Kasl, I. Kudláčková, P. Loutocký, J. Míšek, T. Novotná, J. Svoboda, J. Zibner, V. Žolnerčíková: **Přehled aktuální judikatury I/2019**

Recenze

Tereza Novotná: **Ashley, Kevin D. Artificial Intelligence and Legal Analytics**

Téma

Jan Svoboda: **Veřejné zakázky v oblasti ICT a problém závislosti zadavatele**

