

5

REVUE PRO PRÁVO A TECHNOLOGIE

Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity



Diskuze

Alžběta Krausová – **Evropská reforma ochrany osobních údajů**
Matěj Myška – **Vybrané aspekty licenční smlouvy v novém občanském zákoníku**
David C. Hájiček – **Svoboda “v síti”**

Anotace

Tereza Kyselovská – **Případ Wintersteiger**
Miloslav Hrdlička – **Okamžik doručení do datové schránky soudu, skutečnosti známé soudu z jeho činnosti**
Jaromír Šavelka – **Analýza rozhodnutí SDEU ve věci SAS Institute**

Téma

Tomáš Ščerba – **Právně teoretické aspekty elektronické kontraktace**
Iveta Sedláčková – **Kompatibilita svobodných licencí**



MASARYKOVA UNIVERZITA PRÁVNICKÁ FAKULTA ÚSTAV PRÁVA A TECHNOLOGIÍ

si Vás dovoluje pozvat na IV. českou konferenci věnovanou právu
informačních a komunikačních technologií a právní informatice

ČESKÉ PRÁVO A INFORMAČNÍ TECHNOLOGIE

Abstrakty Vašich příspěvků do workshopu

- Informační systémy pro práci s judikaturou
- Aktuální trendy české právní informatiky
- eFinance - mimosoudní řešení sporů z elektronických finančních služeb
- Veřejné licence v českém právu

lze odevzdávat prostřednictvím konferenčního webu do 1. 9. 2012. Plné texty příspěvků, které je třeba nahrát do systému přihlášek na konferenčním webu do 31. 10. 2012, budou po posouzení v anonymním recenzním řízení publikovány v časopise Revue pro právo a technologie. Pokyny ke zpracování příspěvků, jakož i detailní informace o konferenci, jsou dostupné na konferenčním webu. Registrace na konferenci je otevřena do 10. 9. 2012 včetně.

Datum a čas konání: 20. – 21. září 2012
Místo konání: Právnická fakulta MU, Veveří 70, Brno
Konferenční poplatek: 980,- Kč
Konferenční web: www.cpit.law.muni.cz

Hlavní partner: Partneri:



Revue pro právo a technologie

Revue pro právo a technologie

odborný recenzovaný časopis pro technologické obory práva a právní vědy

Vychází dvakrát ročně
ISSN 1804-5383 (Print)
ISSN 1805-2797 (Online)
Ev. č. MK ČR E 19707
Páté číslo vyšlo 30. června 2012.

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

Šéfredaktor
JUDr. Radim Polčák, Ph.D.

Zástupce šéfredaktora a kontaktní osoba
Mgr. Matěj Myška
Ústav práva a technologií Právnické fakulty MU
Veveří 70
611 80 Brno, ČR
tel: +420 549 494 751
fax: +420 541 210 604
e-mail: revue@law.muni.cz

Redakce
Mgr. Michal Koščík, Ph.D.
Mgr. Václav Štupka
Mgr. Jaromír Šavelka

Redakční rada
JUDr. Zuzana Adamová, Ph.D.
prof. JUDr. Michael Bogdan
JUDr. Marie Brejchová, LL.M.
JUDr. Jiří Čermák
JUDr. Bc. Tomáš Gřivna, Ph.D.
doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.
Mgr. Zbyněk Loeb, LL.M.
JUDr. Ján Matejka, Ph.D.
prof. RNDr. Václav Matyáš, M.Sc., Ph.D.
Mgr. Antonín Panák
JUDr. Radim Polčák, Ph.D.
Mgr. Bc. Adam Ptašík, Ph.D.
JUDr. Danuše Spáčilová
JUDr. Eduard Szattler, Ph.D.

Grafická úprava
Mgr. Matěj Myška
Bc. Petr Šavelka

Tisk
Tribun EU s.r.o., Cejl 892/23, 602 00 Brno

Vydání časopisu Revue pro právo a technologie bylo financováno z projektu „Právo a informační a komunikační technologie“ MUNI/A/0923/2011.

© Masarykova univerzita, 2012



Diskuze

Evropská reforma ochrany osobních údajů	3
Vybrané aspekty licenční smlouvy v novém občanském zákoníku	9
Svoboda “v síti”	12
Přehled aktuální judikatury	17

Anotace

Případ Wintersteiger	19
Okamžik doručení do datové schránky soudu, skutečnosti známé soudu z jeho činnosti	21
Skryto spoplatňující webstránky	23
Posudzovanie právomoci slovenského súdu v prípade dištančného e-deliktu	24
Identifikace uživatelů a data retention	26
Analýza rozhodnutí SDEU ve věci SAS Institute	27

Recenze

Christian van 't Hof, Rinie van Est, Floortje Daemen: Check In / Check Out. The Public Space as an Internet of Things	31
D. J. B. Svantesson: Private International Law and the Internet.	32
Paul Nihoul, Peter Rodford: EU electronic communications law	32
Pavel Mates, Eva Janečková, Václav Bartík: Ochrana osobních údajů	33

Téma

Právně teoretické aspekty elektronické kontraktace	36
Kompatibilita svobodných licencí	122

Pokyny pro autory

Revue pro právo a technologie je recenzovaný vědecký časopis. Rukopisy jsou anonymně posuzovány nezávislými recenzenty a konečné rozhodnutí o publikaci je v kompetenci redakční rady. Bližší informace podá na požádání redakce na e-mailu revue@law.muni.cz.

Příspěvky do Revue pro právo a technologie zasílejte na adresu revue@law.muni.cz v běžných textových formátech (.doc, .docx, .rtf, .odt). Jiný formát prosím konzultujte s redakcí na výše uvedené e-mailové adrese. V příspěvku by mělo být použito max. dvou formátů nadpisů.

Struktura příspěvku do sekce NOVINKY

název, autor, text.

Doporučený rozsah příspěvku: 1–4 normostrany.

Struktura příspěvku do sekce DISKUZE

název, jméno autora, informace o autorovi (profesní působení autora), stručný abstrakt v češtině a angličtině (1 odstavce), klíčová slova v češtině a angličtině, text.

Doporučený rozsah příspěvku: 5–20 normostran.

Struktura příspěvku do sekce TÉMA

název příspěvku, jméno autora, informace o autorovi (profesní působení autora), fotografie autora, stručný profesní životopis autora v rozsahu jednoho odstavce, abstrakt v češtině a angličtině, klíčová slova v češtině a angličtině, obsah příspěvku (seznam podkapitol), text, seznam použitých pramenů.

Doporučený rozsah příspěvku: 30–80 normostran.

Struktura RECENZE publikace

název publikace, jméno autora, název vydavatele, rok vydání, jméno recenzenta.

Doporučený rozsah recenze: 1–5 normostran.

Struktura ANOTACE judikatury

označení soudu, datum vydání, číslo jednací, dostupnost (např. vydáno ve Sbírce, na stránkách soudu, publikováno apod.), právní věta, text anotace, event. komentované vybrané pasáže z rozhodnutí, jméno autora anotace.

Doporučený rozsah anotace: 2–10 normostran

Formát citací

Citace se řídí primárně Směrnicí děkana PrF MU č. 4/2009

(dostupná z adresy <http://is.muni.cz/do/law/ud/predp/smer/S-4-2009.pdf>), podpůrně pak normou

ČSN ISO 690, 3. vydání publikované v březnu 2011. Na jednotlivé prameny se odkazuje v textu číslem poznámky psané horním indexem. Samotná citace pramene se uvádí v poznámce pod čarou.

Struktura citace

PRIMÁRNÍ AUTORSKÉ ÚDAJE. *Název* : podnázev informačního pramene. Sekundární autorské údaje. Vydání.

Místo vydání : Nakladatelství, rok. Fyzický popis.

Příklad citace knižního díla (s uvedením konkrétní strany)

NOVÁK, K. *Firemní právo*. 2. vyd. Brno : Nakladatelství ARON, 2009. S. 376.

Příklad citace článku v časopise

NOVOTNÝ, J. Akceptace směny. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2001, roč. 9, č. 4, s. 385–389. ISSN 1210-9126.

Příklad citace článku ve sborníku

OVESNÝ, Pavel. Finanční správa - součást realizace finančního práva. In *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno : Masarykova univerzita, 2008, s. 227-234. ISBN 978-80-210-4733-4.

Příklad citace internetového zdroje (publikace v tzv. online pokračujícím zdroji)

HORÁK, Richard. Kolizní otázky internetových právních vztahů. *Elportál* [online]. Brno : Masarykova univerzita.

Vydáno 24. března 2009 [cit. 2009-05-04].

Dostupné z: <http://is.muni.cz/elportal/id=825697>. ISSN 1802-128X.

Příklad citace článku z online zdroje na webu

Social software. *Wikipedia* [online]. Last modified 28 January 2007 [cit. 2007-02-04].

Dostupné z: http://en.wikipedia.org/wiki/Social_software.

Termíny pro dodání příspěvků

do letního čísla: 30. 4.

do zimního čísla: 30. 10.

Autor zasláním příspěvku uděluje souhlas k užití svého příspěvku v elektronických databázích společnosti Wolters Kluwer ČR, a. s.; Nakladatelství C.H. BECK, s. r. o. a ATLAS consulting spol. s r.o., potažmo v jimi provozovaných právních informačních systémech ASPI, Beck-online a CODEXIS. Časopis je též volně dostupný na webových stránkách Právnické fakulty Masarykovy univerzity www.law.muni.cz.

Evropská reforma ochrany osobních údajů

Alžběta Krausová¹

Abstrakt:

Cílem tohoto článku je v základních bodech představit a stručně zhodnotit návrh nového nařízení Evropské komise o obecné ochraně údajů. Toto nařízení představuje zásadní změnu celého právního rámce a výrazně ovlivní národní legislativu členských států. Jednotlivé kapitoly objasní důvody navrhované reformy, nová práva subjektů údajů, katalog povinností správců, nový institut inspektora ochrany údajů a nakonec povinnosti členských států a organizační strukturu v rámci Evropské unie.

Abstract:

The aim of this article is to introduce the main points of the European Commission's proposal of General Data Protection Regulation and to briefly evaluate this proposal. The Regulation represents a fundamental revision of the whole legal framework and shall significantly influence national legislation of Member States. Individual chapters will clarify the rationale of the proposed reform, new rights of the data subjects, a catalogue of controllers obligations, a new institute of the data protection officer and finally duties of the Member States and organizational structure in the European Union.

Klíčová slova:

osobní údaje, soukromí, nařízení o obecné ochraně údajů, inspektor ochrany údajů

Keywords:

personal data, privacy, General Data Protection Regulation, data protection officer

1. Úvod

Dne 25. ledna 2012 vydala Evropská komise očekávaný návrh nového nařízení o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (Nařízení o obecné ochraně údajů),²

1 Mgr. Alžběta Krausová vystudovala Právnickou fakultu Masarykovy univerzity (2007). Během studia pracovala v advokátní kanceláři JUDr. Klára Veselá-Samková (2005-2007). Po jeho skončení byla zaměstnána jako vědeckovýzkumný pracovník pro Interdisciplinární centrum pro právo a technologie Katolické univerzity v Leuvenu v Belgii (2007-2008), kde se podílela na projektu SERENITY (System Engineering for Security and Dependability). Od září 2009 je doktorkou studentkou na PrF MU. Od září 2010 pracuje jako externí lektorka pro Fakultu Informatiky ČVUT. Od ledna 2012 studuje patentové právo v Haifě v Izraeli. Do oblasti jejich zájmů patří nové technologie, inteligentní prostředí, implantáty, ochrana soukromí, elektronický obchod. Kontaktní e-mail: betty.krausova@seznam.cz.

2 *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)* [online]. Brussels: European Commission, vydáno 25. 1. 2012 [cit. 2012-04-24]. Dostupné z: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:EN:PDF>> Dále jen návrh nařízení nebo jen nařízení.

který reaguje zejména na technologický vývoj v oblasti elektronického zpracovávání osobních údajů.

Cílem tohoto článku je v základních bodech představit a stručně zhodnotit návrh uvedeného nařízení. Pozornost je nejprve věnována důvodům reformy a obecné změně právního rámce. Následuje kapitola týkající se nových významných práv subjektů údajů. V další kapitole jsou pak detailněji popsány jednotlivé povinnosti správců v tematických souvislostech. Poté je objasněn nově zavedený institut inspektora ochrany údajů, přičemž je poukázáno na určité nedostatky stávajícího návrhu. Předposlední kapitola se věnuje předpokládaným aktivitám na úrovni Evropské unie. V závěru je návrh nařízení zhodnocen v celku.

2. Stávající právní úprava a důvody reformy

Oblast ochrany osobních údajů, kterou lze v podstatě považovat za specifikaci práva na soukromí zakotveného v čl. 8 Listiny základních práv EU, je v rámci Evropské unie regulována pomocí několika směrnic. Zejména se jedná o obecnou Směrnicí 95/46/ES o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů, doplněnou Směrnicí 2002/58/ES o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích) a Směrnicí 2006/24/ES o uchovávání údajů vytvářených nebo zpracovávaných v souvislosti s poskytováním veřejně dostupných služeb elektronických komunikací nebo veřejných komunikačních sítí a o změně směrnice 2002/58/ES.

V souladu s opatřeními zakotvenými ve směrnici na ochranu osobních údajů hodnotí Evropská komise průběžně účinnost tohoto instrumentu. Na základě těchto hodnocení, posouzení vlivů směrnice a konzultací se zainteresovanými subjekty dospěla Evropská komise k závěru, že je nutno vytvořit „komplexnější a ucelenější politiku ve vztahu k základnímu právu na ochranu osobních údajů.“³

Hlavní rizika současné právní úpravy spatřuje Komise zejména v tom, že je tato úprava implementována v jednotlivých členských státech rozdílně, což vede u spotřebitelů a veřejnosti k právní nejistotě, celkové nedůvěře k aktivitám v online prostředí a obavě z rizik spojených se sdílením osobních údajů.⁴ Zpracovávání a sdílení osobních údajů je přitom pro současnou ekonomiku nezbytným předpokladem pro uskutečňování obchodních transakcí nejrůznějšího charakteru. Objem zpracovávaných dat tak i přes obavy jednotlivců stále narůstá, ovšem předpokládá se, že pochyby o účinné ochraně soukromí částečně brzdí potenciál obchodování online. Účelem nového nařízení je tedy vytvořit takové právní prostředí, které by zajišťovalo maximální právní jistotu jednotlivcům využívajícím elektronických služeb.

Nový právní rámec by měl zejména posílit důvěru jednotlivců v online prostředí. Důvodová zpráva k návrhu nařízení výslovně poukazuje na fakt, že „[n]

3 Důvodová zpráva předcházející návrhu nařízení, s. 2: „a more comprehensive and coherent policy on the fundamental right to personal data protection.“

4 Důvodová zpráva předcházející návrhu nařízení, s. 2.

edostatek důvěry způsobuje váhavost spotřebitelů při nákupu online a využívání nových služeb. Tímto se riskuje zpomalení rozvoje inovativních využití nových technologií.⁵ Podobný názor formuloval již v roce 2000 člen Evropské komise Erki Liikanen, který v rámci své slavné přednášky o budoucnosti elektronického obchodování řekl, že „bez důvěry nedochází k obchodním transakcím.“⁶

Budování důvěry je tedy klíčovým faktorem pro rozvoj nové ekonomiky a nové nařízení má poskytnout jednotlivcům takové záruky, aby jednotlivci nabyli jistotu v efektivní vynucení legálních způsobů zpracování údajů pomocí maximální průhlednosti a kontrolovatelnosti správců. K tomuto účelu by mělo sloužit i zavedení jednotných pravidel v rámci celé unie, které předejde nejistotě samotných správců.

Současná právní úprava spočívá na směrnici, což je právní instrument, který dává členským státům možnost implementovat jej v rámci vymezených hranic a přizpůsobit jej tak do určité míry národní legislativě a zavedeným pravidlům. Regulace ochrany osobních údajů pomocí směrnice se však prokázala v rámci Evropské unie jako nedostačující. Přestože směrnice zajišťuje stejnou minimální úroveň ochrany fyzickým osobám ve všech členských státech, způsobuje její odlišná implementaci problémy správcům osobních údajů, kteří chtějí své služby nabízet na úrovni celé unie. Tito správci je musí přizpůsobit odlišným právním úpravám, což s sebou nese vysoké náklady za právní služby a mnohdy tak snaha o soulad s národními právy znemožňuje malým a středním podnikatelům nabízejícím své služby v online prostředí rozvíjet svá podnikání.

Z výše uvedených důvodů tedy Evropská komise předkládá reformu v podobě přijetí nařízení, které by bylo přímo aplikovatelné ve všech členských státech, odstranilo tak odchylky v regulaci a sjednotilo pravidla, předešlo již zmíněné právní nejistotě subjektů údajů a umožnilo správcům nabízet služby v jiných členských státech bez nutnosti právní komparace.

Za účelem maximálního posílení ochrany subjektu údajů představuje nařízení změny na několika úrovních. Rozšiřuje se katalog práv subjektu údajů, a to zejména o právo na to „být zapomenut“. Pro správce údajů jsou formulovány nové povinnosti, které budou mít velký dopad na celou organizační strukturu různých kategorií správců. Nařízení dále zavádí speciální pravidla pro zpracovávání údajů v konkrétních situacích (zejména se jedná o údaje zaměstnanců a osobní údaje dětí). Nařízení oficiálně zavádí nový právní institut, kterým je inspektor ochrany osobních údajů. Dále předpokládá zřízení nových orgánů a institucí, jak v rámci členských států, tak i na úrovni Evropské unie.

V následujících kapitolách budou navrhovaná pravidla popsána detailněji.

3. Práva subjektu osobních údajů

Zájmy jednotlivce jako subjektu osobních údajů jsou klíčovým faktorem pro konstrukci celého právního rámce. Návrh nařízení vychází z předpokladu, že k zajištění efektivní ochrany osobních údajů je třeba „posílení a specifikování práv subjektů údajů a povinností těch, kteří zpracovávají a ovlivňují zpracovávání osobních údajů, ale také [posílení a specifikování] odpovídajících pravomocí pro monitorování a zajištění souladu s pravidly na ochranu osobních údajů a odpovídajících postihů pro ty, kdo tato pravidla v členských státech poruší“.⁷ Posílení práv subjektů údajů odpovídá příslušné zpřísnění povinností na straně správce. V této kapitole budou představena nejvýznamnější práva subjektů, přičemž další kapitola věnovaná katalogu povinností správců popíše povinnosti a záruky, které rovněž odpovídají právům subjektů, ovšem jejich charakteristika dává větší smysl v širším kontextu povinností správců.

Prvním z nových práv je *právo jednotlivců na informace ve srozumitelné a snadno přístupné formě*. Tento nárok zakotvil návrh nařízení pomocí několika odpovídajících povinností správce. Obsahem uvedeného práva je právo snadného a transparentního přístupu k zásadám týkajícím se osobních údajů (čl. 11, odst. 1), právo na to obdržet informace týkající se zpracování osobních dat „ve srozumitelné podobě za použití jasného a jednoduchého jazyka přizpůsobeného subjektu údajů“⁸ (čl. 11, odst. 2). Klíčovým faktorem je srozumitelnost ve smyslu pochopitelnosti sdělovaných informací subjektem údajů. Nařízení výslovně zmiňuje povinnost přizpůsobit takovéto sdělované informace především dětem. Za součást výše uvedeného práva je možno považovat i právo subjektu obdržet informace v elektronické podobě zakotvené odděleně v následujícím textu (čl. 12, odst. 2). Správce je přitom povinen poskytnout požadované informace nejpozději do jednoho měsíce ode dne, kdy obdržel žádost subjektu údajů.⁹

V kapitole č. 3, čl. 17 zavádí návrh nařízení nové a kontroverzní *právo na to být zapomenut*.¹⁰ Obsahem tohoto práva je povinnost správce vymazat osobní údaje subjektu a zdržet se jejich dalšího rozšiřování, pokud je splněna jedna z následujících podmínek: údaje již nejsou potřeba pro účely, pro které byly původně shromážděny, subjekt odvolá svůj souhlas se zpracováním údajů, vypršela lhůta pro uchovávání údajů, ke které dal subjekt souhlas a neexistuje žádný jiný právní titul pro takovéto uchovávání, subjekt vznesl námitky proti zpracovávání údajů z titulu ochrany životního zájmu subjektu, veřejného zájmu nebo oprávněného zájmu správce,

5 Důvodová zpráva předcházející návrhu nařízení, s. 1: „Lack of trust makes consumers hesitate to buy online and adopt new services. This risks slowing down the development of innovative uses of new technologies.“

6 V originále se jedná o výraz „No trust, no transaction.“ Na uvedenou řeč odkazuje např. KOSSECKIL, P., ŚWIERCZYŃSKA-KACZOR, U. No Trust, No Transaction—The Implications For The Internet Suppliers. In *Proceedings of the International Multiconference on Computer Science and Information Technology* [online]. Wsła: Polish Information Processing Society, 2006 [cit. 2012-05-30]. S. 303-309. Dostupné z: <<http://www.proceedings2006.imcsit.org/pliks/237.pdf>>. ISSN 1896-7094.

7 Bod odůvodnění č. 9: „... strengthening and detailing the rights of data subjects and obligations of those who process and determine the processing of personal data, but also equivalent powers for monitoring and ensuring compliance with the rules for protection of personal data and equivalent sanctions for offenders in the Member States.“

8 Čl. 11, odst. 2: „... in an intelligible form, using clear and plain language, adapted to the data subject ...“

9 Tato lhůta může být prodloužena o jeden měsíc, pokud žádost o sdělení informací podá několik subjektů údajů společně.

10 Angl. „right to be forgotten and to erasure“.

a nakonec v případě, kdy ke zpracovávání údajů nedochází v souladu s nařízením.

Uvedená povinnost správce je doplněna v odst. 2 o pravidla, jak má správce postupovat v případě, že osobní údaje zveřejnil. V takovém případě musí správce „přijmout veškerá přiměřená opatření, včetně technických opatření ve vztahu k údajům, za jejichž publikaci je zodpovědný [...], aby informoval třetí strany zpracovávající tyto údaje, že subjekt na nich požaduje, aby vymazaly všechny odkazy na osobní údaje, nebo jejich kopie nebo replikace. V případě, že správce povolil třetím stranám osobní údaje zveřejnit, je za toto zveřejnění zodpovědný správce.“¹¹

V následujících odstavcích specifikuje nařízení podmínky provedení vymazání a dále definuje omezení zpracování údajů včetně podmínek pro takovéto omezení.

Právo na to být zapomenut je v podstatě založeno na existujícím oprávnění subjektu žádat vymazání údajů a na logickém důsledku nelegálnosti rozšiřování údajů v případech, kdy již správce nemá oprávnění zpracovávat údaje. Jeho význam však spočívá v jasné identifikovatelnosti těchto pravidel. Velkou roli hraje rovněž zakotvení jasné odpovědnosti správce za autorizaci zveřejňování osobních údajů. Toto ustanovení zjevně reaguje na právní a praktické překážky při vymáhání odstranění údajů z online prostředí. Zakotvení odpovědnosti správce tak napomůže při předcházení sdílení údajů, případně vynutí přísné kontroly před takovýmto sdílením. Nařízení tak přesouvá náklady a problémy s vymáháním takového vymazání údajů ze subjektu na samotného správce. Následuje tak trend v oblasti vymáhání práv z duševního vlastnictví, kdy se odpovědnost za zveřejňování nelegálního obsahu postupně přesouvá na zprostředkovatele jako na subjekt, který disponuje nejefektivnějšími prostředky pro vynucení práva.

Posledním nově zakotveným (či lépe specifikovaným)¹² právem subjektu je *právo na přenositelnost údajů* zakotvené v čl. 18 návrhu nařízení. Toto právo má subjektům údajů zajistit možnost „přesunout údaje z jednoho elektronického systému pro zpracování údajů do druhého bez toho, aby tomu mohl správce zabránit.“¹³ Tímto právem nařízení v podstatě zajišťuje ekonomickou formu zpracování údajů, protože předchází nutnosti opakovaně převádět údaje do elektronické podoby v případě, kdy původní správce z jakýchkoli pohnutek odmítá přístup k údajům již v této podobě existujícím. Podmínkou pro uplatnění tohoto

práva subjektem je však fakt, že správce údaje zpracovává elektronicky a ve strukturovaném a běžně používaném formátu. Typy těchto formátů, technické standardy a další specifikace může definovat Komise pomocí prováděcího aktu.

4. Povinnosti správce osobních údajů

Rozšíření a specifikace povinností správců představuje klíčový nástroj pro zabezpečení maximální možné ochrany zájmů jednotlivců. Návrh nařízení počítá s převzetím stávajících pravidel a zavedením nových mechanismů, jejichž účelem je především zajistit co nejvyšší míru kontrolovatelnosti všech operací s osobními údaji. Stávající a nové mechanismy a jim odpovídající povinnosti výrazně ovlivní fungování správců především na organizační úrovni, a to v několika různých ohledech.

4.1 Organizační struktura správce

Návrh nařízení obsahuje skupinu pravidel, která ovlivňují samotnou *organizační strukturu správce*. Do skupiny těchto pravidel patří pro některé správce povinnost jmenovat inspektora ochrany údajů (čl. 35, odst. 1), který má mít ve vztahu k zaměstnavateli buď pozici zaměstnance se specifickými podmínkami, nebo bude správci poskytovat své odborné služby na základě jiné než pracovní smlouvy (viz kapitola 5).

Další povinnost v této kategorii se týká správců, kteří nemají své sídlo v členském státě Evropské unie, ale zpracovávají osobní údaje subjektů trvale žijících v Unii za účelem nabízení jim zboží či služeb, anebo se jejich zpracovávání vztahuje k monitorování chování těchto osob (čl. 3, odst. 2). Tito správci mají v určitých případech podle čl. 25 povinnost jmenovat svého zástupce se sídlem v jednom z členských států, v němž trvale žijí subjekty, jejichž údaje jsou zpracovávány pro výše uvedené účely. V souvislosti s touto povinností je zajímavé si všimnout, že od této povinnosti jsou dle čl. 25, odst. 2, písm. (b) osvobozeny podniky zaměstnávající méně než 250 zaměstnanců. Vzhledem k technologickým možnostem mohou totiž i podniky s nízkým počtem zaměstnanců výrazně zasáhnout do práv subjektů údajů, a tak v této oblasti poskytuje návrh nařízení nižší úroveň ochrany jednotlivcům, jejichž chování v online prostředí je monitorováno malými podniky sídlícími mimo teritoriální území Evropské unie.

4.2 Vnitřní organizační procesy

Kromě pravidel ovlivňujících strukturu podniků přináší návrh nařízení nová pravidla týkající se *vnitřních organizačních procesů*. Tato pravidla lze rozdělit na obecné povinnosti, povinnosti vztahující se k technické implementaci zásad pro ochranu osobních údajů, povinnosti zakotvit kontrolní procesy, povinnosti týkající se komunikačních procesů a povinnosti vést specifický dokumentační aparát.

Obecnou povinností správce lze chápat povinnost zpracovávat osobní údaje v souladu s vymezenými zásadami. Návrh nařízení přebírá existující zásady legality zpracovávání údajů, specifikovaného účelu, přesnosti zpracová-

11 Úplné znění čl. 17, odst. 2: „Where the controller referred to in paragraph 1 has made the personal data public, it shall take all reasonable steps, including technical measures, in relation to data for the publication of which the controller is responsible, to inform third parties which are processing such data, that a data subject requests them to erase any links to, or copy or replication of that personal data. Where the controller has authorised a third party publication of personal data, the controller shall be considered responsible for that publication.“

12 Právo na přístup k osobním údajům zakotvené v čl. 12 Směrnice 95/46/ES zahrnuje podle některých autorů právě i právo na přenositelnost dat.

13 Důvodová zpráva k nařízení, s.9: „to transfer data from one electronic processing system to and into another, without being prevented from doing so by the controller.“

vaných dat a omezení doby uchování údajů. Dále návrh objasňuje také již existující zásadu minimalizace rozsahu zpracovávaných údajů zakotvením pravidla, že údaje „by měly být zpracovávány, pouze pokud účelu nelze dosáhnout zpracováváním informací, které nezahrnují osobní údaje, a to jen po dobu nezbytně nutnou.“¹⁴ Zásadu legality doplňuje návrh o požadavek zpracovávání údajů transparentním způsobem (čl. 5, písm. (a)) a důvodová zpráva jej označuje za zásadu transparentnosti. Nakonec jsou existující zásady doplněny o zakotvení komplexní odpovědnosti a záruk správce včetně povinnosti zajistit soulad zpracovávání údajů s požadavky nařízení a tento soulad dokumentovat (čl. 5, písm. (f)).

Zásada legality je vymezena hned v následujícím čl. 6, který v podstatě přejímá existující tituly, na jejichž základě je správce oprávněn zpracovávat osobní údaje. Nově však tyto tituly objasňuje a odkazem na čl. 83 zakotvuje pravidla pro zpracovávání údajů pro historické, statistické a vědeckovýzkumné účely. Dále je zásada legality specifikována pomocí pravidel pro zpracovávání zvláštních kategorií osobních údajů. Jedná se o zákaz zpracovávání údajů citlivého charakteru a o výjimky z tohoto pravidla.

Nově představuje nařízení povinnosti vztahující se ke zpracovávání osobních údajů dětí,¹⁵ a to v čl. 8. Podle čl. 8, odst. 1 „zpracovávání osobních údajů dítěte mladšího 13ti let je zákonné, pouze pokud je k tomu dán souhlas nebo je takové jednání povoleno rodičem nebo zákonným zástupcem dítěte a pouze v rozsahu tohoto souhlasu nebo zmocnění.“¹⁶ Následující odstavec pak upřesňuje, že uvedené pravidlo nemá vliv na vnitrostátní legislativu týkající se smluvního práva ve vztahu k dětem.

Další skupinou požadavků na správce jsou povinnosti týkající se *technické implementace zásad pro ochranu osobních údajů*. Hlavní povinností v tomto směru je povinnost správce vytvořit a nadále provozovat takový systém, který respektuje všechny právně zakotvené zásady ochrany osobních údajů (čl. 23). Nařízení v tomto článku do práva v podstatě začleňuje koncept tzv. „privacy by design“,¹⁷ neboli ochrany soukromí začleněné přímo do organizační struktury podniku a technické architektury systému. Tento koncept doplňuje o požadavek tzv. „privacy by default“, tedy o povinnost primárně nastavit maximální ochranu údajů v zájmu dotčených subjektů.

Právo tak klade na správce požadavek, aby již při plánování samotné architektury systému vzal v potaz všechny své povinnosti, konfrontoval je se svým podnikatelským záměrem a v závislosti na stavu techniky a nákladech na implementaci vhodná technická a organizační opatření. Navíc je správce povinen implicitně nastavit a přizpůsobit systém tak, aby zpracovával

pouze údaje nezbytné pro naplnění specifikovaného účelu a minimalizoval tak používaná data. Zároveň je správci uložena povinnost specifikovat přístupová práva k údajům a neumožnit tak přístup k osobním údajům libovolnému počtu jednotlivců.

V souvislosti s touto povinností je nutno podotknout, že i Směrnice 95/46/ES zahrnuje koncept „privacy by design“, ovšem ten není ve směrnici přímo formulován. V podstatě jde o logicky odvoditelný požadavek na správce zpracovávat osobní údaje v souladu s legislativou již od samotného počátku, a tedy implicitně legislativě přizpůsobit svoji organizační strukturu a architekturu systému jak ve fázi návrhu systému (design time), tak i ve fázi jeho fungování (run-time). Výslovné zakotvení tohoto požadavku v nařízení však snad odstraní případné pochyby a nejistoty.

Další z povinností v oblasti technické implementace spadá do kategorie bezpečnosti zpracovávání údajů, kdy je správce povinen zajistit takovou úroveň zabezpečení údajů, která odpovídá rizikům spojeným se zpracováváním těchto konkrétních údajů. Čl. 30 v podstatě kopíruje požadavky Směrnice 95/46/ES v čl. 17.

Správce je rovněž povinen mít připraven technická opatření v případě, že dojde k narušení bezpečnosti zpracovávaných dat.

Návrh nařízení obsahuje rozsáhlý katalog povinností týkajících se *zavedení kontrolních procesů*. Tyto kontrolní procesy se zaměřují na plnění povinností správcem, zejména respektování obecných povinností upřesněných výše. Mezi uvedené kontrolní procesy patří zejména: povinnost provést posouzení vlivu zpracovávání na ochranu údajů (čl. 33), povinnost v určitých případech konzultovat způsoby zpracovávání osobních údajů s národním orgánem dozoru a obdržet od tohoto orgánu předchozí autorizaci k takovému zpracovávání (čl. 34). Další kontrolní procesy jsou zakotveny specificky u povinnosti vést dokumentaci.

Povinnost vést rozsáhlý dokumentační aparát představuje samostatnou kategorii. Spadá do ní zejména povinnost správce i zpracovatele vést dokumentaci o všech operacích prováděných s osobními údaji (čl. 28), přičemž se však nejedná o povinnost vést záznamy o každé jednotlivé operaci, ale o povinnost vytvořit obecný dokument obsahující identifikaci správce a zpracovatele, příslušného inspektora ochrany údajů, účely zpracování a případně oprávněných zájmů správce, popis kategorií subjektů, kategorií osobních údajů a kategorií jejich příjemců (včetně zpracovatelů), informace o předávání údajů do třetích zemí, informace o lhůtách pro odstranění různých kategorií údajů a nakonec popis mechanismů pro ověření plnění nejrůznějších povinností specifikovaných nařízením. U tohoto posledního bodu je však problematické určit přesně, k jakému ověření má v určitých případech docházet, protože je zpětně odkazováno na povinnost vést dokumentaci. Lze se tedy domnívat, že v dokumentaci by tedy mělo být zakotveno jak kontrolovat samotné vedení dokumentace.

Kromě vedení uvedené dokumentace j správce povinen rovněž vést evidenci udělených souhlasů (čl. 7)

14 Čl. 5, písm. (c): „... shall only be processed if, and as long as, the purposes could not be fulfilled by processing information that does not involve personal data.“

15 Nařízení definuje dítě v čl. 4, odst. 18 jako „osobu mladší 18 ti let“.

16 Čl. 8, odst. 1: „...the processing of personal data of a child below the age of 13 years shall only be lawful if and to the extent that consent is given or authorised by the child's parent or custodian.“

17 „Privacy by design“ je koncept vyvinutý kanadskou komisařkou pro informace a soukromí Ann Cavoukian, PhD. Více informací v angl. na <http://privacybydesign.ca>.

a souhlasů pro zpracovávání údajů vztahujících se k dětem (čl. 8).

Dále musí mít správce k dispozici dokumentaci právních zásad ochrany údajů (čl. 11).

Obecně lze říci, že správce má povinnost být schopen prokázat pomocí dokumentů, že zpracovává údaje v souladu s požadavky nařízení (čl. 22, odst. 1). Lze předpokládat, že kromě povinně vyžadovaných dokumentů bude v zájmu správce uchovávat i další podpůrnou dokumentaci, např. dokumentaci software, apod.

Poslední z kategorií povinností na vnitřní organizaci se vztahuje na *komunikační procesy*. Na ně jsou kladeny specifické požadavky zejména za účelem zajištění účinného vykonávání práva subjektu údajů na informace. Do této kategorie patří povinnost správce sdělovat subjektu informace v jasném a srozumitelném jazyce (čl. 11), povinnost vytvořit takové procesy, které by zajišťovaly hladkou a pokud možno elektronickou komunikaci se subjektem údajů (zejm. čl. 12) a s orgány dozoru.

4.3 Vnější vztahy správce s dalšími subjekty

Kromě požadavků na vnitřní strukturu správce a na vnitřní organizační procesy klade návrh nařízení rovněž požadavky na *vnější vztahy správce s dalšími subjekty*.

S ohledem na praktické fungování obchodních vztahů objasňuje návrh nařízení regulaci vztahů mezi společnými správci, tedy správci, jež společně určují „účely, podmínky a způsoby zpracování osobních údajů“ (čl. 24). Tito správci si musejí pomoci smlouvou „určit své příslušné zodpovědnosti za plnění povinností určených v nařízení, zejména co se týče procedur a mechanismů pro vykonávání práv subjekty osobních údajů.“¹⁸

Co se týče vnějších vztahů správce, je nutno podotknout, že nařízení zachovává pravidla pro vztahy mezi správcem a zpracovatelem, tedy osobou, která jeho jménem provádí zpracování. V čl. 26 vzájemné vztahy více specifikuje a zároveň přidává nové pravidlo pro případy, kdy zpracovatel jedná nad rámec příkazů správce. V takovém případě se stává společným správcem a musí splnit všechny povinnosti, které se jinak vztahují pouze na správce.

5. Inspektor ochrany údajů

Institut inspektora ochrany údajů („data protection officer“) zavádí nařízení v kapitole 4 (čl. 35 – 37). Jedná se o osobu, která „by měla napomáhat správci nebo zpracovateli monitorovat vnitřní soulad s tímto nařízením“ (bod odůvodnění nařízení č. 75). Ze znění legislativního textu lze dovodit, že tímto inspektorem by měla být primárně fyzická osoba, která své povinnosti vykonává v rámci zaměstnaneckého poměru nebo na základě smlouvy o poskytování služeb (čl. 35, odst. 8)¹⁹.

18 Čl. 24: „...shall determine their respective responsibilities for compliance with the obligations under this Regulation, in particular as regards the procedures and mechanisms for exercising the rights of the data subject ...“.

19 Nařízení užívá v tomto odstavci ve vztahu k povinnostem inspektora výslovně formulace jak jeho, tak i její povinnosti, čímž tak s ohledem na gramatická pravidla angličtiny nepřímě odkazuje na fyzickou osobu. „The data protection officer may be employed by the controller or processor, or fulfil his or her tasks on the basis of a service contract.“

Inspektor je přitom oprávněn, aby mu správce či zpracovatel „dal k dispozici zaměstnance, prostory, vybavení a jakékoli další zdroje nezbytné pro vykonávání [jeho] povinností a úkolů“ (čl. 36, odst. 3).²⁰

Vzhledem k tomu, že nařízení používá ve vztahu k inspektorovi vždy pouze termín „osoba“,²¹ vzniká zde prostor pro širší interpretaci a úvahy nad tím, zda by služby správcům a zpracovatelům mohla poskytovat i specializovaná právnická osoba. Nařízení bohužel nepodává žádnou konkrétní odpověď a možnost využívání služeb právnické osoby výslovně nevylučuje.

Dalším problémem vztahujícím se k postavení inspektora je požadavek na jeho nezávislost. Podle čl. 36, odst. 2 musí správce nebo zpracovatel zajistit, „aby inspektor ochrany údajů vykonával své povinnosti a úkoly nezávisle a nepřijímal žádné pokyny, co se týče výkonu jeho funkce.“²² Nařízení však zároveň umožňuje, aby byl inspektor ke správci nebo zpracovateli v zaměstnaneckém, tj. podřízeném poměru. Tato podřízenost je částečně kompenzována povinností jmenovat inspektora na dobu minimálně dvou let (čl. 35, odst. 7), avšak jeho vlastní zájem na opakovaném jmenování by mohl výrazně ovlivnit jeho nezávislost v závěru tohoto období. Jedním z řešení tohoto problému by mohlo být zakotvení povinnosti jmenovat vždy po uplynutí období práce nového inspektora. Proti takovéto regulaci však lze očekávat protesty jak ze strany správců a zpracovatelů, pro něž takováto změna představuje zvýšené administrativní náklady, tak ze strany inspektorů, kteří by mohli namítat, že nucené ukončení smluvního vztahu, který v pořádku funguje, jde proti zájmům samotných subjektů údajů. Z výše uvedeného je zřejmé, že vyvážení práv a povinností vedoucích k zabezpečení nezávislosti představuje velmi obtížný úkol.

Co se týče kvalifikace inspektora, nařízení v čl. 35, odst. 5 požaduje, aby se jednalo o osobu s nezbytnými odbornými kvalitami, zejména s „odbornými znalostmi práva na ochranu osobních údajů a praxe a schopností splnit úkoly specifikované v článku 37.“²³

Těmito úkoly jsou: informování a udělování rad správci a zpracovateli ohledně jejich povinností a sledování jejich odpovědí; monitorování zavádění a používání vnitřních směrnic a zásad pro ochranu osobních údajů včetně přidělování povinností a vzdělávání zaměst-

20 Čl. 36, odst. 3: „The controller or the processor shall support the data protection officer in performing the tasks and shall provide staff, premises, equipment and any other resources necessary to carry out the duties and tasks referred to in Article 37.“

21 Nařízení používá anglický termín „person“ a „person's tasks“, tedy osoba a úkoly osoby na rozdíl od termínu „personal tasks“, tedy osobní úkoly, které by naznačovaly vztah fyzické osoby k daným úkolům.

22 Čl. 36, odst. 2: „The controller or processor shall ensure that the data protection officer performs the duties and tasks independently and does not receive any instructions as regards the exercise of the function. The data protection officer shall directly report to the management of the controller or the processor.“

23 Čl. 35, odst. 5: „The controller or processor shall designate the data protection officer on the basis of professional qualities and, in particular, expert knowledge of data protection law and practices and ability to fulfil the tasks referred to in Article 37. The necessary level of expert knowledge shall be determined in particular according to the data processing carried out and the protection required for the personal data processed by the controller or the processor.“

nanců; monitorování implementace a uplatňování zásad nařízení, zejména zásady ochrany soukromí začleněné přímo do organizační struktury podniku a technické architektury systému („data protection by design“), primární nastavení maximální ochrany údajů („data protection by default“), zabezpečení údajů a informování dotčených subjektů údajů; zajištění dokumentace týkající se všech operací s údaji; monitorování dokumentace, oznámení a sdělení o porušení zásad ochrany osobních údajů; monitorování provádění opatření na základě zpracovaného posouzení vlivu na ochranu údajů a žádosti o předchozí autorizaci a konzultaci; monitorování odpovědi na žádosti orgánu dozoru a spolupráce s tímto orgánem buď na základě jeho žádosti, nebo z vlastní iniciativy inspektora; vystupování jako kontaktní osoba ve vztahu k orgánu dozoru.

Z výše uvedeného vyplývá, že inspektor pro ochranu údajů by měla být osoba s vynikajícími znalostmi jak práva na ochranu osobních údajů, tak i technických aspektů zpracování, zejména fungování databází a případně programovacích jazyků. Nařízení nespecifikuje, že by se mělo jednat o advokáta, proto se zde v podstatě otevírá prostor pro nové specializované pracovní pozice pro právníky.

6. Organizační zabezpečení ochrany údajů veřejnými orgány

Stejně jako směrnice 95/46/ES i návrh nařízení ukládá členským státům povinnost pověřit jeden nebo více veřejných orgánů dozorem nad dodržováním stanovených právních pravidel. Oproti stávající právní úpravě však nařízení detailněji specifikuje práva a povinnosti těchto orgánů a klade důraz na vzájemnou spolupráci mezi orgány zřízenými v jednotlivých členských státech, spolupráci těchto orgánů s Komisí a jednotný výklad pravidel v rámci celé Evropské unie (čl. 46, odst. 1). Orgány dozoru musí zůstat nezávislé a velký důraz je kladen na personální obsazení těchto orgánů. Nařízení klade výslovné požadavky na způsob chování jejich zaměstnanců, aby se předešlo konfliktům zájmu (čl. 47) a určuje způsob, jakým budou členové těchto orgánů jmenováni. Vzhledem k faktu, že nařízení požaduje jmenování členů orgánu dozoru buď vládou, nebo parlamentem příslušného členského státu (čl. 48, odst. 1), zasahuje v podstatě do národního ústavního práva, protože přímo rozšiřuje pravomoci těchto orgánů. Nařízení dále detailně specifikuje povinnosti (čl. 52) a pravomoci orgánů dozoru (čl. 53) a požaduje, aby každý orgán dozoru vydával roční zprávu o svých aktivitách (čl. 54).

Vzhledem k vysokému objemu sdílení osobních údajů v podstatě po celém světě si nařízení klade za cíl umožnit maximální možnou míru spolupráce mezi jednotlivými orgány v rámci celé Evropské unie. Ukládá tak jednotlivým orgánům povinnost vzájemně si nápomáhat při implementaci a aplikaci nařízení (čl. 55) a představuje pravidla pro společné operace orgánů dozoru.

Důležitým prvkem nařízení je zavedení tzv. mechanismu soudržnosti, jehož cílem je dosažení právní jistoty

prostřednictvím jednotného výkladu právních pravidel. Jeho podstatou je povinnost orgánu dozoru konzultovat zavedení národních opatření s nově zaváděným Evropským výborem na ochranu údajů a Komisí. V rámci tohoto mechanismu řeší návrh nařízení i případy tzv. naléhavého postupu (čl. 61). Jedná se o případy, kdy je nutno okamžitě jednat za účelem ochrany práv subjektů údajů. V takovém případě může národní orgán dozoru dočasně přijmout opatření k ochraně těchto práv, ale neprodleně jej musí sdělit výše uvedenému výboru a Komisi. Pro maximální posílení právní jistoty dává nařízení pravomoc Komisi vydávat v přesně stanovených případech prováděcí akty.

Věřejná kontrola dodržování práva je zakotvena na dvou tradičních úrovních: na úrovni soukromého práva, kdy nařízení přímo stanoví právo jednotlivce domáhat se soudní ochrany proti správci, zpracovateli i samotnému orgánu dozoru a právo podat stížnost u orgánu dozoru; a na úrovni veřejného práva, kdy nařízení ukládá členským státům povinnost stanovit tresty za porušení práva na ochranu údajů. Nařízení je velmi konkrétní při stanovování správních sankcí a stanoví pokuty až do výše 1 milionu euro nebo 2% celkového ročního obrátu v případě podniku. Tyto pokuty s nejvyšší horní hranicí postihu se ukládají například za zpracovávání osobních údajů bez souhlasu subjektu a bez jiného právního titulu pro jejich zpracování nebo za nesplnění povinnosti prokázat řádně soulad zpracovávání.

7. Závěr:

Cílem tohoto článku bylo stručně a v základních bodech představit návrh nového nařízení na ochranu údajů. Celý návrh je mnohem komplexnější, ovšem vzhledem k rozsahu tohoto článku jej nebylo možno plně postihnout.

Zásadní změnou v celé oblasti regulace je přechod od legislativní formy směrnice k přímo aplikovatelnému nařízení. Tento krok lze skutečně považovat za pozitivní, protože přispívá jak k vyšší právní jistotě jednotlivců využívajících elektronických služeb v rámci celé Unie, tak i ke snížení nákladů podnikatelů, kteří se jinak musí podřizovat odchylkám způsobeným odlišnou implementací směrnice 95/46/ES v členských státech.

Návrh nařízení se vyznačuje komplexním přístupem k povinnostem správce, a to na nejrůznějších úrovních. Ve svém konečném důsledku tak nepřímou ovlivní i obchodní a pracovní právo. Je zřejmé, že osoby zpracovávající osobní údaje v rámci své hlavní podnikatelské aktivity budou muset pravidla začít brát vážně, a to zejména s ohledem na poměrně velmi vysoké správní sankce.

Průhlednost zpracovávání představuje jediný způsob zajištění souladu s právem. Tento argument odůvodňuje míru administrativní zátěže kladenou na správce. Bohužel je nutno uznat, že pouhé vynucování práva klasickými prostředky v současné době neobstojí, a proto Unie a členské státy tímto nařízením přesunou podstatnou část povinností a záruk na soukromé subjekty.

Řešení navrhované nařízením sleduje chvaly-hodné cíle, ale samozřejmě není absolutně perfektní. Kritickým bodem je zejména pozice inspektora ochrany údajů, jehož nezávislost může být ovlivněna. Sporné je zejména postavení inspektora jako zaměstnance. Samotné nařízení zakotvuje speciální podmínky pro zpracovávání osobních údajů zaměstnanců vzhledem k jejich podřízené pozici. V jednom dokumentu je tak zároveň stanoven požadavek na nezávislost a předpokládána závislost osoby v takovémto postavení.

Předpokládá se, že nařízení by mělo vstoupit v platnost přibližně do dvou let. Do té doby jistě projde ještě změnami na základě konzultací s dotčenými subjekty a členskými státy. Lze doufat, že bude během této doby návrh doplněn a specifikován tak, že vyřeší podstatné nejasnosti a případné potenciální oblasti nedostatečné ochrany, jakými je jednak sporné postavení inspektora nebo snížená ochrana jednotlivců, jejichž osobní údaje jsou zpracovávány malými společnostmi sídlícími mimo Evropskou unii.

Vybrané aspekty licenční smlouvy v novém občanském zákoníku

Matěj Myška¹

Abstrakt:

Cílem článku je představit a komparovat vybrané právní aspekty licenční smlouvy v kontextu nového občanského zákoníku.

Abstract:

The aim of this short paper is to introduce and compare selected issues of the license agreement in the context of the new civil code.

Klíčová slova:

licenční smlouva, veřejné licence

Key words:

license agreement, public license

1. Úvod

Licencí se v právu duševního vlastnictví rozumí „svolení čili oprávnění k využívání nehmotného statku jinou osobou, aniž by došlo k jeho zcizení“². V trojím doktrinním chápání významu výrazu licence³ je pro dispozici s nehmotnými statky pak nejdůležitější licence smluvní, poskytovaná licenční smlouvou.

Zcela fundamentální roli pak hraje smluvní licence (resp. licenční smlouva individuální) v autorském právu, které je, na rozdíl od práv průmyslových, budováno na konceptu nepřevoditelnosti výlučných autorských práv

inter vivos.⁴ Nejaktuálnější je v současné době zejména problematika autorskoprávní licenční smlouvy v informačních sítích. Tzv. veřejné licence v současné době začínají představovat v podstatě každodenní realitu při udělování oprávnění užívat autorská díla. Nejznámějšími představiteli těchto „internetových“ licencí jsou softwarové licence jako např. GNU GPL⁵ nebo obecné autorskoprávní licence Creative Commons⁶.

I přes nesporný hospodářský význam a zájmu na bezproblémové aplikaci smluvního práva licenčního není v současné době institut licenční smlouvy upraven pro oblast soukromého práva jednotně. Regulace je dokonce hodnocena jako „roztříštěná a neústrojná“⁷. Neucelenost právní úpravy tak byla hlavním důvodem pro snahu sjednotit právní úpravu licenční smlouvy v novém kodexu civilního práva.⁸

Následující text tak analyzuje úpravu licenční smlouvy z hlediska platného práva, tedy zejména úpravu v autorském zákoně a obchodním zákoníku (část druhá). V třetí části se věnuje úpravě v novém občanském zákoníku⁹ a zároveň obsahuje komparaci s úpravou dosud účinnou. Tento text si rozhodně neklade ambice komplexně porovnat tak obsáhlý institut jako je licenční smlouva, ani se nejedná o jeho obecné představení. I pouhá výše zkoumané problematiky byla podrobně rozebrána ve specializovaných publikacích a lze na ně odkázat jak v obecnostech, tak detailech.¹⁰ Předmětem tohoto krátkého textu je tak v hrubých obrysech představit přehled úpravy vybraných aspektů licenční smlouvy zajímavých z hlediska komparace stavu *de lege lata* a *de lege ferenda*. Při zkoumání licenční smlouvy dle obchodního zákoníku¹¹ se výklad zaměří na (bez)

4 Translativní převod autorských práv je vyloučen *ex lege* a takový právní úkon je právním úkonem neplatným. K diskuzi o možnosti převodu majetkových práv viz. TŮMA, Pavel. K problematice převoditelnosti majetkových autorských práv. Bulletin advokacie. 2012, č. 4. S 64 – 71. ISSN 1210-6348. Dostupné i online z: <http://www.cak.cz/assets/ba_04_2012_web.pdf>.

5 Detaily viz *The GNU General Public License v3.0 – GNU Project – Free Software Foundation (FSF)* [online]. 2011 [cit. 2-1-2011]. Dostupné online z: <<http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>>.

6 Detaily viz *Creative Commons* [online]. 2011 [cit. 2-1-2011]. Dostupné online z: <www.creativecommons.cz>.

7 TELEČ, Ivo. O vládním návrhu občanského zákoníku. *Právní rozhledy: časopis pro všechna právní odvětví*. Praha, Verlag C. H. Beck, 2009, roč. 17, č. 19, s. 677–684. ISSN 1210-6410. Dostupné i online z: <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/odborne-texty/12-o-vladnim-navrhu-obcanskeho-zakoniku.html>>. str. 13. Kriticky k úpravě licence i TELEČ, Ivo. Přehled práva duševního vlastnictví. 2., upr. vyd. Brno : Doplněk, 2007. 199 s. ISBN 9788072392063. s. 93.

8 Srovnej konsolidovanou důvodovou zprávu k § 2358 až 2389 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník – dále jen „NOZ“.

9 Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník – dále jen „NOZ“.

10 V oblasti úpravy autorskoprávní smluvní licence lze odkázat obecně na TELEČ, Ivo. Přehled práva duševního vlastnictví. 2., upr. vyd. Brno : Doplněk, 2007. 199 s. ISBN 9788072392063. V detailech ke smluvní licenci autorskoprávní na TŮMA, Pavel. *Smluvní licence v autorském právu*. Vyd. 1. Praha : C. H. Beck, 2007. 167 s. ISBN 9788071795735. Problematika veřejných licencí je v české doktríně nejobsáhleji pojednána v JANSÁ, Petr. *Právní aspekty implementace projektu „Creative Commons“ v České republice* [online]. 2008 [cit. 2-1-2011]. Magisterská diplomová práce. Univerzita Karlova v Praze. Právnická fakulta. Ústav práva autorského, práv průmyslových a práva soutěžního. Vedoucí práce Irena Holcová. Dostupné online z: <http://www.creativecommons.cz/wp-content/uploads/dp_petr_jansa_komplet_xmp.pdf>.

11 Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „ObZ“.

1 Asistent na Ústavu práva a technologií, Právnická fakulta, Masarykova univerzita. Kontaktní e-mail: matej.myska@law.muni.cz.

2 TELEČ, Ivo. *Přehled práva duševního vlastnictví*. 2., upr. vyd. Brno : Doplněk, 2007. 199 s. ISBN 9788072392063. s. 97.

3 Licence dobrovolné, licence zákonné a licence nucené. Srovnej: tamtéž, s. 98.

úplatnost licence a aktivní legitimaci k ochraně licencovaných práv. V případě autorskoprávní licence bude důraz kladen zejména na smluvní veřejné licence autorskoprávní v informačních sítích.

2. Úprava licenční smlouvy de lege lata

Obecně je licenční smlouva v platném právním řádu ČR upravena jako smlouva typová, a to k předmětům průmyslového vlastnictví v §§ 508 – 515 ObZ a k předmětům práva autorského resp. práv souvisejících s právem autorským v §§ 46 – 57 autorského zákona¹². Licenční smlouvy zmiňuje i úprava ve speciálních zákonech – zde ovšem není regulována licenční smlouva jako taková, jedná se pouze konstituování možnosti licenci poskytnout a odkaz na typovou smlouvu v ObZ.¹³ *De lege lata* ovšem není vyloučena možnost sjednání licenční smlouvy, jako smlouvy netypové, tedy inomínatní dle § 51 občanského zákoníku¹⁴.

K úpravě typové **licenční smlouvy v ObZ** lze podotknout, že touto „*opravňuje poskytovatel nabyvatele ve sjednaném rozsahu a na sjednaném území k výkonu práv z průmyslového vlastnictví*.“¹⁵ Nejedná se tak o obecnou licenční smlouvu k veškerému potenciálnímu duševnímu vlastnictví, resp. nehmotným statkům. Pojmově je tak omezena pouze na práva k průmyslovému vlastnictví a její úprava se vztahuje pouze na smlouvy uzavírané mezi podnikateli¹⁶. V účinné právní úpravě je tato smlouva vždy úplatná¹⁷, když ObZ v § 508 odst. 1 stanoví povinnost nabyvatele licence k „*poskytování určité úplaty, nebo jiné majetkové hodnoty*“. Jelikož se jedná o základní ustanovení tohoto smluvního typu, nelze se od nich smluvně odchýlit. Aktivně legitimovaný pro ochranu práva z průmyslového vlastnictví je dle § 514 ObZ primárně poskytovatel licence. Její nabyvatel má vůči poskytovateli informační povinnost o zjištěném porušování práv a musí poskytovateli poskytnout potřebnou součinnost. Případným neinformováním a neposkytnutím součinnosti zakládá povinnosti nabyvatele licence nahradit vzniklou škodu dle § 373 ObZ a násl. Je nutno též zohlednit speciální úpravu v zákoně o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví¹⁸. Tato v § 2 odst. 2 ZOVPPV stanoví, že „*nabyvatel licence může vymáhat práva jen se souhlasem vlastníka či majitele práva*.“ Výjimkou z tohoto pravidla je neaktivita majitele příslušného průmyslového

práva. Nezahájí-li tento příslušné řízení sám ve lhůtě 1 měsíce od doručení oznámení nabyvatele o porušení či ohrožení práva, může licenciát začít aktivně konat sám.

Typová **smlouva autorskoprávní dle AutZ** (a speciální podtypová smlouva nakladatelská), upravená v §§ 46 – 57 AutZ, představuje titul pro udělení oprávnění užít autorské dílo. Jejím předmětem může být dle § 12 a 46 AutZ pouze výlučné majetkové právo dílo užít.¹⁹ Z hlediska cíle a zaměření textu je nejzajímavější speciální úprava uzavírání ve vztahu k takzvaným veřejným licencím. Tyto představují moderní způsob kontraktace v prostředí informační sítě Internet. Veřejnou licenci definuje Jansa jako „*nevýhradní bezúplatnou licenci poskytovanou autorem po celou dobu ochrany díla neurčitěmu okruhu osob, která opravňuje nabyvatele díla dále šířit a kterou konkludentně získá každý, kdo dílo v souladu s licencí užívá*“²⁰. Standardní úprava kontraktace v OZ předpokládá setkání návrhu k uzavření smlouvy určitého oferenta a jejího přijetí jedním nebo více určitými oblaty (§ 43 a odst. 1 OZ). Uzavření smlouvy pouhým mlčením je nadto výslovně vyloučeno v § 44 odst. 1 OZ. Je tedy patrné, že veřejné licence nešlo až do novely AutZ zákonem č. 216/2006 Sb. platně uzavírat. Nová speciální úprava v AutZ, zavedená právě tímto zákonem, tak odchylně reguluje výše naznačený standardní proces kontraktace, když dle § 46 odst. 5 za návrh k uzavření smlouvy považuje i takový projev vůle, který směřuje vůči neurčitěmu okruhu osob. Způsob akceptace takového návrhu je modifikován v § 46 odst. 6, který stanoví, že „*s přihlédnutím k obsahu návrhu nebo k praxi, kterou strany mezi sebou zavedly, nebo zvyklostem může osoba, které je návrh určen, vyjádřit souhlas s návrhem na uzavření smlouvy provedením určitého úkonu bez vyrozumění navrhovatele tím, že se podle ní zachová, zejména že poskytne nebo přijme plnění*“, tedy *per facta concludentia*. Účinnost přijetí návrhu je pak stanovena na okamžik, kdy byl tento úkon učiněn. Problematickým je v případě uzavírání veřejných licencí, zda je možno určit obsah smlouvy odkazem na licenční podmínky.²¹ Jak uvádí Jansa, je toto způsob, jak se zpravidla realizuje vůle autora poskytovat veřejnou licenci. Typicky je takovýto projev vůle reprezentován grafickou ikonou, která je prolinkována na plné znění licenčních podmínek. Je ale možno pochybovat o tom, zda je takovýto projev vůle dostatečně určitý ve smyslu § 35 OZ. Jansa k dovolenosti takového odkazu argumentuje analogií k § 273 ObZ a neexistencí explicitního zákazu takového určení obsahu licenční smlouvy.²² Tato možnost není výslovně nikde v AutZ ani ObZ stanovena, žádné ustanovení ji ale nezakazuje. Dalším zásadním nedostatkem, v odborné literatuře zmiño-

12 Zákon č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „AutZ“.

13 Jedná např. o § 18 zákona č. 441/2003 Sb., zákon o ochranných známkách, ve znění pozdějších předpisů nebo § 32 zákona č. 207/2000 Sb., o ochraně průmyslových vzorů, ve znění pozdějších předpisů, které odkazují na zmíněné §§ 508 až 515 ObchZ.

14 Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „OZ“.

15 Jak bylo uvedeno výše, nejedná se o převod práv z příslušného průmyslového práva, jak ostatně judikoval Nejvyšší soud: „*Licenční smlouvou, která se týká průmyslových práv a práv duševního vlastnictví, se nabyvatel nestává majitelem patentu, ale vzniká mu pouze oprávnění ve smluveném rozsahu patent využívat*.“ Nejvyšší soud, 21 Cdo 574/2000, [C 328].

16 V obecných otázkách se taktéž aplikuje ObZ dle § 261 odst. 6.

17 Srovnej ŠTENGLOVÁ, Ivana., PLÍVA, Stanislav., TOMSA, Miloš. a kol.: *Obchodní zákoník*. Komentář. 13. vydání. Praha : C. H. Beck, 2010, 1469 s. ISBN 978-80-7400-354-7. s. 1163.

18 Zákon č. 221/2006 Sb., zákon o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „ZOVPPV“.

19 TŮMA, Pavel. *Smluvní licence v autorském právu*. Vyd. 1. Praha : C. H. Beck, 2007. 167 s. ISBN 9788071795735. s. 20.

20 JANSÁ, Petr. *Právní aspekty implementace projektu „Creative Commons“ v České republice* [online]. 2008 [cit. 2-1-2011]. 102 s. Magisterská diplomová práce. Univerzita Karlova v Praze. Právnická fakulta. Ústav práva autorského, práv průmyslových a práva soutěžního. Vedoucí práce Irena Holcová. Dostupné online za : <http://www.creativecommons.cz/wp-content/uploads/dp_petr_jansa_komplet_xmp.pdf>. s. 25.

21 Tamtéž s. 36. Jak uvádí Jansa, je toto převažující způsob jak se realizuje vůle autora poskytovat veřejnou licenci.

22 Tamtéž, s. 37.

vaným²³, současné úpravy veřejných licencí je problematika neodvolatelnosti takového neadresovaného návrhu. Jak uvádí Jansa, je pro platné uzavření veřejné licence nutné, aby v okamžiku konkludentní akceptace tento návrh stále trval.²⁴ V úpravě veřejných licencí v § 46 odst. 5 a 6 AutZ absentuje závazek poskytovatele poskytovat veřejnou licenci po celou dobu ochrany, čímž je podryvána právní jistota nabyvatelů licence.

3. Úprava licenční smlouvy v novém občanském zákoníku

Sledovaný záměr upravit licenční smlouvu jednotně je patrný již ze samotné zákonné definice tohoto institutu. Licenční smlouvou tak dle § 2358 NOZ „poskytuje poskytovatel nabyvateli oprávnění k výkonu práva duševního vlastnictví (licenci) v ujednaném omezeném nebo neomezeném rozsahu“. Pouze na okraj lze zmínit, že NOZ vychází z konceptu širšího chápání věci jako předmětu majetkového, zahrnujícího i majetek nehmotný.²⁵ Analýza této fundamentální změny chápání duševního vlastnictví jako věci nehmotné však dalece přesahuje možnosti a rozsah tohoto textu a lze tak odkázat na specializované zdroje.²⁶ Z důvodu unifikace právní úpravy taktéž již nemá smysl klasifikovat licenční smlouvu dle jednotlivého pramene právní úpravy.

V obecných ustanoveních o licenci v NOZ (§§ 2358 – 2370), která se pojmově vztahují i na licencování výkonu práv z průmyslového vlastnictví však dochází k významné změně ohledně úplatnosti takto poskytnuté licence a osobě aktivně legitimované k prosazování ochrany předmětných práv. Na rozdíl od současné úpravy v § 508 ObZ z § 2366 NOZ vyplývá, že licenci, a to i k předmětům průmyslového vlastnictví, lze poskytnout jako bezúplatnou, pokud si toto strany ve smlouvě ujednají. Zde se tedy jedná o obdobnou úpravu jako u dosavadní typové licenční smlouvy autorskoprávní. Ohledně legitimace k vymáhání práv, je v § 2369 NOZ pak předpokládáno „prohození“ rolí subjektů, které mohou konat příslušné kroky k ochraně poskytnuté licence. Nabyvateli licence zůstává zachována povinnost poskytovatele licence bez zbytečného odkladu o porušení licence informovat (jako v současné úpravě v § 514 ObZ), subjektem poskytujícím součinnost je ale dle NOZ poskytovatel licence. Z výše uvedeného tak lze dovodit, že aktivně konajícím subjektem v prosazování práv z průmyslového vlastnictví by měl být nově ex lege nabyvatel licence. V souvislosti s touto změnou lze důvodně očekávat novelizaci příslušných ustanovení ZOVPV.

V souladu s důvodovou zprávou respektuje právní úprava licenční smlouvy v NOZ „zvláštnosti licence k předmětům chráněným právem autorským“²⁷. V §§ 2371 – 2389 NOZ je upravena obecná smlouva autorskoprávní a i specifické modifikace pro licenční smlouvu

nakladatelskou.²⁸ Při zohlednění zaměření tohoto textu lze konstatovat, že v oblasti úpravy veřejných licencí představuje NOZ vítané vyjasnění výše naznačených interpretačních problémů stávající úpravy v AutZ. Na samostatné možnosti návrhu neurčitěmu okruhu osob se v souladu s § 2373 odst. 1 nic nemění. Výslovně je formulace možnosti této kontraktace zpřesněna tak, že souhlas s takto navrhovanou licencí lze vyjádřit i bez vyznění poskytovatele licence provedením určitého úkonu, zejména poskytnutím nebo přijetím plnění. Možnost poskytovatele licence určit obsah smlouvy odkazem na licenční podmínky, jež jsou veřejně známé nebo veřejně dostupné (typicky prostřednictvím informační sítě Internet) je nově explicitně stanovena v § 2373 odst. 1. Ohledně pochyb okolo odvolatelnosti návrhu veřejné licence pak NOZ v § 2373 odst. 3 výslovně stanoví, že návrh směřovaný neurčitěmu okruhu osob, který lze

přijmout bez vyznění navrhovatele, nelze během určené lhůty odvolat.²⁹

4. Závěr

Obecně lze hodnotit sjednocení úpravy licenční smlouvy jako krok správným směrem. NOZ tak vychází ze současné úpravy licenční smlouvy v ObZ, ale rozšiřuje ji na širší okruh nehmotných statků. Zároveň ovšem zachovává speciální úpravu pro, svou povahou specifická, autorská práva a práva s autorským souvislejícím.³⁰ Regulace licenční smlouvy v NOZ tak představuje poměrně komplexní právní úpravu tohoto nejčastějšího institutu smluvního práva v oblasti duševního vlastnictví. Nelze ovšem úplně souhlasit s tvrzením v důvodové zprávě, že „nová úprava sleduje především naplnění systematického hlediska, platnou právní úpravu v obou speciálních zákonech přejímá, aniž ji podstatně mění.“³¹ Zejména bezúplatnost licence a aktivní legitimaci k ochraně licencovaných práv představují poměrně zásadní změnu pro fungování tohoto institutu v komerční praxi.

V případě úpravy autorskoprávní licence ve vztahu k stále populárnějším veřejným licencím lze ovšem s povděkem kvitovat celkové vyjasnění fungování tohoto institutu (zejména s ohledem na způsob kontraktace) v prostředí informačních sítí. Problematické otázky vyvstávající s užíváním veřejných licencí, které musely být řešeny kreativním výkladem a na něž nebyl v doktríně jednotný názor, tak nacházejí v NOZ adekvátní zákonné zakotvení.

23 Tamtéž, s. 34.

24 Tamtéž, s. 34.

25 K tomu srovnej § 496 odst. 2 NOZ: „Nehmotné věci jsou práva, jejichž povaha to připouští, a jiné věci bez hmotné podstaty.“

26 TELEČ, Ivo. Duševní vlastnictví a jeho vliv na věc v právním smyslu. *Právní rozhledy : časopis pro všechna právní odvětví*. Praha : Verlag C. H. Beck. 2011, roč. 19, č. 12, s. 444–450. ISSN 1210-6410.

27 Konsolidovaná důvodová zpráva k § 2358 až 2389 NOZ.

28 Respektovány jsou i specifika licenčních smluv k právům souvisejícím s právem autorským a k databázím.

29 Konkrétní délku trvání lhůty, po kterou návrh trvá, by v případě veřejných licencí typu Creative Commons bylo nutno dovodit z vůle autora poskytnout licenci po celou dobu trvání autorských práv.

30 Srovnej konsolidovanou důvodovou zprávu k § 2358 až 2389 NOZ.

31 Tamtéž.

Svoboda “v síti”

David C. Hájiček

Resume

This thesis focus on the legal aspects of privacy protection in the environment of data networks, especially the Internet. There is the information technology attack defined in the beginning of the document, following by typical attacks known. Those targeting on the privacy are pointed out and divided into the two basic categories: PUSH and PULL, also explained in the document. In the second part, the actual legal consequences in Czech Republic and European Union are discussed. The legal view is described from the administrative law and criminal law perspectives. The second part is divided into the two logical chapters, first summarizing existing laws and highlighting consequential sections and definitions, second explaining how those sections and definitions can be enforced in the practice. As the “European arrest warrant and the surrender procedures between Member states” is one of the European tools helping to enforce (among others) the privacy, the last part brings a brief overview of main principles discussed in that document and describes, how they have been implemented into the Czech legislation. There has been no space to analyze the national legislation in the area of privacy of other important countries (e. g. USA, China) in the thesis, neither to discuss this topic from the international perspective.

Svoboda “v síti”

V souvislosti s rozšiřováním komunikačních technologií se čím dál častěji setkáváme s obavami uživatelů o některé aspekty svých základních práv. Jedná se zejména o obavy o vlastní **soukromí** (v poslední době čím dál častěji rovněž o **vlastnictví**) přičemž v obou případech jde o hodnoty “nejvyšší” – tedy chráněné Listinou základních práv a svobod ČR (dále LZPS)¹ i například Listinou základních práv Evropské unie (dále LZPEU)². Zmiňovaná práva jsou chráněna i dalšími mezinárodními instrumenty – například Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod³ nebo i mezinárodními smlouvami mezinárodního práva veřejného. V práci se zaměřujeme zejména na ochranu soukromí⁴. Cílem práce je definovat typy jednání zasahujících do soukromí uživatelů počítačových sítí a popsat existující českou a evropskou legislativu umožňující obranu proti takovému jednání.

Útoky proti soukromí

V úvodu je vhodné definovat, co je počítačový útok. Lze ho popsat jako související aktivity rozdělené do 5 fází:

- footprinting (fáze sběru informací, mapování a modelování kompletního profilu útočnickova cíle),
- scanning (zjišťování technických specifik v cílových systémech),
- enumeration (nalézání slabin ve zjištěných specifikách),
- využití nalezených slabin k provedení samotného útoku,
- zahlazení stop⁵.

Z technického hlediska lze dále rozlišovat na automatizované a manuální útoky. Automatizované jsou ty, kdy je aktivita útočníka patrná převážně v počátcích útoku (příprava software určeného k útoku) a samotný útok potom probíhá bez jeho výrazného zásahu. Automatizované útoky mají zpravidla za úkol zjišťovat a sbírat⁶ o uživateli informace (osobní údaje, autentizační data apod.), případně mu zobrazovat vybrané informace (např. reklamy). U automatizovaných útoků proti soukromí uživatele se jen velmi vzácně setkáváme s cílem poškodit rovněž zařízení uživatele nebo využívat jeho zdroje pro potřeby útočníka.

Manuální útoky potom předpokládají zapojení útočníka v průběhu všech fází útoku. Jsou velmi často zahajovány těmi automatizovanými (zejména v prvních třech fázích), případně se setkáváme s jejich kombinací. V takových případech je do soukromí uživatele zasahováno z důvodu přípravy jiných útoků (často trestných činů), například proti vlastnictví.

Nejčastějšími druhy útoků jsou⁷:

- Malware (“computer contaminant”; automatizované útoky)
 - virus (škodlivý program schopný se dále šířit, s různými schopnostmi a vlastnostmi),
 - červ (umí se sám šířit – replikovat, může mít různou funkčnost – jako virus),
 - trojský kůň (škodlivý program, zakrývající své skutečné chování jiným účelem),
 - backdoor (tzv. “zadní vrátka” vytvořená programátorem pro pozdější převzetí kontroly nad programem – například přímo v kódu uložené uživatelské jméno a heslo, skryté legálním uživatelským programem),
- keylogger (program tajně zaznamenávající znaky zadávané uživatelem – například hesla – s cílem zpřístupnit je útočníkovi),
- spyware (programy odesílající dat bez vědomí uživatele),

1 Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb.

2 Listina základních práv Evropské unie (2007/C 303/01).

3 ve znění protokolů č. 3, 5, 8 a 11, vyhlášena 4. 11. 1950 Radou Evropy v Římě.

4 LZPS v článku 7, odst. 1) stanoví, že “Nedotknutelnost osoby a jejího soukromí je zaručena.” Otázku ochrany soukromí dále řeší v článku 10, především odst. 2) a 3); LZPEU potom předmětné téma upravují články 7 a 8.

5 srov. McClure, S., Scambray, J., Kurtz, G. *Hacking Exposed*. 6th Edition. New York: Nakladatelství McGraw Hill, 2009. s. 7-157.

6 U útoků na soukromí uživatelů zpravidla hovoříme o převzetí dat, velmi vzácně sebrání (data nejsou totiž ve většině případů pevně vázána na nosič, po útoku tak zpravidla zůstávají ve vlastnictví jejich původce a ten neztrácí možnost s nimi disponovat).

7 Předmětem článku není podat vyčerpávající informace o typech počítačových útoků, jsou uvedeny pouze ty, které jsou významné pro zvolené téma.

- *adware* (programy zobrazující nevyžádaná sdělení),
- *robot* (*crawler*, *spider*; sbírají data procházením sítě a následně je prezentují uživateli/útočníkovi).
- Předstírání identity (automatizované/manuální útoky)
 - *pharming* (přepsání záznamu v DNS a předstírání cizí identity),
 - *phishing* (rozesílání e-mailových zpráv vybízejících cíl útoku, aby klikl na odkaz uvedený v těle e-mailu; uživatel tak učiní v domění, že se připojuje k důvěryhodnému systému – například k bankovním službám – a je přesměrován na stránky útočníka),
 - podvržení (například podvržení serverové certifikátu, předstírající cizí identitu),
 - sociální sítě (uživatelé o sobě sami a dobrovolně zveřejňují nepřiměřené množství osobních, často citlivých údajů⁸).
- *Exploit* (využití zranitelnosti v některé ze služeb běžící na cílovém počítači; manuální útoky)
 - *system Hacking* (ovládnutí cílového počítače útočníkem),
 - *cross-Site-Scripting (XSS)* (využití chyb ve zdrojovém kódu webových stránek hostitele, jehož služby cíl útočníka využívá),
 - *noti a Zombie* (programy neautorizované nainstalované do prostředí cíle útočníka, konzumující systémové prostředky uživatele, využívané v tzv. Botnetech pro různé typy útoků).
- Zachycení/podvržení komunikace (manuální útoky)
 - *man-in-the-Middle* (neautorizované vstoupení do komunikace mezi dvěma stranami, kdy útočník v komunikaci se stranou A předstírá, že je strana B a naopak),
 - *e-mail Hacking* (zachytávání a neautorizované čtení e-mailů⁹).
- *Spamming* (zasílání nevyžádaných sdělení¹⁰).

8 Definice dle z. č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů.

9 V nedávné minulosti bylo toto téma velmi aktuálním, zejména ve vztahu k oprávnění zaměstnavatele číst elektronickou poštu svých zaměstnanců. Odborná veřejnost se shoduje, že obsah obecně všech elektronických zpráv je chráněn na základě článku 13 LZPS. Problematika ochrany elektronické korespondence je upravena rovněž Směrnicí č. 2002/58/ES Evropského parlamentu a Rady upravující zpracování osobních údajů a ochrany soukromí v oblasti elektronických komunikací. Obecně je obsah e-mailové komunikace považován za listovní tajemství a měly by se na něj proto vztahovat ustanovení z. č. 29/2000 Sb., O poštovních službách (zejména § 6 odst. 6). Přesto se lze v praxi setkat s případy, kdy zaměstnavatelé elektronickou poštu svých zaměstnanců monitorují, zpravidla na základě dohody obsažené v pracovní smlouvě.

10 Nevyžádaná obchodní sdělení v prostředí ČR zakazuje například z. č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, který je v § 11 označuje za správní delikt.

Jak je patrné z uvedeného rozdělení, útoky proti soukromí – tedy vlastně i osobnosti – lze dále rozdělit na PULL (kdy se útočník snaží získat informace) a PUSH (kdy útočník naopak některé informace sděluje a tím narušuje soukromí uživatelů), přičemž fatálnější dopady mají (až na výjimky¹¹) útoky typu PULL. Na základě takto získaných dat totiž může útočník rozvíjet útoky do dalších oblastí, případně zvyšovat dopady již provedených útoků – motivem je pak pro útočníky především obohacení, či získání jiných výhod (například prostřednictvím vydírání).

Původce automatizovaných útoků – zejména autory malware – nemusí být vždy snadné (či dokonce možné) identifikovat. U manuálních útoků je to s určením útočníka o poznání snazší – často lze totiž (v závislosti na legislativě země, přes něž či z nichž útočník svůj útok vede) lokalizovat jejich zdroj. Alespoň na území Evropské unie by potom mělo být možné jít při identifikaci až do úrovně konkrétních fyzických či právnických osob¹². Proto i právní ochrana před těmito typy útoků je o poznání konkrétnější.

V dalších částech práce je pozornost věnována především PULL útokům, a to zejména těm, při kterých je možné identifikovat útočníka.

Současný stav ochrany soukromí v ČR a EU

Právní úprava ochrany soukromí v ČR a EU

Útočníci se mohou svojí činností dopouštět *správních deliktů* nebo *trestných činů*. Správní delikt je souhrnné označení pro *přestupky* a *jiné správní delikty*. V obou případech se jedná o protiprávní jednání stanovené zákonem (a to i neúmyslné), za které ukládá správní orgán ve správním řízení¹³ zákonem stanovenou sankci, rozdíl spočívá v tom, že přestupku se může dopustit pouze fyzická osoba, zatímco jiného správního deliktu právníka osoba, resp. fyzická osoba podnikající.

Trestný čin¹⁴ (u mladistvých pachatelů nazývaný *provinění*) je delikt závažnější než přestupek (správní delikt) a může být spáchán pouze fyzickou osobou. Protiprávní čin je trestným činem, je-li formálně naplněna skutková podstata trestného činu. Trestné činy dělí trestní zákoník dále na zločiny a přečiny, kteréžto rozlišuje sazba trestu odnětí svobody, případně úmysl při jejich spáchání (do 3 let jde o přečin, stejně jako v případě spáchání z nedbalosti).

V případě správního deliktu ani trestného činu směřujícího do oblasti soukromí v prostředí datových sítí nelze příliš předpokládat, že by útočník jednal v rámci nutné obrany či krajní nouze (a tím se vyhnul zodpovědnosti za své konání), avšak nejsou ojedinělé případy, kdy útočník nedosáhl ještě 15 let věku či nemohl rozpoznat nebezpečnost svého jednání díky duševnímu poruše.

Následující kapitoly se zaměřují na správněprávní, resp. trestněprávní ochranu proti útokům na soukromí.

11 Míněno zejména použití phishingu, kdy prostřednictvím zasílání nevyžádaných e-mailů pod cizí identitou (PUSH) je útok zaměřen na získání osobních údajů.

12 Viz dále – zejména zákon o elektronických komunikacích.

13 Správní řízení je vedeno dle z. č. 500/2004 Sb., správní řád, v případě řízení o přestupcích pak rovněž dle z. č. 200/1990 Sb., o přestupcích.

14 Definovaný v zákoně č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

Správně právní úprava

Vedle v úvodu zmiňovaných základních listin je soukromí v českých podmínkách definováno zákonem o ochraně osobních údajů¹⁵. Ten se dle ustanovení §3, odst. 3 nevztahuje na *zpracování osobních údajů, které provádí fyzická osoba výlučně pro osobní potřebu*. Dříve ÚOOÚ používal pro popsání výjimky také slov „nahodil“ či „nesystémové“ zpracování. Zákon tedy upravuje především systematické zpracování osobních údajů. Ochranu před jednorázovými, resp. nesystematickými zásahy do soukromí jednotlivce pak upravují §§ 11–17 občanského zákoníku¹⁶. Přestože jsou předmětná ustanovení podřazena pod název „Ochrana osobnosti,“ je možné je aplikovat na diskutované téma – ochranu soukromí. Stejně tak zákon o ochraně osobních údajů lze brát jako nástroj ochrany soukromí, a vlastně i ochrany osobnosti.

Zákon o ochraně osobních údajů rozlišuje dva základní pojmy: *osobní, případně citlivý údaj*. § 4, odst. a) považuje osobní údaj za jakoukoliv informaci *týkající se určeného nebo určitého subjektu údajů. Subjekt údajů se považuje za určený nebo určitelný, jestliže lze subjekt údajů přímo či nepřímo identifikovat zejména na základě čísla, kódu nebo jednoho či více prvků, specifických pro jeho fyzickou, fyziologickou, psychickou, ekonomickou, kulturní nebo sociální identitu*. Tato definice je poměrně široká a dává prostor různým interpretacím. Za povšimnutí stojí také na první pohled vágní formulace „určený“ a „určitelný.“ Zcela bez zajímavosti z tohoto pohledu není skutečnost, že § 18, odst. 2) správního řádu¹⁷ má o údajích nutných k identifikaci zcela konkrétní představu: *Údaji umožňujícími identifikaci fyzické osoby se rozumí jméno, příjmení, datum narození a místo trvalého pobytu, popřípadě jiný údaj podle zvláštního zákona*.

Zákon o ochraně osobních údajů však transponuje směrnici Evropského parlamentu a Rady 95/46/ES (dále Směrnice) a volná definice osobních údajů je se směrnicí v souladu. Oproti taxativnímu vymezení totiž umožňuje nahlížet na osobní údaje v kontextu individuálně řešené situace¹⁸.

Český parlament v §2, odst. 1 zákona o ochraně osobních údajů zřídil, v souladu s požadavkem článku 28 Směrnice, Úřad pro ochranu osobních údajů, jemuž svěřil *kompetence ústředního správního orgánu pro oblast ochrany osobních údajů*. Směrnice sama nezřizuje žádný ústřední kontrolní orgán, pouze pracovní skupinu (články 29 a 30), s funkcí nezávislého poradního orgánu.

Vymoženost ústředního nadřazeného úřadu evropského „kalibru“ přichází až s Nařízením Evropského parlamentu a Rady 45/2001/ES které zřizuje Evropského inspektora ochrany osobních údajů¹⁹. K tomu rovněž zavádí opravné prostředky (možnost podat žalobu k Soudnímu dvoru Evropské unie, možnost stížnosti Evropskému inspektorovi). Nařízení dále

řeší zásady pro kvalitu, zásady pro legitimní zpracování, diskutuje zvláštní kategorie osobních údajů, dále se věnuje informování subjektů osobních údajů, jejich právům, výjimkám a omezením, důvěrné povaze a bezpečnosti zpracování a ochranu osobních údajů a soukromí v rámci vnitřních telekomunikačních sítí. Nutno však dodat, že nařízení se zaměřuje na ochranu fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů orgány a institucemi Evropské unie, neupravuje tedy problematiku ochrany soukromí proti výše jmenovaným typům útoků.

Stále sílící fenomén užívání komunikačních sítí, zejména potom Internetu, dává vzniknout debatám na národních, evropských i mezinárodních úrovních. Ochrana osobních údajů ve spojení s poskytováním veřejně dostupných služeb elektronických komunikací ve veřejných komunikačních sítích věnuje pozornost Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES. Podle ní má poskytovatel takových veřejně dostupných služeb má povinnost zajistit jejich bezpečnost, členské státy potom musí garantovat uživatelům služeb důvěrnost sdělení. Směrnice dále upravuje použití provozních a lokalizačních údajů, možné omezení identifikace volajícího, podrobné vyúčtování služeb či tvorbu, údržbu a poskytování účastnických seznamů. Zajímavým bodem je ustanovení článku 13, který upravuje, že automatizované zasílání obchodní sdělení (potenciální útok typu PUSH) je možné takto zasílat pouze s předchozím souhlasem adresáta. V ČR jsou zmiňované požadavky transponovány do praxe zákonem o službách informační společnosti²⁰. Orgánem dohlížejícím na dodržování zákazu nevyžádaných obchodních sdělení byl určen ÚOOÚ.

Za zmínku stojí skutečnost, že zatímco Směrnice 2002/58/ES připouští možnost, aby *členské státy mohly přijmout legislativní opatření, kterými omezí rozsah práv a povinností důvěrného charakteru sdělení ochrany provozních údajů*²¹, pokud toto omezení představuje v demokratické společnosti nezbytné, přiměřené a úměrné opatření pro zajištění národní bezpečnosti, obrany, veřejné bezpečnosti a pro prevenci, vyšetřování, odhalování a stíhání trestných činů nebo neoprávněného použití elektronického komunikačního systému, Směrnice 2006/24/ES²² takovéto jednání přímo vyžaduje. Povinnost uchovávat určitý typ údajů o komunikaci jednotlivých stran (uživatelů veřejně dostupných služeb informační společnosti) zakotvuje ve svém v článku 3 a prohlašuje ji za závaznou pro poskytovatele veřejně dostupných služeb elektronických komunikací nebo veřejných komunikačních sítí.

Uchovávané údaje²³, tedy zejména identifikace uživatele (jméno a adresa obou komunikujících stran) a jeho označení v síti, datum a čas sestavení a přerušení spojení (přihlášení a odhlášení ke službě), typ použité služby a jednoznačné označení koncového (přípojného) bodu účastníka, mají být dle ustanovení článku 4 poskytovány pouze příslušným vnitrostátním orgánům

15 zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů.

16 zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník.

17 zákon č. 50/2004 Sb., správní řád.

18 Směrnice 95/46/ES v článku 2, písm. a) přesto uvádí příklady osobních údajů.

19 Viz stránky Evropské komise, European Union, 1995–2012, dostupné z <<http://ec.europa.eu/dataprotectionofficer/>>.

20 Srov. y. č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti.

21 Srov. Článek 13 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES.

22 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/58/ES.

23 Srov. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/24/ES, článek 5 (směrnice známá také jako data retention).

v souladu s požadavky nezbytnosti a přiměřenosti. Ty mají mít na vyžádání 6 měsíců až 2 roky. Článek 5 dále explicitně stanoví, že *nesmí být uchovávány údaje odhalující obsah sdělení*.

Česká republika transponovala povinnosti vyplývající ze směrnice zákonem o elektronických komunikacích²⁴ a prováděcí vyhláškou²⁵. Několik málo let nato však byla na popud skupiny poslanců vedených M. Bendou nálezem Ústavního soudu ČR²⁶ ustanovení § 97, odst. 3 a 4, včetně prováděcí vyhlášky, zrušena. To však neznamená, že směrnice o data retention nebude do českých podmínek transponována – můžeme jen doufat, že druhý pokus se již legislativcům povede lépe²⁷.

Trestněprávní úprava

Trestným činům v oblasti ochrany soukromí (dále pak i osobnosti a listovního tajemství) se věnuje trestní zákoník²⁸ v části druhé, Hlavě II, Dílu 2. Ten v odst. 1 § 180 stanovuje trestní hranici odnětí svobody až 3 roky či zákaz činnosti tomu, kdo *neoprávněně zveřejní, sdělí, zpřístupní, jinak zpracovává nebo si присвоjí osobní údaje, které byly o jiném shromážděné v souvislosti s výkonem veřejné moci, poruší státem uloženou nebo uznanou povinnost mlčenlivosti* o osobních údajích a způsobí mu tak vážnou újmu. V odst. 2 stanovuje trestní sazbu v rozmezí 1 roku až 5 let (případně peněžitý trest či zákaz činnosti), pokud tak učiní jako člen organizované skupiny, použije prostředky hromadné komunikace, způsobí značnou škodu nebo tak učiní v úmyslu získat značný prospěch. Trestem odnětí svobody na 3 roky až 8 let pak může být potrestán ten, kdo uvedeným jednáním způsobí škodu velkého rozsahu či získá prospěch velkého rozsahu.

§ 182 trestního zákoníku dále stanovuje tresty za narušení důvěrnosti datové komunikace či jiný způsob neoprávněného získávání dat ve výši až 2 let či zákaz činnosti. Odstavce 5 a 6 stanovují tresty pro zaměstnance provozovatelů datových a komunikačních služeb.

Tresty za spáchání trestného činu v rámci organizované skupiny, ze zavrženíhodné pohnutky, způso-

bení značné škody či za účelem získání značného prospěchu samozřejmě trestní hranici zvyšují. A to i v případě porušení tajemství dokumentů uchovávaných v soukromí (§ 183), kde základní sazba je 1 rok až 3 roky.

Prosazování ochrany soukromí v ČR a EU

Prosazování správněprávní úpravy

Správněprávní ochrana, tedy řízení ve správním soudnictví, se opírá primárně o soudní řád správní²⁹ a o správní větev obecného soudnictví. Oběť útoku proti soukromí má možnost (už jen při podezření na porušení svých práv v oblasti ochrany osobních údajů) obrátit se na příslušný správní orgán určený k projednání přestupku či jiného správního deliktu v prvním stupni (ÚOOÚ). Ten z úřední povinnosti projednává přestupky či jiné správní delikty, přičemž správní řízení orgán zahajuje, jakmile nastanou a jsou mu známy skutečnosti, které zahájení řízení odůvodňují (to znamená, že krom podaného podnětu či stížnosti může orgán kontrolní činností porušení zákona zjistit rovněž sám). Po projednání přestupku či jiného správního deliktu vydá rozhodnutí³⁰, proti kterému je přípustný rozklad k odvolacímu orgánu (předsedovi ÚOOÚ) podaný účastníkem řízení³¹.

Dnem účinnosti zákona o ochraně osobních údajů pozbyly české soudy pravomoci rozhodovat v otázkách ochrany osobních údajů (dle zákona o ochraně osobních údajů), což ovšem neznamená, že uživatel nemá možnost u soudu požadovat přezkoumání správního rozhodnutí dozorového orgánu pro ochranu osobních údajů.

Opravný prostředek k tomu určený je žaloba podaná proti rozhodnutí ÚOOÚ ke krajskému soudu. V dalším stupni v rámci soudní moci České republiky je možné proti rozhodnutí krajského soudu podat kasační stížnost k projednání nejvyššímu správnímu soudu.

Jedná-li se o narušení soukromí některým orgánem či institucí zřízenou Smlouvami o založení Evropských společenství nebo na jejich základě, má uživatel možnost (jak bylo uvedeno výše), podat stížnost Evropskému inspektoru ochrany údajů. Proti jeho rozhodnutím lze podat žalobu k Soudnímu dvoru Evropské unie³².

Prosazování trestně úpravy

Trestní řízení³³, v rámci kterého jsou projednávány (mimo jiné) trestné činy proti soukromí, zahajují orgány činné v trestním řízení – přesněji řečeno policejní orgány – na základě trestního oznámení (nebo dozví-li se o pravděpodobném spáchání trestného činu jiným způsobem). Trestní oznámení je možné učinit přímo některému z útvarů Policie ČR nebo státnímu zastupitelství. Po zahájení trestního řízení se orgány činné v trestním

24 Srov. z. č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích.

25 Vyhláška Ministerstva informatiky a Ministerstva vnitra č. 485/2005 Sb., o rozsahu provozních a lokalizačních údajů, době jejich uchování a formě a způsobu jejich předávání orgánům oprávněným k jejich využívání.

26 Spisová značka Pl. ÚS 24/10; mezi hlavní argumenty patřilo neúměrné zasahování do soukromí osob (článek 10, odst. 3 a článek 13 LZPS), nejasná specifikace orgánů oprávněných vyžadovat lokalizační a provozní údaje, chybějící jednoznačný účel, za jakým jsou lokalizační a provozní údaje oprávněným orgánům poskytovány a absence bezpečnostních opatření, které má poskytovatel služeb aplikovat za účelem ochrany (zajištění dostupnosti, důvěrnosti a integrity) provozních a lokalizačních údajů.

27 Za zmínku rovněž stojí skutečnost, že sběr obrovského objemu dat, kterými plošně sbírané provozní a lokalizační údaje jsou, a jejich uchování (v našich podmínkách po dobu 6–12 měsíců) budou znamenat značnou finanční záťaž pro poskytovatele veřejně dostupných služeb elektronických komunikací, která ve finále dopadne na samotné uživatele, v tomto případě na ty, jejichž soukromí bude „narušováno.“ Či ještě hůře na daňové poplatníky, přičemž efektivita zaváděného opatření je v našem prostředí diskutabilní (jako příklad uvedme argument Ústavního soudu, opírající se o tvrzení J. Herczega v Bulletinu advokacie č. 5/2010 na straně 29, že za období leden–říjen 2009 byla žádost o poskytnutí provozních a lokalizačních údajů učiněna 121 839 krát, zatímco počet objasněných případů z celkových 343 799 trestných činů zjištěných na našem území za toto období dosáhl čísla 131 560 – jak vyplývá ze zprávy Komise EU – „The Evaluation of Directive 2006/24/ES and National Measures to Combat criminal Misuse and Anonymous Use of Electronic Data.“).

28 Srov. z. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

29 Srov. z. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní.

30 V rozhodnutí mohou být uloženy tyto sankce: napomenutí, pokuta, zákaz činnosti, propadnutí věci; v případě ochrany osobních údajů zákon umožňuje pouze uložit pokutu, a to v krajních případech až do výše 10.000.000 Kč.

31 Účastníkem řízení je pouze osoba podezřelá z porušení zákona, nikoliv oběť útoku; ta má možnost vůči útočníkovi uplatňovat právo na náhradu škody nemajetkové újmy podle hmotněprávních předpisů v adhezním řízení: zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník.

32 Srov. článek č. 32, odst. 3 Směrnice 2001/45/ES.

33 Trestní řízení je vedeno dle zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád).

řízení věnují sběru důkazního materiálu a zjišťování důležitých okolností. Nasvědčují-li tyto podklady, že byl trestný čin spáchán, je orgánem činným v trestním řízení zahájeno trestní stíhání, následně podán návrh státnímu zástupci na podání žaloby k okresnímu či krajskému soudu.

Vzhledem k charakteru sítí, zejména potom Internetu, není v některých případech zcela jednoduché uvedený postup aplikovat. Často totiž nastávají situace, kdy útočník vede útok na oběť v jiném státě, v jiném kontinentě či využívá zařízení umístěné v jiném státě, než ve kterém se nachází on sám i oběť. V oblasti moci výkonné se Rada Evropské unie snaží na tento fakt reagovat (alespoň na území Evropské unie) rámcovým rozhodnutím o evropském zatykáacím rozkazu³⁴. To umožňuje „příslušnému orgánu“³⁵ vyžadujícího státu vystavit evropský zatykáací rozkaz vyplněním předepsaného formuláře a požádat tak o vydání osoby z jiného členského státu Evropské unie pro účely výkonu trestu odnětí svobody či trestního stíhání. Následně jej zašle příslušnému orgánu³⁶ (justičnímu, nikoliv výkonnému) vykonávajícímu členskému státu, který by měl o vydání ve lhůtě 60 dnů rozhodnout.

Evropský zatykáací rozkaz v některých případech prolamuje nutnost ověření oboustranné trestnosti činu. A to v případě je-li možné trestný čin, pro který byl zatykač vydán, ve vystavujícím státě potrestat trestem odnětí svobody s horní hranicí minimálně 3 let, jde-li (mezi jinými) o počítačovou trestnou činnost³⁷. Porušení zákona o ochraně osobních údajů sám zákon klasifikuje jako přestupky či správní delikty, samotné jeho porušení tedy trestným činem není. Oporu je tak nutné hledat v trestním zákoníku, který v ustanovení § 230 odst. 1 stanovuje výši maximálního trestu pro toho, kdo *překoná bezpečnostní opatření, a tím neoprávněně získá přístup k počítačovému systému nebo k jeho části*, na 1 rok odnětí svobody. Odst. 2 téhož § potom zvyšuje hranici na 2 léta pro případy získání přístupu k počítačovým systémům nebo nosičům dat při neoprávněném užití dat, neoprávněném narušení jejich integrity, jejich padělání či vložení. To samo o sobě stačí pouze na uplatnění odst. 1 článku 2 Rozhodnutí o evropském zatykači (tedy oboustranná trestnost je nadále vyžadována), nicméně o vydání je již možné požádat, je-li čin oboustranně trestný.

Aby bylo možné vyhnout se ověření oboustranné trestnosti činu, bylo by nutné prokázat úmysl pachatele způsobit škodu nebo újmu, či získat neoprávněný prospěch a/nebo úmysl neoprávněně omezit funkčnost počítačového systému (ustanovení § 230, odst. 3 stanovuje v těchto případech trest ve výši 6 měsíců až 3 léta). Druhou možností je prokázat členství v orga-

nizované skupině při spáchání činu, způsobení značné škody, vážné poruchy v činnosti orgánu veřejné moci, získání značného prospěchu či způsobení vážné poruchy v činnosti právnické nebo fyzické osoby, která je podnikatelem (na tyto případy pamatuje § 230, odst. 4 sazbu odnětí svobody na 1 rok až 5 let). Třetí možnost je potom prokázání, že byla způsobena škoda velkého rozsahu nebo že pachatel získal prospěch velkého rozsahu (dle ustanovení § 230, odst. 5 je možné takový čin potrestat odnětím svobody na tři léta až osm let).

Ve všech případech je třeba, aby byl pachatel již za trestný čin odsouzen (zde postačuje, aby byl odsouzen alespoň na 4 měsíce, není-li prolomena zásada oboustranné trestnosti), nebo aby proti němu bylo zahájeno trestní stíhání, a musí být dodržena zásada vzájemnosti. Současně musí být pachatel za trestný čin podle právního řádu ČR v době spáchání trestně odpovědný.

Aby bylo možné pachatele předat z ČR, nesmí být občanem ČR, ani mu nebyla v ČR poskytnuta mezinárodní ochrana (ledaže by s předáním souhlasil). Trestný čin pak dále v našem případě³⁸

- nesmí být v ČR promlčen nebo amnestován,
- nesmí spočívat v porušení daňových, celních a devizových předpisů, či jiných finančních práv státu (není-li zaručena vzájemnost),
- nesmí být v ČR (či v některém z cizích států) již rozhodován či rozhodnut,
- nesmí být možné za něj uložit v žádajícím státě trest smrti a nesmí existovat důvodná obava, že trestní řízení by neodpovídalo zásadám článků 3 a 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, případně že by uložený trest nebyl vykonán v souladu s nimi,
- nesmí existovat důvodná obava, že pachatel by v dožadujícím státě byl vystavena pronásledování z důvodu svého původu, rasy, náboženství, příslušnosti k určité národnosti nebo jiné skupině, státního občanství nebo pro své politické názory,
- nesmí pachatele vystavit vzhledem k jeho věku a osobním poměrům zřejmě nepřiměřenému postihu.

Každé trestní řízení je ukončováno vydáním rozsudku. Proti tomuto prvoinstančnímu rozhodnutí³⁹ je přípustné odvolání (o němž je rozhodováno krajským či vrchním soudem). To může podat obžalovaný, státní zástupce, oběť či zúčastněná osoba. Konečně proti rozhodnutí krajského nebo vrchního soudu je možné podat dovolání k soudu Nejvyššímu.

V případě vyčerpání veškerých opravných prostředků jak v případě rozhodnutí o trestném činu tak i o správním deliktu je následně možné napadnout rozhodnutí u ústavního soudu ústavní stížností – té však musí předcházet porušení základních práv a svobod, a musí být namířena proti orgánům veřejné moci. Ústavní soud rozhodne vydáním nálezu.

38 § 393 trestního řádu.

39 Za spáchání trestného činu jsou zpravidla ukládány tresty odnětí svobody. Je-li horní hranice trestní sazby 5 let a více, případně je-li trestný čin spáchán z nedbalosti, jedná se o *přečin*, jinak je protiprávní čin označován jako *zločin*.

34 Srov. rámcové rozhodnutí Rady Evropské unie č. 2002/584/JHA z 13. 6. 2002 o evropském zatykáacím rozkazu a o předávání mezi členskými státy Evropské unie; v ČR implementované do české legislativy zákonem č. 539/2004, kterým byl změněn trestní řád.

35 V našem prostředí je to Ministerstvo spravedlnosti na žádost soudu, v právním řízení soudce rozhoduje o vydání zatykače na návrh státního zástupce.

36 V našem prostředí je krajské státní zastupitelství příslušné místu, kde se zdržuje osoba, na niž byl zatykač vydán, rozhodnutí potom přísluší krajskému soudu.

37 Článek 2, odst. 2 Rámcového rozhodnutí Rady Evropské unie č. 2002/584/JHA.

Proti nálezu neexistuje opravný prostředek. Jedinou cestou, jak se pokusit nálezu zvrátit, je podání žaloby proti ČR k Soudnímu dvoru Evropské unie.

Závěr

Jak je patrné z výše uvedených informací, otázka ochrany soukromí jedince v počítačové síti, zejména potom Internetu, je legislativně v naší zemi i v Evropské unii do značné míry upravena i prosazována. Složitější je už mezinárodní situace, které nebylo možné se v této práci s ohledem na požadovaný rozsah věnovat. Bohužel, ani dobrá legislativa však neochrání uživatele před nimi samotnými. V hysterii, která vypukla kolem sociálních sítí, uživatelé o sobě zadávají v nebezpečné míře osobní, často citlivé údaje. Nebo tak činí pod vidinou slev či výher v internetových obchodech. To vše, aniž by si uvědomovali, že tím dobrovolně narušují své soukromí, s omezeným množstvím následné kontroly. Jakmile se jednou objeví data na Internetu, je nesnadné, ne-li nemožné, je odstranit. Osobní údaje uživatelé často sdělují, aniž by věděli, jakému správci je vlastně svěřují do rukou, na jakou dobu a za jakým účelem.

Otázkou tedy je, do jaké míry by měla být v dnešním světě ochrana osobních údajů právně upravena a prosazována. Zda není legislativa zneužitelná kontrolními orgány či „obětmi“ proti „útočníkům.“ V době, kdy se uživatel datové sítě dobrovolně a někdy zcela zbytečně dělí o své soukromí bez jakékoliv kontroly, nutíme zpracovatele osobních údajů, kteří je řádně zpracovávají k aplikaci často nesmyslných a neúměrně nákladných opatření pod hrozbou sankce.

Přehled aktuální judikatury

Eva Fialová, Matěj Myška, Jaromír Šavelka

Soud	Soudní dvůr Evropské unie
Sp. zn.	C-604/10
Datum	1. 3. 2011
Fáze řízení	předběžná otázka
Dostupnost	http://curia.europa.eu/

Rozhodnutím ve věci Football Dataco a další proti Yahoo UK ! a další přidal Soudní dvůr další díl do své série „databázových rozsudků“ z let 2002 a 2004 (Fixtures Marketing (C-46/02; C-338/02 and C-444/02 a British Horseracing Board¹). Hlavní roli v tomto případě opět hrály rozpisy utkání anglických a skotských fotbalových ligových soutěží, vytvořených podle určitého typu pravidel (tzv. „zlatá pravidla“), k nimž si společnost Football Dataco nárokovala jak právo pořizovatele databáze sui generis, tak práva autorská. Toto tvrzení zpochybňovaly společnosti Yahoo UK ! a tvrdily, že jsou oprávněny předmětné rozpisy používat, aniž by měly povinnost za to Football Dataco poskytovat jakékoli

protiplnění. Výše citované předchozí rozsudky již poměrně jasně vymezily podmínky, co je databáze a za jakých podmínek přináší jejímu pořizovateli zvláštní právo (zejména tedy, že právo sui generis chrání strukturu databáze, nikoliv její obsah a že náklady na pořízení údajů nelze považovat za podstatnou investici do tvorby databáze). Nejasnosti ale vyvstaly ohledně interpretace konceptu originality při tvorbě databáze, kterážto je rozhodující pro možnost chránit databázi autorským právem. Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) tak řízení přerušil a dotázal se Soudního dvora, jak chápat výraz „databáze, které způsobem výběru nebo uspořádáním obsahu představují vlastní duševní výtvor autora“ (čl. 3 odst. 1 směrnice 96/9). Soudní dvůr ve svém rozsudku definoval kritérium originality² jako splnění, v případě, že její „autor prostřednictvím výběru nebo uspořádání údajů, které databáze obsahuje, vyjádří své tvůrčí schopnosti originálním způsobem prostřednictvím rozhodnutí učiněných na základě své tvůrčí svobody a může tak databázi vtisknout „osobitý charakter““ (bod 38 rozsudku). Naopak aplikace „zlatých pravidel“, byť sebevíce náročná, nedostačuje k tomu, aby bylo kritérium originality splněno. Tyto dopředu dané technické úvahy, pravidla a omezení neponechávají dle Soudu žádný prostor pro tvůrčí svobodu, která jediná je předpokladem originality databáze. Duševní úsilí a dovednosti vynaložené na vytvoření údajů, přidání podstatného významu údajům či značné pracovní úsilí a dovednosti nejsou relevantní pro určení způsobilosti databáze pro ochranu autorským právem (bod 46 rozsudku). Soudní dvůr tak poskytl předkládajícímu soudu návod, podle kterého má ověřit, zda byly originality v tomto případě naplněny. Praktickým důsledkem tohoto rozhodnutí je ale zamezení hypertrofie autorskoprávní ochrany databází.³

Soud	Soud prvního stupně v Haagu
Sp. zn.	BV0549
Datum	11.1. 2012
Dostupnost	http://zoeken.rechtspraak.nl

Kolektivní správce BREIN zažaloval poskytovatele služeb elektronických komunikací Ziggo, b.v. a XS4ALL, b.v. Počtem svých uživatelů se Ziggo a XS4ALL řadí mezi největší poskytovatele těchto služeb v Nizozemí. BREIN ve své žalobě požadoval, aby výše zmínění poskytovatelé svým uživatelům zablokovali přístup na internetové stránky The Private Bay, jenž umožňoval nabízet torrenty obsahující díla chráněná autorským právem způsobem peer-to-peer (P2P).

Podle soudu porušuje 90% až 95% torrentů dostupných z The Pirate Bay autorské právo a práva související s právem autorským. Blokáce IP adresy The Pirate Bay neomezuje podle soudu svobodu slova ani právo přijímat informace podle čl. 10 Evropské úmluvy o lidských právech a základních svobodách. Druhý odstavec toho

¹ K těmto rozsudkům vizte i komentář Zuzany Adamové v č. 3 Revue pro právo a technologie. ADAMOVIČ, Zuzana. Rozpisy fotbalových zápasů, konkských dostihů a iných databáz a ich práva ochrana. *Revue pro právo a technologie*. 2011, roč. 2, č. 3. S.

² S odkazem na svoji další relevantní judikaturu (Infopaq International, C-5/08, Bezpečnostní softwarová asociace, C-393/09; Football Association Premier League a další, C-403/08 a C-429/08; Painer, C-145/10)

³ Stejným názorem uzavřela výše uvedený článek i Adamová.

článku umožňuje svobodu slova omezit, pokud takové omezení stanoví zákon. Omezení musí být nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, územní celistvosti nebo veřejné bezpečnosti, ochrany pořádku a předcházení zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky, ochrany pověsti nebo práv jiných, zabránění úniku důvěrných informací nebo zachování autority a nestrannosti soudní moci. Zákonem ustanovením je podle soudu čl. 26d nizozemského autorského zákona, který dává možnost ukončit službu, jejímž prostřednictvím je porušováno autorské právo. Blokování The Pirate Bay je v demokratické společnosti nezbytné k ochraně práv třetích osob. Blokace není dle soudu ani porušením zásady presumpce nevinoty, jelikož tato zásada platí pouze v trestním řízení a blokace trestněprávní charakter nemá.

Dále se soud zabýval povinností dohledu poskytovatele služeb elektronických komunikací podle čl. 15 odst. 1 směrnice 2000/31/ES o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu („směrnice o elektronickém obchodu“). Členské státy neukládají podle tohoto ustanovení poskytovatelům služeb obecnou povinnost dohlížet na jimi přenášené nebo ukládané informace, či obecnou povinnost aktivně vyhledávat skutečnosti a okolnosti poukazující na protiprávní činnost. Blokování určité IP adresy nevyžaduje, aby poskytovatelé kontrolovali všechna přenášená data všech svých uživatelů. Toto opatření vyžaduje pouze kontrolu IP adresy bez zjišťování obsahu přenášených paketů. Soud ve svém rozsudku srovnává blokování IP adresy The Pirate Bay s nedávným rozhodnutím Evropského soudního dvora (dále: ESD) Scarlet Sabam.⁴

Filtrovací systém, jenž byl předmětem výše uvedeného řízení, měl identifikovat mezi všemi elektronickými sděleními všech zákazníků soubory přenášené v sítích „peer-to-peer“. V rámci toho měl určit soubory obsahující díla, která by mohla být chráněna právem duševního vlastnictví jiného. Poté měl vyhodnotit protiprávně vyměňované soubory a tyto následně zablokovat. Tento systém označil ESD za neslučitelný s evropským právem. Blokování specifické IP adresy bez kontroly obsahu přenášených dat se liší od kontroly a následného vyhodnocování obsahu z hlediska porušování autorského práva, o kterém rozhoduje sám poskytovatel.

Soud	Ústavní soud ČR
Sp. zn.	Pl.ÚS 24/11
Datum	20. 12. 2011
Fáze řízení	O zrušení zákonů a jiných právních předpisů
Dostupnost	nalus.cz, 43/2012 Sb.

Ústavní soud (dále jen „ÚS“) v tomto případě rozhodl o návrhu Obvodního soudu pro Prahu 6 na zrušení § 88a zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (dále jen „TR“), ve znění pozdějších předpisů. Ve stručnosti se jednalo o zrušení procesněprávního ustanov-

vení umožňujícího přístup orgánů činných v trestním řízení k údajům o telekomunikačním provozu. Jelikož se jednalo o navazující „procesní pandán“ ke klíčovému nálezu sp. zn. Pl. ÚS 24/10 ze dne 22. 3. 2011, vycházela argumentace i v aktuálním případě ÚS právě z něj. Příslušným „trnem v oku“ bylo účelové určení data retention, tj. možnost orgánů činných v trestním řízení si údaje vyžádat pro „objasnění skutečností důležitých pro trestní řízení“. Takto vymezená mez základního práva na informační sebeurčení je dle ÚS naprosto nedostatečná, zcela pomíjí požadavek nezbytnosti takového zásahu s ohledem na jím sledovaný cíl a vede k nadužívání tohoto prostředku. Takové ustanovení, pak dle ÚS, „porušuje právo na soukromí a na informační sebeurčení plynoucí z čl. 10 odst. 3 a čl. 13 Listiny základních práv a svobod, jakož i z čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.“ Napadené ustanovení pak zrušil k 30. 9. 2012.

V kontextu debaty ústavnosti „data retention“ je velice zajímavý dissent soudkyně Ivany Janů. Dle jejího názoru, nejsou dány důvody pro zrušení napadeného ustanovení § 88a TrZ. Upozornila na zásadu priority ústavně konformní interpretace před formální derogací problematického ustanovení, kterou je možné dovodit z předchozí rozhodovací činnosti ÚS (zejména v nálezu sp. zn. II. ÚS 789/06 ze dne 27. 9. 2007 (N 150/46 SbNU 489)). prezentovala v českém právním prostředí unikátní názor o aplikovatelnosti záruk předpokládáných při užívání „obsahových“ odposlechů i na získávání údajů o proběhlém telekomunikačním provozu. Restriktivní výklad předmětného ustanovení § 88a TR, pak koliduje s judikaturou ÚS a není vystavěn na ústavněprávní argumentaci. Závěrem svého dissentu pak skepticky vyjádřila názor, že případná nová právní úprava toho na „inflaci návrhů“ příliš mnoho nezmění, jelikož „nadužívání tohoto institutu je založeno na rutinní praxi orgánů činných v trestním řízení, a to bez ohledu na to, co Ústavní soud považuje za platné právo“ a z nevěle soudů a OČTR ústavněkonformní výklad ustanovení § 88a TR respektovat.

Soud	Soudní dvůr Evropské unie
Sp. zn.	C-406/10
Datum	2. 5. 2012
Fáze řízení	Rozhodnutí o žádosti o předběžné otázce
Dostupnost	curia.europa.eu

Dne 2. května 2012 vydal Soudní dvůr EU dloho očekávaný rozsudek k žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce (žádost podána britským High Court of Justice) v případě SAS Institute v. World Programming. SAS Institute je společnost působící ve Velké Británii, která vytvořila a distribuuje úspěšný softwarový produkt, který postupem času získal téměř monopolní postavení. Společnost World Programming si tento produkt vzala za model a svůj (konkurenční) softwarový produkt navrhla přesně podle něj. Nekopírovala přitom samotný zdrojový nebo strojový kód produktu společnosti SAS Institute, avšak velmi pečlivě napodobila jeho

⁴ Rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 24. listopadu 2011, věc č. C-70/10.

chování tak, aby se z pohledu uživatele oba produkty jevíly jako komplementární. V souvislosti s takovým jednáním logicky vyvstala řada právních otázek, které si evidentně vyžádali též interpretaci právní úpravy EU. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce byla naformulována velmi podrobně a obsahovala celkem 9 samostatných otázek. Na tomto místě tak zmíníme pouze ty nejdůležitější. Především tak šlo o to, zda se jedná o neoprávněný zásah do autorských práv autora počítačového programu, jestliže třetí osoba vytvoří jiný počítačový program, který kopíruje funkce prvního programu? V odpovědi na položenou otázku vyjádřil SDEU jednoznačně negativní stanovisko. Své rozhodnutí opřel o již dříve judikovaný názor (rozsudek Soudního dvora EU ze dne 22. prosince 2010, ve věci C-393/09), že výhradně zdrojový a strojový kód představují vyjádření počítačového programu v objektivně vnímatelné podobě. Z toho lze následně vyvodit, že pouze tato vyjádření mohou být předmětem autorskoprávní ochrany. Takový závěr pak jednoznačně znamená, že funkcionalita počítačových programů leží mimo dosah ochrany poskytované autorským právem. V obdobném duchu rozhodl též ve vztahu k převzetí programovacího jazyka a datových struktur. Rozhodnutí jako takové však nepředstavuje významný příspěvek do debat k možnosti chránit funkcionalitu počítačových programů prostředky autorského práva. Důvodem je naprosté pojmové vakuum, do kterého SDEU své rozhodnutí zasadil.

Případ Wintersteiger

Tereza Kyselovská

Soud	Soudní dvůr Evropské unie (první senát)
Sp. zn.	C-523/10
Datum	19. 4. 2012
Dostupnost	www.eurlex.eu

Právní věta:

Článek 5 bod 3 nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech je nutno vykládat v tom smyslu, že spor týkající se porušení práv vyplývajících z ochranné známky zapsané v členském státě, ke kterému mělo dojít tak, že inzerent využil na internetové stránce vyhledávače provozovaného pod národní doménou nejvyšší úrovně jiného členského státu klíčové slovo, které je totožné s uvedenou ochrannou známkou, může být předložen soudům členského státu, ve kterém je ochranná známka zapsána, nebo soudům členského státu sídla inzerenta.

Anotace:

Dne 19. dubna vydal Soudní dvůr Evropské unie (dále jen SDEU) očekávané rozhodnutí ve věci týkající se určení mezinárodní pravomoci (příslušnosti) soudů v případě porušení práv vyplývajících z ochranné známky. V tomto rozhodnutí se SDEU zabýval výkladem článku

5 odst. 3 nařízení Brusel I¹ a jeho hraničního určovatele „místo, kde došlo nebo může dojít ke škodné události“ (*lex loci delicti*)² pro online prostředí. Internet, online prostředí se vyznačuje územní neomezeností, naopak pravidla mezinárodního práva soukromého a procesního jsou založena na zásadě teritoriality. Proto řada hraničních určovatelů nefunguje v tomto prostředí zcela bez problémů. Jedním z problematických je i hraniční určovatel *lex loci delicti*. Pro další rozvoj smluvních i mimosmluvních závazkových vztahů na internetu je nutná existence pevných a předvídatelných pravidel (hraničních určovatelů) s jasným obsahem.³ SDEU se v několika posledních rozsudcích zabýval právě interpretací stávajících kolizních a procesních pravidel pro online prostředí.⁴ V rozhodnutí eDate se SDEU poprvé zabýval interpretací hraničního určovatele *lex loci delicti* v online prostředí, ale ve specifickém případě porušení osobnostních práv zveřejněním informací na internetu.⁵

V tomto rozhodnutí šlo o žádost o rozhodnutí o předběžné otázce ve věci Wintersteiger AG (dále jen Wintersteiger), proti Products 4U Sondermaschinenbau GmbH (dále jen Products 4U).

Společnost Wintersteiger je podnik se sídlem v Rakousku, který vyrábí a celosvětově prodává servisní stroje pro lyže a snowboardy včetně náhradních dílů a příslušenství. Od roku 1993 je majitelem rakouské ochranné známky Wintersteiger. Společnost Products 4U se sídlem v Německu také vyvíjí a prodává servisní stroje pro lyže a snowboardy. Kromě toho prodává příslušenství ke strojům jiných výrobců, zejména ke strojům společnosti Wintersteiger. Toto příslušenství, které společnost Products 4U nazývá „Wintersteiger-Zubehör“ („příslušenství Wintersteiger“) není vyráběno společností Wintersteiger a tato jej ani neautorizovala.

Společnost Products 4U si od 1. prosince 2008 rezervovala klíčové slovo (AdWord) „Wintersteiger“ v rámci vyhledávače Google. Tento zápis byl omezen německou národní doménou nejvyšší úrovně (google.de). Společnost Products 4U nezadala žádnou reklamu spočívající ve vyhledávaném výrazu „Wintersteiger“ na rakouské národní doméně nejvyšší úrovně Google. at Po zadání klíčového slova „Wintersteiger“ do vyhle-

1 Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. Úř. věst. L 12, 16.1.2001, s. 1–2, zvláštní vydání v českém jazyce: Kapitola 19 Svazek 04 S. 42 – 64.

2 Článek 5 odst. 3 nařízení Brusel I: „Osoba, která má bydliště na území některého členského státu, může být v jiném členském státě žalována [...] ve věcech týkajících se protiprávního jednání či jednání, které je postaveno na rovně protiprávnímu jednání, u soudu místa, kde došlo nebo může dojít ke škodné události.“

3 Tento výklad je významný a použitelný i pro jiné unijní sekundární právní předpisy, které s tímto hraničním určovatelem pracují, zde zejména pro Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (článek 4 odst. 1, článek 8 odst. 1 a další).

4 Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 7. prosince 2010 ve spojených věcech C-585/08 Peter Pammer proti Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG a Hotel Alpenhof GesmbH proti Oliveru Hellerovi C-144/09. Interpretace pojmu „zaměřování činnosti“ v případě spotřebitelských smluv.

5 Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 25. října 2011 ve věci eDate Advertising GmbH proti X (C-509/09) a Olivier Martinez a Robert Martinez proti MGN Limited (C-161/10). Sbírka rozhodnutí 2011.

dávající se uživateli na prvním místě objevil odkaz na na internetovou stránku společnosti Wintersteiger. V pravé části obrazovky se však objevila pod nadpisem „Anzeige“ („inzerce“), reklama společnosti Products 4U. Text této reklamy obsahoval řadu klikatelných odkazů. Po kliknutí na nadpis „Skiwerkstattzubehör“ („příslušenství pro opravny lyží“) byl uživatel přeměrován na nabídku „Wintersteiger Zubehör“ („příslušenství Wintersteiger“) obsaženou na internetové stránce společnosti Products 4U. Reklama na stránce Google.de nijak nezdůrazňovala absenci obchodních vztahů mezi společností Wintersteiger a společností Products 4U.

Společnost Wintersteiger tvrdila, že Products 4U zasahovala inzerátem umístěným na stránce google.de do práv vyplývajících z její rakouské ochranné známky, a podala u rakouských soudů zdravotní žalobu. Společnost Products 4U popřela mezinárodní příslušnost rakouských soudů a existenci zásahu do práv vyplývajících z ochranné známky Wintersteiger. Podle této společnosti se stránka google.de zaměřovala výlučně na německé uživatele a byla v němčině.

Spor se dostal až k rakouskému odvolacímu soudu Oberster Gerichtshof, který si položil otázku, za jakých podmínek může reklama s využitím rakouské ochranné známky Wintersteiger na internetové stránce provozované pod jménem národní domény nejvyšší úrovně „.de“ zakládat soudní příslušnost rakouských soudů podle čl. 5 odst. 3 nařízení Brusel I. Oberster Gerichtshof přerušil řízení a položil Soudnímu dvoru předběžné otázky: *Je třeba formulaci „míst[ost], kde došlo nebo může dojít ke škodné události“ uvedenou v čl. 5 bodě 3 [nařízení Brusel I] v případě zásahu osoby usazené v jiném členském státě do práv vyplývajících z ochranné známky státu, ve kterém má sídlo soud, použitím klíčového slova (AdWord) totožného s touto ochrannou známkou v internetovém vyhledávacím, jenž nabízí své služby pod různými národními doménami nejvyšší úrovně, vykládat v tom smyslu, že:*

- příslušnost je založena pouze za předpokladu, že se klíčové slovo použije na stránce vyhledávače, jejíž doména nejvyšší úrovně je doménou státu, v němž má sídlo soud;*
- příslušnost je založena již tím, že tato internetová stránka vyhledávače, na níž se použije klíčové slovo, je dostupná ve státě, v němž má sídlo soud;*
- příslušnost závisí na tom, že kromě dostupnosti internetové stránky musí být splněny další požadavky? V případě kladné odpovědi, o jaká kritéria se jedná?*

SDEU ve své rozhodnutí odkázal na systematiku pravidel pro založení mezinárodní pravomoci (příslušnosti) soudů v Nařízení Brusel I. Základní zásadou je dle článku 2 domicil žalovaného. Pravidlo zvláštní příslušnosti soudu, které je jako výjimka ze zásady příslušnosti soudů místa bydliště žalovaného stanoveno v článku 5 bodu 3 tohoto nařízení, je založeno na existenci zvláště úzké souvislosti mezi sporem a soudy místa, kde došlo ke škodné události, která odůvodňuje určení příslušnosti těchto soudů z důvodů řádného výkonu spravedlnosti

a účelné organizace řízení.⁶ Spojení „místo, kde došlo nebo může dojít ke škodné události“, uvedené v čl. 5 bodu 3 Nařízení Brusel I, se vztahuje k místu, kde došlo k újmě, a zároveň k místu příčinné události, v níž má tato škoda původ, takže žalovaný může být podle volby žalobce žalován u soudu jednoho nebo druhého místa.⁷

Co se týče místa, kde došlo k újmě, jedná se o místo, kde skutečnost, která může vyvolat delikt nebo kvazidelikt odpovědnost, způsobila škodu.⁸ V případě údajných porušení osobnostních práv má poškozený možnost podat žalobu na náhradu celé nemajetkové újmy k soudům členského státu, v němž se nachází centrum jeho zájmů.⁹ Toto pravidlo se ovšem neuplatní v případě porušení práv k duševnímu vlastnictví, a to vzhledem k jejich zvláštní povaze. Práva duševního vlastnictví jsou založena na zásadě teritoriality. Ochrana poskytovaná zápisem národní ochranné známky v zásadě omezena na území členského státu zápisu, její majitel se obecně nemůže dovolávat této ochrany mimo území daného státu. S ohledem na právní jistotu a předvídatelnost jsou to právě soudy členského státu zápisu, které dokáží nejlépe posoudit, zda byla skutečně porušena práva vyplývající z národní ochranné známky. Tyto soudy jsou oprávněny rozhodovat o náhradě celé újmy údajně způsobené držiteli chráněného práva z důvodu jeho porušení, jakož i o žalobě na zdržení se jakéhokoli zásahu do uvedeného práva.¹⁰

Co se týče místa příčinné události, omezení územní působnosti ochrany národní ochranné známky nemůže vyloučit mezinárodní příslušnost jiných soudů, než jsou soudy členského státu, v němž je ochranná známka zapsaná. Za příčinnou událost v tomto případě je nutné považovat nikoli samotné zobrazení reklamy, ale to, že inzerent inicioval spuštění technického procesu, který vede podle předem určených parametrů k zobrazení inzerce, kterou tento inzerent vytvořil pro vlastní obchodní sdělení.¹¹ Ten, kdo vybírá klíčové slovo, které je totožné s ochrannou známkou, a užívá jej v obchodním styku, je inzerent, a nikoli vyhledávač. Místem, kde dojde ke spuštění technického procesu, je pak dle SDEU sídlo inzerenta. K tomuto výkladu se SDEU přiklonil z důvodu, že se jedná určité a zjištělné místo, a to jak pro žalobce, tak pro žalovaného, které může z tohoto důvodu zjednodušit provádění důkazů a organizaci řízení.¹²

Na základě výše uvedeného tak SDEU rozhodl, že článek 5 bod 3 Nařízení Brusel I je nutno vykládat v tom smyslu, že spor týkající se porušení práv vyplývajících z ochranné známky zapsané v členském státě, ke kterému mělo dojít tak, že inzerent využil na internetové stránce vyhledávače provozovaného pod národní doménou nejvyšší úrovně jiného členského státu klíčové slovo, které je totožné s uvedenou ochrannou známkou, může být předložen soudům členského státu, ve kterém

6 Bod 18 rozhodnutí SDEU.

7 Bod 19 rozhodnutí SDEU.

8 Bod 21 rozhodnutí SDEU.

9 Bod 52 rozhodnutí SDEU ve věci eDate.

10 Bod 28 rozhodnutí SDEU.

11 Bod 34 rozhodnutí SDEU.

12 Bod 37 rozhodnutí SDEU.

je ochranná známka zapsána, nebo soudům členského státu sídla inzerenta.

Okamžik doručení do datové schránky soudu, skutečnosti známé soudu z jeho činnosti

Miloslav Hrdlička

Soud	Ústavní soud ČR
Sp. zn.	II. ÚS 3518/11
Datum	10. 1. 2012
Dostupnost	http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=72764&pos=1&cnt=1&typ=result

Právní věta:

Skutečnosti jsou obsaženy v informačním systému datových schránek (viz ust. § 14 ZoEÚ) a jsou obecným soudům plně dostupné (bod 10); jedná se tak o skutečnosti známé soudu z jeho činnosti, jež není třeba v občanském soudním řízení dokazovat (viz ust. § 121 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění pozdějších předpisů).

Anotace:

V oblasti elektronického doručování prostřednictvím datových schránek vzniká řada teoretických i praktických problémů. Judikatura spojená s touto problematikou je ale prozatím pouze velmi málo početná. Zejména z tohoto důvodu je možné přivítat každé nové rozhodnutí. V lednu 2012 vyjádřil svůj názor na některé sporné otázky i Ústavní soud ČR ve svém rozhodnutí sp. zn. II. ÚS 3518/11¹.

Zde zkoumané rozhodnutí se v podstatě zabývá dvěma zásadními oblastmi, které jsou doposud předmětem diskusí. Jedná se o:

- určení okamžiku doručení zprávy do datové schránky státního orgánu (soudu) a s tímto spojená problematika zachování lhůt
- nutnost dokazování údajů obsažených v informačním systému datových schránek v (civilním) soudním řízení

V první řadě je nutné zabývat se určením okamžiku doručení datové zprávy (v posuzovaném případě odvolání) soudu.

V našem případě se jednalo o podání odvolání, které bylo stěžovatelkou z její datové schránky odesláno poslední den lhůty a soudu bylo do jeho datové schránky tento den i doručeno (9. 5. 2011 v 19:27:30 hod.). Lhůta pro podání odvolání je typicky považována za lhůtu procesní, kdy k zachování této lhůty není nutné, aby podání došlo poslední den lhůty soudu. Podané odvolání bylo ale Obvodním soudem pro Prahu 5 odmítnuto jako opožděné z důvodu, že se příjemce (soud) do datové schránky přihlásil následující den (10. 5. 2011 v 00:03:12

hod.) a až tento okamžik soud považoval za okamžik doručení odvolání stěžovatelky.

Tento názor ale nemůže v současné době obstát. Ostatně v tomto duchu vyznívá jak zde rozebírané rozhodnutí Ústavního soudu ČR, tak i další judikatura (zejména Nejvyššího správního soudu ČR). Už v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR sp. zn. 9 Afs 28/2010² je vyjádřen závěr, že okamžikem doručení datové zprávy soudu je samotné dodání zprávy do datové schránky soudu. Není přitom rozhodné, kdy se daný subjekt (soud – pověřená osoba) do datové schránky přihlásí. Tento přístup je jistě vhodný (Ústavní soud ČR se ve svém rozhodnutí k tomuto výkladu též přiklání) a podle mého názoru je možné za použití stejných argumentů přistoupit k této problematice obdobně i v civilním soudním řízení.

Objevují se však i názory³ dovozující, že lhůta (procesní) by měla být zachována již pouhým odesláním zprávy subjektem. Jedná se zejména o to, že ve výše citovaném rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR je přístupováno k odeslání datové zprávy tak, že samotné odeslání datové zprávy není možné ztotožnit s předáním zprávy držiteli poštovní licence, ani orgánu, který má povinnost zprávu doručit⁴. Vzhledem k těmto závěrům bylo dovozeno, že pouhé odeslání zprávy není dostačující pro zachování lhůty.

Předkládaný názor (prezentovaný např. ve výše zmíněném rozhodnutí Nejvyššího správního soudu) ale nezohledňuje specifika datových schránek (ani informačního systému datových schránek). Výše uvedený závěr se podle mého názoru bez dalšího uplatní u „obvyčejné elektronické komunikace“ (např. u e-mailu). Na druhou stranu pokud se zaměříme na datové schránky, jedná se o zcela odlišnou situaci.

V institutu datových schránek vidím pozitivní posun pro elektronické doručování, který se ale stane plně zřejmým až při správném uplatnění všech možností datových schránek. Pokud přistoupíme k systému datových schránek tak, že po odeslání zprávy nemá provozovatel povinnost datovou zprávu (např. odvolání) doručit, značně tím zmenšíme důvěru uživatelů datových schránek. Datové schránky vznikly právě z důvodu vytvoření bezpečné platformy pro elektronickou komu-

2 Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 7. 2010, sp. zn. 9 Afs 28/2010

3 Svoboda, K., Suk, M., Zeman, P. *Doručování v soudním řízení*. Praha: Linde. 2009, 267 s., ISBN 978-80-777-5, s. 170

4 Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 7. 2010, sp. zn. 9 Afs 28/2010 – Z odůvodnění: „Nejvyšší správní soud se však přiklonil k názoru, že informační systém datových schránek není ani držitelem (zvláštní) poštovní licence ani orgánem, který má povinnost datové zprávy odesílané prostřednictvím datových schránek doručit. Obdobně jako např. elektronické podatelny pro podání učiněná v elektronické podobě prostřednictvím veřejné datové sítě (e-mailová podání) je i informační systém datových schránek pouze technickým prostředkem, jehož využitím dochází k přenosu datové zprávy od odesílatele k příjemci (adresátovi). Na tom nic nemění ani ustanovení § 14 odst. 2, věta druhá, zákona č. 300/2008 Sb., podle kterého je provozovatelem informačního systému datových schránek držitel poštovní licence. Rozhodující je skutečnost, že zatímco v případě doručování prostřednictvím držitele (zvláštní) poštovní licence či orgánu, který má povinnost odesílané zprávy doručit, odesílatel zprávu předává třetímu subjektu (přepřevci), aby ji ten doručil adresátovi (na základě smlouvy uzavřené mezi odesílatelem a přepřevcem), informační systém datových schránek odesílatel sám přímo využívá.“

1 Nález Ústavního soudu ČR ze dne 10. 1. 2012, sp. zn. II. ÚS 3518/11

nikaci s orgány veřejné moci (toto je zásadním rozdílem oproti např. e-mailu). Mělo by tedy k nim být i takto přistupováno.

Dále je nutné poznamenat, že značným odlišením datových schránek od běžné elektronické komunikace je i samotný informační systém datových schránek. Zde rozebírané rozhodnutí Ústavního soudu ČR se významně dotýká i této oblasti.

Druhým důležitým závěrem, jenž je obsažen ve zde rozebíraném rozhodnutí Ústavního soudu ČR, je právě problematika informačního systému datových schránek⁵ (dále jen „ISDS“). Tento systém obsahuje řadu informací týkajících se konkrétních datových schránek a datových zpráv. Ústavní soud zde konstatuje, že tyto informace je možné považovat za skutečnosti známé soudu z jeho činnosti (ve smyslu § 121 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění pozdějších předpisů) a není třeba je dokazovat.

Tento přístup je také pozitivní. Vystihuje podstatu institutu datových schránek a zároveň datové schránky v tomto směru (opět správně) odlišuje od běžné elektronické komunikace (např. pomocí e-mailu). ISDS je specifický tím, že jej vede třetí nezávislý subjekt (lišící se od obou subjektů, kteří spolu komunikují) a důležité je také konstatování, že tyto informace jsou dostupné přímo soudu – může si je obstarat sám.

Závěrem je možné shrnout, že zde rozebírané rozhodnutí Ústavního soudu ČR je nutné vnímat pozitivně a mělo by být respektováno ze strany všech subjektů. Snad jediným námětem k zamyšlení je právě výše uvedená problematika určení okamžiku doručení datové zprávy až dodáním do datové schránky soudu. Pokud nenastane žádná technická komplikace, je časový úsek mezi odesláním datové zprávy a dodáním do datové schránky adresáta velmi krátký. V případě komplikací je ale možné uvažovat i o situaci, kdy bude zpráva do datové schránky soudu dodána s časovým zpožděním. Pak by jistě nebylo vhodné ani spravedlivé taková podání odmítat pro opožděnost zejména vzhledem k tomu, že odesílající subjekt neporušil žádnou právní normu a očekával „bezproblémové“ dodání své datové zprávy (spojené se zachováním lhůty) pomocí právním řádem preferovaného způsobu elektronického doručování do datové schránky.

Vybrané části rozhodnutí:

10. Ústavní soud k ověření tvrzení stěžovatelky kontaktoval i pana M. H., pověřeného zaměstnance Obvodního soudu pro Prahu 5 pro oblast datových schránek, který Ústavnímu soudu sdělil, že „ve věci naší sp. zn. 34 C 583/2006 Vám v příloze přeposílám celou datovou zprávu ID 45878919, která byla ze strany stěžovatelky zaslána na Obvodní soud pro Prahu 5 dne 9. 5. 2011. Podle „dodejky“ k této datové zprávě směřované Obvodnímu soudu pro Prahu 5 je vidět, že tato datová zpráva byla dodána 9. 5. 2011 v 19:27:30hod.“ K dotazu ohledně neúplných údajů „Identifikátoru elektronického podání“ pak sdělil, že tyto údaje jsou v elektro-

nickém systému ISAS předem již dané a Obvodní soud je nemůže změnit, resp. jsou automaticky vygenerované a uloženy do ISASu. V daném případě bylo odvolání stěžovatelky vytištěno a založeno spolu s tímto „Identifikátorem elektronického podání“ do spisu. Správu systému ISAS realizuje CCA Group, a.s.“ Zároveň s tím Ústavnímu soudu předal vyjádření předmětného realizátora datových schránek společnosti CCA Group, a. s., který k věci uvedl, že „podání bylo opravdu dodáno do Vaší datové schránky (pozn. Obvodního soudu pro Prahu 5) 9.5.2011 19:27:30, což bylo pondělí – Vaše organizace má nastavené vybírání datové schránky dle kalendáře a pondělí máte nastavené na dobu od 1:00 do 16:30. Datum na ID 10.05.2011 00:03:12 je čas, kdy byla zpráva doručena (znamená to, že eVýpravna aktualizovala automaticky stavy odeslaných zpráv a tím se přihlásila do Vaší datové schránky.) Každým přihlášením jsou všechny zprávy označeny jako doručené. Proto není doručena až v 1:00, ale již dříve. Do centrální ePodatelny se ovšem stáhla podle kalendáře až v 1:00. Od další distribuce po tomto termínu (myslím, že distribuce 06/2011) jsou již data v ID v pořádku a pro zprávy z ISDS se uvádí místo data doručení do centrální ePodatelny datum dodání do DS.“ K dotazu Ústavního soudu dále sdělil, že Obvodní soud pro Prahu 5 má přístup k podrobnějším údajům k předmětné zásilce, resp. úplná datová zpráva je celá uložena v e-Podatelně a lze ji dodatečně „vytáhnout“, přičemž ta obsahuje úplný výpis událostí doručení, tedy i informaci o okamžiku dodání a doručení datové zprávy.

III.

11. Poté, co Ústavní soud konstatoval, že ústavní stížnost je přípustná (§ 75 odst. 1 a contrario zákona o Ústavním soudu), je podána včas a splňuje ostatní náležitosti vyžadované zákonem [ust. § 30 odst. 1, § 72 odst. 1 písm. a) zákona o Ústavním soudu], přistoupil k jejímu meritornímu projednání, přičemž dospěl k závěru, že je důvodná. Úkolem Ústavního soudu je jen ochrana ústavnosti, a nikoliv kontrola „běžné“ zákonnosti (čl. 83 Ústavy). Ústavní soud není povolán k přezkumu správnosti aplikace „jednoduchého“ práva. Do rozhodovací činnosti obecných soudů je oprávněn zasáhnout pouze tehdy, byla-li pravomocným rozhodnutím těchto orgánů veřejné moci porušena stěžovatelova základní práva či svobody chráněné ústavním pořádkem České republiky, protože základní práva a svobody vymezují nejen rámec normativního obsahu aplikovaných právních norem, nýbrž také rámec jejich ústavně konformní interpretace a aplikace. Ústavní soud v minulosti vyslovil postulát, že extrémní nesoulad mezi zjištěným skutkovým stavem a právními závěry na něm vybudovanými znamená svévoli a ústí do porušení práva na spravedlivý proces podle čl. 36 odst. 1 Listiny [např. nález sp. zn. II. ÚS 323/07 ze dne 2. 12. 2008 (N 210/51 SbNU 627), nález sp. zn. III. ÚS 173/02 ze dne 10. 10. 2002 (N 127/28 SbNU 95)], které zaručuje každému, že se může domáhat stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu.

⁵ Viz § 14 zákona č. 300/2008 Sb., o datových schránkách a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů.

IV.

12. V předmětné věci je nepochybné, jak ostatně správně uvádí i Městský soud v Praze (bod 5), že podání prostřednictvím datové schránky vůči orgánu veřejné moci (viz ust. § 18 ZoEÚ) je učiněno okamžikem dodání datové zprávy do schránky orgánu veřejné moci (viz též usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 7. 2010 sp. zn. 9 Afs 28/2010, nebo Budiš, P., Hřebíková, I.: *Datové schránky*. 1. vydání. Olomouc. ANAG, 2010, str. 110). Z výše uvedeného je patrné, že stěžovatelka dodala, tj. doručila předmětné odvolání Obvodnímu soudu pro Prahu 5 dne 9. 5. 2011 v 19:27:30 hod. (datová zpráva ID 45878919, bod 10). Argument městského soudu o tom, že stěžovatelka tuto skutečnost nikterak neprokázala, je lichý, když výše uvedené skutečnosti jsou obsaženy v informačním systému datových schránek (viz ust. § 14 ZoEÚ) a jsou obecným soudům plně dostupné (bod 10); jedná se tak o skutečnosti známé soudu z jeho činnosti, jež není třeba v občanském soudním řízení dokazovat (viz ust. § 121 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění pozdějších předpisů). O to víc je zarážející, že městský soud i ve svém vyjádření k ústavní stížnosti setrval na svém závěru o opožděnosti stěžovatelkou podaného odvolání, a to i přesto, že byl stěžovatelkou opakovaně upozorněn na skutečnost, že „Identifikátor elektronického podání,“ z nějž při svém rozhodování městský soud vycházel, neobsahuje údaj o dodání datové zprávy, nýbrž je nastaven tak, že odděluje okamžik dodání a doručení datové zprávy jako v případě doručování fyzickým a právnickým osobám (viz vyjádření realizátora datových schránek, bod 10).

13. Vzhledem k uvedeným skutečnostem dospěl Ústavní soud k závěru, že postupem Městského soudu v Praze došlo nejen k porušení zákona, tedy zejména příslušných ustanovení občanského soudního řádu a ZoEÚ, ale že tímto postupem bylo zároveň porušeno i základní právo stěžovatelky na soudní ochranu podle čl. 36 odst. 1 Listiny. Obvodní soud pro Prahu 5 svým postupem, kdy odmítl odvolání stěžovatelky pro opožděnost a Městský soud v Praze, který potvrdil předmětné usnesení, aniž by spolehlivě prověřil okamžik doručení odvolání, zabránily tomu, aby se stěžovatelka stanoveným postupem mohla domoci svého práva u nezávislého a nestranného soudu; jinými slovy, aby byl její opravný prostředek řádně projednán a bylo o něm rozhodnuto (obdobně nález sp. zn. I. ÚS 578/06 ze dne 14. 3. 2007 (N 49/44 SbNU 629), nález sp. zn. IV. ÚS 2492/08 ze dne 14. 7. 2011).

Skryto spoplatňující webstránky

Martin Husovec

Soud	Okresný soud Poprad
Sp. zn.	17C/113/2010
Datum	20. 12. 2012
Fáze řízení	podané odvolanie
Dostupnost	blog.eisionline.org

Dňa 20.12.2012 vydala sudkyňa Okresného súdu Poprad, JUDr. Markéta Marečková, pomerne zásadné rozhodnutie vo veci skrytého spoplatňovania webstránok, známej v ČR a SR aj ako „60- eurové faktúry“. Žalovaný, ProContet, s.r.o., sa voči rozhodnutiu odvolal a tak tento spor popri mnohých ďalších bude pokračovať na Krajskom súde v Prešove. Rozhodnutie Okresného súdu Poprad je však prvým meritórnym rozhodnutím v tejto kauze.

Spor vo veci samej vznikol tak, že spotrebiteľ, ktorý chcel pre kamaráta zabezpečiť verš, blahoželanie k narodeninám, sa pripojil sa na internet, objavil stránku žalovaného, následne vypísal prihlasovací formulár, aby ho stránka pustila ďalej. Keďže na stránke neobjavil vhodné verše, stránku opustil. Asi o jeden až dva mesiace obdržal zo strany žalovaného faktúru na sumu 60 eur. Po doručení faktúry žalovaného emailovou komunikáciou žiadal o zrušenie registrácie. Žalovaný oznámil, že to nie je možné. Faktúru uhradil s poukazom na vyhrážky zo strany žalovaného. Pri registrácii na internetovom portáli sa totiž vo Všeobecných obchodných podmienkach (VOP) žalovaného skrývala odplatnosť registrácie. VOP boli navyše umiestnené na nie dobre viditeľnom mieste, pričom registračný formulár vopred neindikoval, že ide o uzatvorenie zmluvy s akýmkoľvek protiplnením.

Predmetné konanie je vedené dvoma žalobcami. Žalobcom v prvom rade je spotrebiteľské združenie, ktoré si uplatňuje kolektívne nároky podľa zákon o ochrane spotrebiteľa (ZoOchrSp) a druhým je priamo jeden z poškodených, ktorý žalovanej spoločnosti zaplatil predmetných 60 eur. Spotrebiteľské združenie žalovalo o zdržanie sa pokračovania v takomto spôsobe podnikania na Internete a o odstránenie protiprávného stavu vydaním bezdôvodného obohatenia všetkým dotknutým spotrebiteľom, ktorí už zaplatili. Priamy poškodený žaloval o vydanie bezdôvodného obohatenia (60 EUR) a primerané zadosťučinenie v peniazoch (ďalších 60 EUR) za vytrpenú ujmu. Sudkyňa Marečková všetky nároky v zásade priznala, a následne aj *ex offo* určila veľké množstvo ustanovení VOP za tzv. neprijateľné zmluvné podmienky s rozširujúcimi účinkami podľa § 53a ObčZSR.

Rozhodnutie predstavuje jeden z prvých prípadov, kedy bola konštatovaná absolútna neplatnosť spotrebiteľskej zmluvy uzatvorenej elektronicky, a to z dôvodu, že svoju odplatnosť skrývala do VOP. Rozsudok poukazuje na úskalia elektronickej kontraktácie, problematiku inkorporácie VOP a nepriamo tiež na problém tzv. prekvapivých klauzúl. Sudkyňa Marečková uvádza, že:

“V zásade najpodstatnejšou je podľa názoru súdu v súvislosti s nejasným dojednaním o spoplatnení služby skutočnosť, že zmluva ani Všeobecné obchodné podmienky nemôžu slúžiť na to, aby dodávateľ služby pri umiestňovaní údajov o cene služby využil lešť a nekalú obchodnú praktiku, tieto údaje umiestnil tak, aby priemerný spotrebiteľ mal problém pri orientácii v údajoch o spoplatnení služby a tým spôsobom dodávateľ služby získal väčší počet záujemcov o službu, než aký by bol získal, ak by údaj o cene služby v zmluve resp. Všeobecných obchodných podmienkach bol definovaný pre priemerného spotrebiteľa zrozumiteľným spôsobom. [...] Súd dospel k záveru, že ani jeden zo základných atribútov zmluvného vzťahu nebol v zmluve upravený jasným a určitým spôsobom. Je treba uviesť, že obsah celého zmluvného vzťahu bol neobvyklým spôsobom zakomponovaný vo Všeobecných obchodných podmienkach. Pričom je bežné a súčasťou obchodných zvyklostí, že podstatné náležitosti rozhodujúce pre prejav vôle spotrebiteľa uzatvoriť zmluvný vzťah sa nachádzajú v samotnej zmluve a Všeobecné obchodné podmienky obsahujú vysvetľujúce a doplnujúce dojednania. V tejto súvislosti súd konštatuje, že odkaz na Všeobecné obchodné podmienky bol až na konci úvodnej stránky, nebol osobitne zvýraznený, pričom takéto dojednanie vzbudzuje dojem nepodstatnej časti zmluvy na úrovni poznámky uvedenej pod čiarou, keď priemerný spotrebiteľ má legitímne očakávanie, že v odkazových ustanoveniach Všeobecných obchodných podmienok sú len ustanovenia vysvetľujúceho a doplnujúceho charakteru vo vzťahu k podstatným náležitostiam uvedeným v samotnej zmluve a nie ustanovenia, ktoré sú podstatné a rozhodujúce pre rozhodnutie spotrebiteľa uzavrieť zmluvný vzťah. Samotná skutočnosť, že celý obsah zmluvy je súčasťou Všeobecných obchodných podmienok sama o sebe nepredstavuje rozpor so zákonom resp. dobrými mravmi, i keď ako bolo konštatované ide o neštandardné konanie dodávateľa.”

Súd sa bližšie zaoberal aj otázkou zobrazenia kontraktčného formuláru: “Zo zobrazenia internetovej stránky www.basne-portal.sk je zrejme, že stránka odkazuje pod čiarou s ornamentom na Všeobecné obchodné podmienky. Na úvodnej stránke je zvýraznený tučnejším písmom údaj o výhernej súťaži, avšak najpodstatnejší údaj o tom, či služba poskytovaná dodávateľom je bezodplatná resp. spoplatnená sa nachádza na konci úvodnej stránky bez osobitného zvýraznenia odkazu na Všeobecné obchodné podmienky. [...] Napokon nič na právnom posúdení nemení i prípadná existencia údajov o spoplatnení služby nad odkazom vo Všeobecných obchodných podmienkach (viď čl. 17 spisu), keď vzhľadom na veľkosť písma (neprimerane menšie od ostatného písma informácií úvodnej stránky, ťažko čitateľné) je pravdepodobné, že obtiažna čitateľnosť údajov priemerného spotrebiteľa odradila od ich čítania. Uvedené údaje sú čitateľné skôr za pomoci optických prístrojov ako s bežným zaostrením zraku. Pokiaľ bol údaj o spoplatnení služby uvedený v čl. 4 a čl. 7 Všeobecných obchodných podmienok, treba uviesť, že ustanovenia čl. 4 len odkazujú na čl. 7, v ktorom bez optického zvýraznenia sú uvedené údaje o cene a dĺžke trvania zmluvného vzťahu. Neobvykle je aj cena v čl. 7 uvedená iba slovom, hoci bežne sa uvádza číslom i slovom.”

Keďže rozhodnutie potvrdilo, že zo strany žalovaného došlo k používaniu nie len neprijateľných zmluvných podmienok v zmysle § 53 ObčZSR, ale aj nekalých obchodných praktík v zmysle § 7 ZoOchrSp, vyjadril sa súd aj k výkladu priemerného slovenského spotrebiteľa využívajúceho internetové služby: “Podľa rozhodnutí Európskeho súdneho dvora (C-201/96, C-220/98) bol ustálený pojem „priemerný spotrebiteľ“ ako spotrebiteľ daného tovaru, ktorý je v rozumnej miere dobre informovaný, vnímovateľný a obozretný. Pokiaľ žalovaný zamietal, že v danom prípade priemerný spotrebiteľ vo vzťahu k ponúkanej službe je odlišný od priemerného spotrebiteľa nakupujúceho v maloobchode, súd je názoru, že priemerný spotrebiteľ využívajúci služby poskytované na internete sa vyvíja. V súčasnosti je priemerný spotrebiteľ využívajúci internetové služby v zásade zhodný s priemerným spotrebiteľom nakupujúcim v maloobchode, keď v súčasnosti internet používa značné množstvo priemerných spotrebiteľov nakupujúcich v maloobchode bez toho, aby osobitne ovládali prácu s počítačom, mali adekvátne vzdelanie.”

Hoci sa s rozhodnutím možno stotožniť čo do dosiahnutého výsledku, niektoré ustanovenia VOP boli podľa nášho názoru označené za neprijateľné zmluvné podmienky veľmi “predčasne”. Ako zaujímavý právny konštrukt možno hodnotiť výkon odstraňovacieho nároku spotrebiteľským združením vo forme žiadosti o vydanie bezdôvodného obohatenia voči všetkým spotrebiteľom, hoci, ako upozorňujú odborníci¹, ide o konštrukt s nulovým exekučným potenciálom. Určite bude zaujímavé sledovať ako sa argumentáciou prvoštupňového súdu vysporiada Krajský súd v Prešove.

Posudzovanie právomoci slovenského súdu v prípade dištančného e-deliktu

Martin Husovec

Súd	Okresný súd Bratislava I
Sp. zn.	15C/24/2012
Datum	28. 2. 2012
Fáza řízení	rozhodnutie nadobudlo právoplatnosť
Dostupnosť	blog.eisionline.org

Sudkyňa Okresného súdu Bratislava I., JUDr. Oľília Belavá, sa na konci februára postavila negatívne k vydaniu predbežného opatrenia v spore o ochranu osobnosti voči spoločnosti Facebook, Google a Wikidot. Vo vzťahu k prvým dvom spoločnostiam konania zastavila pre nedostatok právomoci, zatiaľ čo vo vzťahu k posledne menovanej spoločnosti návrh meritórne zamietla po tom, ako konštatovala právomoc slovenského súdu.

Spor na ochranu osobnosti vznikol v súvislosti so spoločenskou aférou ‘Gorila’, ktorej žalobca je jedným z hlavných aktérov. Na Okresnom súde Bratislava I. sa z dôvodu ochrany osobnosti domáhal nasledovného.

1 Názor Doc. JUDr. Csacha k článku HUSOVEC, Martin. OS Poprad vo veci skryto spoplatňovaných webových stránok. *Lexforum*. Vydané 20 apríla 2012 [cit. 2012-06-04]. Dostupné na <http://www.lexforum.cz/390>

Od spoločnosti Facebook žiadal zablokovanie a odstránenie niekoľkých facebook „stránok“ a uloženia povinnosti nezničiť údaje v rozsahu (i) čas zverejnenia materiálu, (ii) IP adresa, z ktorej bol materiál zverejnený, (iii) akékoľvek údaje o identifikácii osoby, ktorá uložila materiál, a taktiež to, aby obsah týchto „stránok“ nebol prístupný na území Slovenskej republiky. Od spoločnosti Google žiadal o zamedzenie prístupu k niektorým blogom hostovaným na platforme Blogger a tiež dokumentov verejne hostovaných na platforme Google Docs, ktoré všetky obsahovali tzv. spis Gorila. Rovnako od spoločnosti Google žiadal žalobca o uloženie povinnosti nezničiť určité údaje a tiež znepřístupnenie týchto dokumentov a blogov na území Slovenskej republiky. Obsahovo rovnaké povinnosti žiadal žalobca aj vo vzťahu k blogom hostovaným na platforme spoločnosti Wikidot.

Žalobca svoj návrh odôvodnil tým, že na internetových stránkach odporcov došlo k zverejneniu nepravdivých, resp. pravdu skresľujúcich informácií, čím došlo k neoprávnenému zásahu do osobnostných práv navrhovateľa podľa § 11 až §13 ObčZSR. Materiál z ktorého zverejnené informácie pochádzajú, je podľa názoru žalobcu „pochybný čo do jeho autenticity“. Právomoc slovenského súdu odôvodnil žalobca tým, že: *„Informácie sprístupnené na internetových stránkach odporcov sú prostredníctvom internetu voľne dostupné na území Slovenskej republiky, sú sprístupnené v slovenskom jazyku a začali sa šíriť v širokom rozsahu medzi občanmi Slovenskej republiky a slovenskými médiami. Keďže navrhovateľ má na území Slovenskej republiky trvalé bydlisko, trvale sa tu zdržuje, má tu vytvorené rodinné, priateľské, obchodné a iné spoločenské vzťahy, sprístupnenie vyššie uvedených internetových stránok má negatívny vplyv na osobu navrhovateľa, ktorý sa mieni domáhať ochrany svojich práv i návrhom vo veci samej, aby odporcovia okamžite ukončili sprístupňovanie materiálu na ich internetových stránkach a zabezpečili zmazanie materiálu z ich stránok.“*

V predmetnom spore išlo teda zo strany Okresného súdu Bratislava I. o posúdenie právomoci v konaní o vydanie predbežného opatrenia v spore o uplatňovaní nárokov vzniknutých z údajného osobnostno-právneho deliktu. Žalovaný Facebook a Google majú sídlo v USA. Žalovaný Wikidot má sídlo v Poľsku. Na určenie právomoci súdu voči Facebook a Google sa preto aplikovalo vnútroštátne medzinárodné právo súkromné, zákon č. 97/1963 o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom (ďalej aj „ZMPSaP“), zatiaľ čo voči Wikidot úničné nariadenie č. 44/2001 z 22. decembra 2000 o právomoci a o uznávaní a výkone rozsudkov v občianskych a obchodných veciach (ďalej aj „Brusel I.“).

Pri posudzovaní právomoci slovenského súdu voči poľskej spoločnosti súd dospel k záveru, že má právomoc podľa čl. 5 ods. 3 Brusel I., pričom však návrh následne meritórne zamietol pre nesplnenie zákonných podmienok *„pre dočasnú úpravu vzťahov medzi účastníkmi konania navrhnutým predbežným opatrením“*. Svoje založenie právomoci podľa čl. 5 ods. 3 Brusel I. však súd vôbec neodôvodnil. Na druhej strane, tak súd

rozhodol úplne v súlade s poslednými závermi Súdneho dvora Európskej únie, ktorý v prípade *eDate Advertising C-161/10 & C-509/09* potvrdil, že *„v prípade údajného porušenia práv na ochranu osobnosti obsahom informácií uverejnených na internetových stránkach má osoba, ktorá sa považuje za poškodenú, možnosť podať žalobu o náhradu celej škody, ktorá jej bola spôsobená, buď na súdoch členského štátu, v ktorom je vydavateľ tohto obsahu usadený, alebo na súdy členského štátu, v ktorom sa nachádza centrum jej záujmov“*.

Pri posudzovaní právomoci podľa § 37b písm. a) ZMPSaP, ktoré obsahuje identické pravidlo ako čl. 5 ods. 3 Brusel I. však súd svoju právomoc odmietol. Ako uviedol: *„Z citovaného zákonného ustanovenia je nepochybné, že právomoc slovenského súdu je daná vo veciach nárokov na náhradu škody, čo ale vo vzťahu k návrhu predbežného opatrenia (zamedzenie prístupu k obsahu internetových stránok) a ani k návrhu vo veci samej (ukončenie sprístupňovania materiálu na internetových stránkach a zabezpečenie zmazania materiálu zo stránok), nie je tento prípad.“* Tento záver je o to závažnejší, že dôvodová správa k novele tohto ustanovenia, ako uvádza Jakub Jošt¹, poukazuje na snahu o zjednotenie slovenského medzinárodného práva súkromného a procesného s princípmi toho úničného, t.j. v tomto prípade s čl. 5 ods. 3 Brusel I.

Zdá sa však, že k tomuto „dvojakému metru“ došlo nedopatrením, ktoré má v skutočnosti pôvod v pôvodne zlom preklade čl. 5 ods. 3 Brusel I. Ten totiž pôvodne obsahoval formuláciu, ktorá bola aj základom novelizácie ZMPSaP a síce, že *„vo veciach nárokov na náhradu škody z iného ako zmluvného vzťahu, na súdoch podľa miesta, kde došlo alebo by mohlo dôjsť ku skutočnosti, ktorá zakladá nárok na náhradu škody“*. Tento nesprávne úzky preklad bol odstránený až v roku 2009 korigendom², ktoré ustanovenia konsolidovalo na nasledovné znenie: *„vo veciach nárokov z mimozmluvnej zodpovednosti, na súdoch podľa miesta, kde došlo alebo by mohlo dôjsť ku skutočnosti, ktorá zakladá takýto nárok“*. V zákone o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom však ostala táto formulácia dodnes. Použitím správnych prostriedkov výkladu by sa však nemalo stávať, ako tomu bolo v spore vo veci samej, že aplikácia čl. 5 ods. 3 Brusel I. a § 37b písm. a) ZMPSaP, čo do zdržovacích či odstraňovacích nárokov, povedie k dvom odlišným výsledkom. Je zrejmé, že cieľom zákonodarcu bolo zjednotiť aplikačný výsledok ustanovenia vnútroštátneho práva s úničným. Súdy by teda mali ustanoveniu práva § 37b písm. a) ZMPSaP pripisovať obsah vyjadrený rozhodnutiami Súdneho dvora EÚ, t.j. autonómny obsah. Je pravdou, že v konkrétnom prípade ide takýto výklad nad rámec prísne jazykového znenia ustanovenia, explicitná vôľa zákonodarcu usilujúca sa o jednotnosť s úničným právom z dôvodu jednoty právneho poriadku ako celku, by však mala mať ako argument prednosť. Takáto deviácia z prísne jazykového znenia by mala byť

1 JOŠT, Jakub. Naozaj „osobitná“ osobitná právomoc slovenských súdov v sporoch z mimozmluvných záväzkov. *Lexforum*. Vydané 21 mája 2012 [cit. 2012-06-04]. Dostupné na: <http://www.lexforum.cz/399>

3Korigendum publikované: Ú. v. EÚ L 301, 17.11.2009, s. 55 – 56.

2 Korigendum publikované: Ú. v. EÚ L 301, 17.11.2009, s. 55 – 56.

přípustná aj z ústavnoprávného hľadiska³. Východisko možno okrem histórie prijatia § 37b písm. a) ZMPSaP nájsť aj v autonómnom chápaní spojenia „nárokov na náhradu škody“ s použitím argumentu *a maiori ad minus* a argumentum *ad absurdum*. Podľa týchto argumentov, ak má slovenský súd mať právomoc vo veci uplatňovania závažnejšieho (náročnejšieho) škodového nároku, o to viac to musí platiť pri uplatnení nárokov menej závažných ako je nárok odstraňovací alebo zdržovací. A tiež, ak sa žalobca môže spraviť podľa⁴ na základe škodového nároku domáhať naturálnej reštitúcie (§ 442 ObčZ), ktorá má účinky odstraňovacieho nároku, bolo by nezmyselné odmietnuť právomoc vo vzťahu k odstraňovaciemu nároku samotnému.

Identifikace uživatelů a data retention

Matěj Myška

Soud	Evropský soudní dvůr
Sp. zn.	C-461/10
Datum	19. 4. 2012
Dostupnost	curia.europe.eu

Právní věta:

Směrnice 2006/24¹ musí být vykládána v tom smyslu, že nebrání použití vnitrostátní právní úpravy, zavedené na základě čl. 8 směrnice 2004/48/ES², která umožňuje, aby za účelem identifikace konkrétního účastníka nebo uživatele internetu bylo poskytovateli internetového připojení nařízeno, aby majiteli nebo držiteli autorského práva sdělil totožnost účastníka, kterému byla přidělena adresa internetového protokolu (IP), která byla údajně použita při porušení uvedeného práva, neboť taková právní úprava nespadá do věcné působnosti směrnice 2006/24.

Anotace:

Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „SDEU“) v této kauze řešil aktuální otázku identifikace domnělých narušitelů autorských práv ze strany poskytovatelů internetového připojení.

Důvodem pro položení této předběžné otázky byl občanskoprávní spor skupiny švédských vydavatelů audio knih (Bonnier Audio a další) s místním poskyto-

vatelem internetového připojení Perfect Communication Sweden. Blíže neidentifikovaný zákazník tohoto poskytovatele sdílel audioknihy výše uvedených vydavatelů pomocí FTP serverů, čímž dle žalující strany porušili její výlučná autorská práva. Vydavatelům se podařilo zjistit konkrétní IP adresu domnělého narušitele, který v konkrétní okamžik na tento server předmětná díla vložil a požadovali po poskytovateli její identifikaci, tj. konkrétní jméno a adresu. Tento návrh na nařízení sdělení údajů ale společnost Perfect Communication Sweden odmítla s tím, že je takový postup v rozporu s data retention směrnicí. V odvolání ke Svea hovrätt (odvolací soud ve Svea) zároveň navrhla, aby odvolací soud položil předběžnou otázku SDEU, která by vyjasnila, zda data retention směrnice brání tomu, aby údaje na základě ní uchovávané, byly předávány jiným subjektům, než orgánům ve směrnici uvedeným. Soud prvního stupně tento příkaz zrušil, nikoliv však pro rozpor se směrnicí 2006/24, ale proto, že vydavatelství dostatečně neprokázaly skutečné porušení práv duševního vlastnictví. Nato podaly společnosti Bonnier Audio a další kasační opravný prostředek ke švédskému Nejvyššímu soudu, který SDEU položil předběžnou otázku, která měla odstranit pochybnosti, zda unijní právo brání aplikaci národního nařízení, umožňující uložit poskytovateli povinnost identifikovat domnělý subjekt porušující autorská práva.³ Její podstatou je, jak shrnul SDEU, „zda musí být směrnice 2006/24 vykládána v tom smyslu, že brání použití vnitrostátní právní úpravy, zavedené na základě článku 8 směrnice 2004/48, která umožňuje, aby za účelem identifikace konkrétního účastníka nebo uživatele internetu bylo poskytovateli internetového připojení nařízeno, aby majiteli nebo držiteli autorského práva sdělil totožnost účastníka, kterému byla přidělena IP adresa, která byla údajně použita při porušení uvedeného práva, a zda skutečnost, že dotčený členský stát směrnicí 2006/24 dosud neprovedl, třebaže již uplynula k tomu stanovená lhůta, má vliv na odpověď na tuto otázku.“

Odpověď SDEU na předložené otázky byla poměrně prozaická – úprava soukromoprávní identifikace narušitelů autorských práv je dle SDEU zcela mimo věcný rozsah směrnice 2006/24 (bod 45 rozsudku), jejímž cílem je zajistit dostupnost identifikačních údajů pro účely vyšetřování, odhalování a stíhání závažných trestných činů, jakož i jejich poskytování příslušným vnitrostátním orgánům (bod 40 rozsudku). Zároveň označil soud směrnicí 2006/24 za speciální úpravu ke směrnicí 2002/58, která se nadále vztahuje na další uchovávání (např. pro soudní řízení – bod 41 rozsudku).

Po vypořádání se věcným rozsahem data retention směrnice soud přikročil k analýze relevantních ustanovení směrnic 2002/58⁴ a 2004/48 souvisejících s identifikací uživatelů dle IP adres. Zde soud zopakoval své závěry z případů *Promusicae* (C-276/10) a *LSG* (C-557/07). Unijní právo zde ve směrnicí 2004/48 tak v čl. 8 zakotvuje právo majitelů autorských práv na infor-

3 Podľa plenárneho nálezu ÚSČR: „Soud přitom není absolutně vázán doslovným zněním zákonného ustanovení, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit v případě, kdy to vyžaduje ze závažných důvodů účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jenž mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku. Je nutno se přitom vyvarovat libovůle; rozhodnutí soudu se musí zakládat na racionální argumentaci.“ (Pl.ÚS 21/96 ze dne 04.02.1997).

4 Ak sa použije slovenské právo, ale podobný princíp obsahuje väčšina občianskych zákoníkov.

1 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/24/ES ze dne 15. března 2006 o uchovávání údajů vytvářených nebo zpracovávaných v souvislosti s poskytováním veřejně dostupných služeb elektronických komunikací nebo veřejných komunikačních sítí a o změně směrnice 2002/58/ES (dále jen „Směrnice 2006/24“).

2 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/48/ES ze dne 29. dubna 2004 o dodržování práv duševního vlastnictví (dále jen „Směrnice 2004/48“).

3 Jedná se konkrétně o § 53c švédského autorského zákona, které obsahově zhruba odpovídá § 40 českého autorského zákona.

4 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací.

mace o případných porušovateli. Směrnice 2002/58 pak dále nevylučuje možnost, „aby členské státy stanovily povinnost zpřístupnit osobní údaje v rámci občanskoprávního řízení“⁵. Na druhou stranu ale neukládá ani takovou povinnost – zavedení příslušného legislativního opatření je tak na uvážení členského státu.

V každém případě ale musí být takové opatření „zajistit spravedlivou rovnováhu mezi jednotlivými základními právy chráněnými právním řádem Unie. Navíc orgány a soudy členských států při plnění opatření provádějících tyto směrnice musí nejen vykládat své vnitrostátní právo v souladu s těmito směrnici, ale rovněž dbát na to, aby se neopíraly o takový jejich výklad, který by byl v rozporu s uvedenými základními právy nebo s jinými obecnými zásadami unijního práva, jako je zásada proporcionality.“⁶ Identifikace uživatelů dle jejich IP adresy je tak dle SDEU bezproblémová, pokud prováděcí opatření umožňuje soudu „poměřit v závislosti na okolnostech každého případu a s ohledem na požadavky vyplývající ze zásady proporcionality“⁷ dotčené protichůdné zájmy⁸.

Ač je uchovávání logicky předcházejícím krokem před zpřístupněním, není doposud adekvátně SDEU v rozhodovací činnosti řešen. Právě případ *Bonnier Audio* měl potenciál k tomu, tuto otázku adresovat. Nejasné v současné době totiž je, za jakých podmínek musejí (mohou?) operátoři uchovávat potřebné údaje pro účely vymáhání práv z duševního vlastnictví. Jinými slovy řečeno, jaká konkrétní údaje mají oprávnění majitelé autorských práv právo požadovat a v jakém režimu mohou být tyto údaje drženy. Bohužel SDEU v případě *Bonnier Audio* k těmto problematickým otázkám jasné stanovisko nezaujal. Z rozsudku ale vyplývá, že to v žádném případě nemohou být údaje drženy operátory na základě směrnice 2006/24.

Případ *Bonnier Audio* tak nelze nikterak považovat za revoluční. Na druhou stranu se ale nelze divit – předběžná otázka se svojí formulací částečně zodpověděla sama. Dovětek k položené otázce totiž zněl: „Otázka vychází z předpokladu, že navrhovatel předložil skutečné důkazy o porušení autorského práva a že opatření [identifikace uživatele] je přiměřené.“ Hrací pole si dále výrazně omezil SDEU i sám, když v bodu 37 konstatoval, že při svých úvahách vycházel z toho, že údaje využívané k identifikaci byly uchovány za podmínek stanovených ve čl. 15 odst. směrnice 2002/58 (bod 37 rozsudku). Je tedy nasnadě, že SDEU neměl příliš velký manévrovací prostor a mohl tak pouze potvrdit svůj názor z případu *Promusicae*. Logicky se taky SDEU nevyjádřil k legalitě data retention jako takové, což ovšem nelze klást příslušnému senátu za vinu – formulace předběžné otázky takovéto úvahy ani neumožňovala. Ač se předkládající soud tázal na směrnici 2006/24, neměl samotný případ s data retention *per se* totiž mnoho společného. Na názor SDEU k problematice uchovávání provozních

a lokalizačních údajů, jejich využívání a souladu těchto institutů se základními právy a svobodami si tak budou muset všechny zainteresované strany ještě počkat.

Analýza rozhodnutí SDEU ve věci SAS Institute

Jaromír Šavelka

Úvod

Problematika autorskoprávní ochrany funkcionality počítačových programů je dlouhodobě a intenzivně diskutovaným tématem. Zájem o tuto oblast pravidelně vyvolávají soudní spory, v návaznosti na něž se vždy objevují též nová odborná pojednání. Přesto je třeba konstatovat, že za oněch několik desítek let, po něž diskuse—tu intenzivněji, tu pozvolněji—probíhá, se nepodařilo přijít s konzistentním a smysluplným řešením problému, jenž se v jádru této problematiky ukrývá. Důvodem nezbytně nemusí být fakt, že se jedná o oblast, která na soudce a akademické pracovníky klade značné nároky co do rozsahu a hloubky znalostí z různých oborů, jimiž musí nutně disponovat. Problém jako takový je totiž velmi jednoduchý a k jeho pochopení bohatě postačují zcela běžné znalosti.

Ústředním bodem je konflikt dvou základních principů, na nichž je systém autorskoprávní ochrany vystavěn. První z nich vychází z klasického předpokladu dichotomie myšlenky a jejího vyjádření a základního přístupu autorského práva, které rezolutně odmítá poskytovat ochranu myšlenkám a přiznává ji právě a jen jejich vyjádřením. Druhým principem je nediskriminační ochrana výsledků tvůrčí duševní činnosti, ať už je jejich povaha jakákoli. Tyto principy přitom nelze a priori vnímat jako kontradiktorní. Přesto je na první pohled zřejmé, že zatímco smyslem prvního je omezit působnost autorského práva, účelem toho druhého je pravý opak. Jejich koexistenci lze chápat přibližně tak, že první omezuje, druhý rozšiřuje a společnou interakcí vymezují okruh předmětů, jimž je poskytována autorskoprávní ochrana. Zřejmě nepřekvapí, že se jedná o dynamický systém, který je schopen reagovat na aktuální vývoj společnosti a lze se tak tu a tam setkat s případy, kdy předmět, který byl v jisté době z působení autorskoprávní ochrany jednoznačně vyloučen, v jiné době autorskoprávní ochrany požívá.

Otázka autorskoprávní ochrany funkcionality počítačového programu zřejmě představuje případ, který leží v oblasti, kde mezi zmíněnými principy existuje jisté napětí. Z pohledu prvního z nich je totiž funkcionality počítačového programu nebezpečně blízko souboru myšlenek a je velmi sporné, zda se jedná o jejich konkrétní vyjádření. Z pohledu druhého z nich však činnost vedoucí k její specifikaci a následné implementaci nepochybně splňuje znaky činnosti tvůrčí. Problém pak spočívá v tom, že pokud dojde k neuváženému poskytnutí autorskoprávní ochrany předmětu, který je pouze myšlenkou, působení autorského práva v dané oblasti bude nezbytně excesivní a tvorba originál-

⁵ Bod 54 rozsudku ve věci *Promusicae* a čl. 13 směrnice 2002/58 ve spojení s čl. 13 odst. 1 písm. g) směrnice 95/46.

⁶ Bod 56 rozsudku ve věci *Bonnier Audio*.

⁷ Bod 61 rozsudku ve věci *Bonnier Audio*.

⁸ Ochrana práva duševního vlastnictví, již požívají nositelé autorského práva, a ochrana osobních údajů, kterou požívá uživatel internetu.

ních autorských děl činností mimořádně náročnou. To má pak přirozeně za následek snížení objemu a kvality výsledků tvůrčí činnosti v předmětné oblasti. Intuitivně se tedy nabízí konzervativní přístup a v případě pochybností autorskoprávní ochranu odepřít. To s sebou ovšem přináší riziko, že ochrana bude odepřena předmětu, kterému po právu být přiznána měla. V důsledku toho bude možno excesivně těžit z úsilí jiného a užívat produkty jeho tvůrčí činnosti. Důsledky budou přirozeně stejné jako v předchozím případě—snížení kvality a objemu produkce tvůrčích výsledků.

Z výše řečeného je pak zřejmé, že důvodem neřešení otázky bude spíše neochota soudů zaujmout jasné stanovisko, neboť toto by mohlo mít nedozírné následky. Ukázkovým příkladem takového rozhodnutí je nedávný rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) v kauze SAS Institute,¹ jehož analýza je předmětem této seminární práce. V následující kapitole jsou popsány faktické okolnosti případu. Kapitola nazvaná „Právní otázky“ představuje žádost o rozhodnutí předběžné otázky, kterou k SDEU zaslal britský High Court of Justice.² Navazující kapitola představuje samotné rozhodnutí SDEU, které následně podrobuji stručné analýze. Ta odhaluje, že SDEU se zaujmutí jakéhokoli citelnějšího postoje zcela vyhnul.

Fakta a okolnosti případu

SAS Institute je společnost působící ve Velké Británii. Vytvořila a distribuuje úspěšný softwarový produkt—účetní a analytický software. Produkt byl přitom v minulosti vnímán natolik kladně, že se na příslušném trhu ustálil jako standard a získal monopolní postavení. V kontextu analyzovaného rozhodnutí je důležité rozoznávat tři složky tohoto produktu—samotný počítačový program, datovou strukturu, se kterou pracuje, a do níž data organizuje, a programovací jazyk, jehož prostřednictvím mohou uživatelé vytvářet vlastní skripty.

Společnost World Programming se rozhodla uvést na trh konkurenční produkt. Postupovala přitom však způsobem, který se na první pohled jeví jako značně diskutabilní. Výše zmiňovaný softwarový produkt společnosti SAS Institute si totiž vzala za model a svůj produkt navrhla přesně podle něj. Nezašla přitom tak daleko, že by kopírovala samotný zdrojový nebo strojový kód tohoto produktu, avšak velmi pečlivě napodobila jeho chování tak, aby se\linebreak z pohledu uživatele oba produkty jevíly jako komplementární. Zároveň se rozhodla pro data zpracovávaná jejím produktem použít datovou strukturu vytvořenou společností SAS Institute—vysoce pravděpodobně s úmyslem zajistit kompatibilitu mezi výstupy obou konkurenčních softwarových produktů. V neposlední řadě pak také došlo k převzetí zmíněného skriptovacího jazyka. Důvodem zřejmě bylo připustit co nejmenší množství bariér, které by případným zájemcům o přejítí od produktu společnosti SAS Institute k produktu společnosti World Programming mohly v učinění tohoto kroku překážet.

Takový postup společnost SAS Institute, tvůrce prvního produktu, přirozeně vnímala jako neoprávněný zásah do autorských práv k tomuto produktu. Z toho důvodu se obrátila na britské soudy a požadovala nápravu situace. Po vleklém řízení však britský High Court of Justice naznal, že k vyřešení celého problému je zapotřebí vyjasnit určité otázky týkající se komunitárního práva. Z toho důvodu zaslal k SDEU již výše zmíněnou žádost o rozhodnutí o předběžné otázce.

Právní otázky

Vzhledem k povaze řízení, v němž bylo analyzované rozhodnutí vydáno, jsou jednotlivé právní otázky explicitně vyjádřeny v textu žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce.³ Britský High Court of Justice se SDEU konkrétně dotázal na následující (z velké části parafrázováno):

1. Jedná se o neoprávněný zásah do autorských práv autora počítačového programu, jestliže třetí osoba vytvoří jiný počítačový program, který kopíruje funkce prvního programu?
2. Hrálá při hledání odpovědi na otázku č. 1 roli některá z následujících skutečností:
 - (a) povaha nebo rozsah funkčnosti prvního programu,
 - (b) povaha nebo rozsah odbornosti, úsudku a práce, které byly, vynaloženy autorem prvního programu při vytváření funkčnosti prvního programu
 - (c) míra podrobnosti, v jaké byla funkčnost prvního programu zkopírována do druhého programu,
 - (d) rozsah rozmnožování aspektů zdrojového kódu prvního programu druhým programem?
3. Jedná se o neoprávněný zásah do autorských práv autora programovacího jazyka, jestliže třetí osoba vytvoří počítačový program, který je schopen instrukce zapsané v tomto programovacím jazyce interpretovat a provádět?
4. Jedná se o neoprávněný zásah do autorských práv autora datového formátu, jestliže třetí osoba vytvoří počítačový program, který je schopen datové soubory uložené v tomto formátu číst a také do nich zapisovat?
5. Hrálá při hledání odpovědi na otázky č. 1, 2 a 4 roli některá z následujících skutečností:
 - (a) vytvoření druhého programu na základě zkoumání, studování a zkoušení funkčnosti prvního programu,
 - (b) vytvoření druhého programu na základě čtení příručky vytvořené a zveřejněné autorem prvního programu popisující funkce prvního programu?
6. Jedná se o neoprávněný zásah do autorských práv

1 Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 22. prosince 2010, ve věci C-393/09.

2 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná britským High Court of Justice dne 11. srpna 2010, věc C-406/10.

3 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná britským High Court of Justice dne 11. srpna 2010, věc C-406/10.

- autora počítačového programu, pokud oprávněný uživatel načítá program, provozuje ho a ukládá do paměti za účelem zkoumání, zkoušení nebo studování jeho funkčnosti, aby zjistil myšlenky a zásady, na kterých je založen kterýkoliv z prvků tohoto programu, a to za situace, kdy tím dochází k překročení rozsahu poskytnuté licence?
7. Které z následujících činností spadají do rozsahu pojmu „zkoumání, zkoušení nebo studování funkčnosti počítačového programu za účelem zjištění myšlenek a zásad, na kterých je založen kterýkoliv z prvků tohoto programu“:
 - (a) zjištění způsobu, jakým první program funguje, obzvláště podrobností, které nejsou popsány v příručce, za účelem napsání druhého programu způsobem uvedeným v otázce č. 1,
 - (b) zjištění, jak první program vykládá a provádí příkazy napsané v programovacím jazyce, který program interpretuje a provádí,
 - (c) zjištění formátů datových souborů, které jsou napsány či čteny prvním programem,
 - (d) srovnání výkonu druhého programu s prvním programem za účelem zjištění důvodů, proč se jejich výkon liší, a zlepšení výkonu druhého programu,
 - (e) provádění souběžných zkoušek prvního a druhého programu za účelem srovnání jejich výstupů v průběhu vyvíjení druhého programu, zvláště provozováním stejných zkušebních skriptů prostřednictvím prvního i druhého programu,
 - (f) zjištění výstupu logovacího souboru vytvořeného prvním programem za účelem vytvoření logovacího souboru, který je z hlediska vzhledu totožný či podobný,
 - (g) zajištění, aby první program poskytoval výstupní data za účelem zjištění, zda odpovídají oficiálním databázím takových dat a pokud neodpovídají, k naprogramování druhého programu tak, aby reagoval na stejná vstupní data stejným způsobem jako první program?
 8. Jedná se o neoprávněný zásah do autorských práv autora příručky k počítačovému programu, pokud třetí osoba v jí vyvíjeném počítačovém programu rozmnožuje některý z následujících prvků popsaných ve zmíněné příručce:
 - (a) výběr statistických operací, které byly provedeny v prvním programu,
 - (b) matematické vzorce použité v příručce k popisu těchto operací,
 - (c) konkrétní příkazy či kombinace příkazů, kterými lze tyto operace vyvolat,
 - (d) volby, které autor prvního programu poskytl ve vztahu k jednotlivým příkazům,
 - (e) klíčová slova a skladbu, které rozpoznává první program,
 - (f) implicitní hodnoty, které se autor prvního programu rozhodl použít v případě, že konkrétní příkaz či volba nebudou uživatelem stanoveny,
 - (g) počet opakování, která první program za určitých okolností provede?
 9. Jedná se o neoprávněný zásah do autorských práv autora příručky k počítačovému programu, pokud třetí osoba v manuálu, který popisuje jí vytvořený počítačový program použije klíčová slova a syntax rozeznávanou prvním programem?

Přestože žádost obsahuje velké množství složitě formulovaných otázek (o jejich intuitivnější formulaci jsem se pokusil jejich parafrázováním), lze snadno vysledovat jednotící linku. Ta se týká toho, jak daleko lze z pohledu autorského práva (*sic!*) zajít při napodobování konkurenčního programu. Vzniklá situace a nadhled britského High Court of Justice daly SDEU jedinečnou příležitost složitou problematiku podrobně vyložit.

Rozhodnutí soudu

Ještě před tím, než se budeme zabývat tím, jaké odpovědi SDEU poskytl k jednotlivým otázkám, je třeba zdůraznit, že zaujal radikálně „redukcionistický“ postoj. To lze jinými slovy vyjádřit tak, že v prostoru, který byl SDEU žádostí o rozhodnutí o předběžné otázce dán, byly autorskoprávní ochraně funkcionality počítačových programů vytýčeny co nejvýraznější hranice. SDEU autorskoprávní ochranu funkcionality počítačových programů prakticky vyloučil.

V odpovědi na první z položených otázek—funkcionalita počítačového programu jako předmět autorskoprávní ochrany—vyjádřil SDEU jednoznačné negativní stanovisko. Rozhodnutí opřel o již dříve judikovaný názor,⁴ že výhradně zdrojový a strojový kód představují vyjádření počítačového programu v objektivně vnímatelné podobě. Z toho lze následně vyvodit, že pouze tato vyjádření mohou být předmětem autorskoprávní ochrany. SDEU dále připustil, že ochranného režimu autorského práva požívají též přípravné materiály, jež bezprostředně vedou k vytvoření počítačového programu. Samotné funkcionalitě počítačového programu však byla přisouzena „nálepka“ myšlenek, resp. principů, na nichž je počítačový program založen. Takový závěr pak jednoznačně znamená, že funkcionalita počítačových programů leží mimo dosah ochrany poskytované autorským právem.

Druhé otázce, která mu byla předložena k posouzení, se SDEU vyhnul a vůbec se k ní nevyjádřil. Britskému High Court of Justice tak neposkytl explicitní odpověď, zda se při svých úvahách, které se týkaly první z položených otázek, zabýval také aspekty vyjmenovanými v druhé otázce. S ohledem na odůvodnění odpovědi k první otázce se lze domnívat, že tomu tak nebylo.

Ke třetí a čtvrté otázce zaujal SDEU, stejně jako k té první, negativní stanovisko. Judikoval tak, že programovací jazyk a datový formát nemůže požívat

⁴ Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 22. prosince 2010, ve věci C-393/09.

právní ochrany jako počítačový program. Nezapomněl však poznamenat, a to v souladu s linií nastoupenou rozhodnutím v případě Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany proti Ministerstvu kultury ČR⁵, že:

[...] nemůže být dotčena možnost, aby jazyk SAS a formát datových souborů společnosti SAS Institute požívaly jakožto díla autorskoprávní ochrany podle směrnice 2001/29,⁶ pokud jsou vlastním duševním výtvorem autora [...]⁷

Páté z položených otázek se SDEU, stejně jako té druhé, ve svých úvahách vůbec nevěnoval a žadateli neposkytl explicitní odpověď. Opět se lze, a to s ohledem na odůvodnění odpovědí k první, třetí a čtvrté otázce, domnívat, že tomu tak nebylo a zmíněnými okruhy se ve svých úvahách nezabýval.

Na šestou otázku týkající se zjišťování myšlenek a zásad, na kterých je založen kterýkoli z prvků počítačového programu, odpověděl SDEU ve prospěch možnosti tuto činnost provádět, a to i přesto, že je započtena licenční smlouvou (je mimo její rozsah).

Odpovědi na sedmou otázku se SDEU rovněž vyhnul. V tomto ohledu zůstal po celou dobu zdůvodňování odpovědi na šestou otázku v obecné rovině a zabíral se tak „zjišťováním myšlenek a zásad, na kterých je založen kterýkoli z prvků počítačového programu“. Co je tím však myšleno konkrétněji nenačkal a sedmou otázku tak nepochybně SDEU ponechal bez odpovědi.

V odpovědích na osmou a devátou otázku SDEU konstatoval, že je na národním soudu, aby ověřil, zda se v konkrétním případě jedná o neoprávněný zásah do autorského práva či nikoli. Uvedl však, že jednotlivé prvky jen ztěžují naplnění znaky autorského díla, a proto:

Teprve výběr, uspořádání a kombinace těchto slov, těchto číslic nebo matematických pojmů autorovi umožňují, aby vyjádřil svého tvůrčího ducha originálním způsobem a aby dosáhl výsledku, tedy uživatelské příručky k počítačovému programu, který představuje duševní výtvor [...]

SDEU rovněž zdůraznil, že není podstatné, zda k napodobování předmětných prvků manuálu k prvnímu počítačovému programu dochází v rámci manuálu \linebreak k druhému počítačovému programu nebo tohoto programu samotného.

Analýza rozhodnutí

Již v předchozím textu bylo naznačeno, že se SDEU svým rozhodnutím přidržel linie odsouzení problematiky autorskoprávní ochrany funkcionality počítačových programů do pozadí a k problému se prakticky nevyjádřil. Toto tvrzení se může jevit býti ve zdánlivém rozporu s tím, když jsem v předchozí sekci uvedl, že

[...] zaujal radikálně „redukcionistický“ postoj. To lze jinými slovy vyjádřit tak, že v prostoru, který byl SDEU žádostí o rozhodnutí o předběžné otázce dán, byly autorskoprávní ochraně funkcionality počítačových programů vytyčeny co nejvýraznější hranice. SDEU autorskoprávní ochranu funkcionality počítačových programů prakticky vyloučil.

Ve skutečnosti si však obě tvrzení neodporují—proč tomu tak je, osvětlím \linebreak v následujícím textu.

Z předchozí kapitoly vyplývá, že se SDEU vyhnul poskytnutí explicitních odpovědí na druhou, pátou a sedmou otázku. Zároveň si lze velmi jednoduše všimnout toho, že jsou si všechny tyto otázky vzájemně velmi podobné. Všechny totiž SDEU vybízejí k tomu, aby poodhalil (chtělo by se říci „otevřel externí kritice“) detaily úvah, které ho vedly k zaujetí některých zásadních postojů. Díky způsobu formulace druhé a třetí otázky bylo možno odpověď dovést interpretací. Ta však není příliš uspokojivá, neboť jednoznačně poukazuje na fakt, že některé aspekty, u nichž britský High Court of Justice intuitivně tušil, že mohou být pro zaujetí postojů klíčové, SDEU zcela nepokrytě ignoroval. To přesto, že mu byly „předloženy na zlatém podnose“. Zřetelně tak odmítl výzvu prozkoumat detaily a některé nuance problematiky autorskoprávní ochrany počítačových programů. Odpověď na sedmou z položených otázek nelze ani dovést. V každém případě SDEU své rozhodnutí položil do velmi obecné roviny a ponechal značné množství prostoru pro spekulace, co jím vlastně chtěl sdělit.

Přestože je výše naznačený přístup, dle mého názoru, zcela neakceptovatelný—rozhodnutí mohlo osvětlit alespoň některé problematické body prostřednictvím odpovědí na zbývající otázky. Ty totiž SDEU explicitně poskytl. Přesto mám za to, že rozhodnutí do problematiky nové světlo nepřináší. Důvodem je naprostá pojmová neukotvenost. Když tedy SDEU mluví o funkcionalitě počítačového programu, není zřejmé má-li na mysli konkrétní funkce operující nad daty, tedy funkce v matematickém slova smyslu, a nebo něco jiného. Je-li pravdivá první z možností, pak svým rozhodnutím skutečně neříká naprosto nic. To, že autorské právo nechrání matematické funkce je přece univerzálně platnou maximou. Například § 2 odst. 6 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů, jasně stanoví, že:

Dílem podle tohoto zákona není zejména námět díla sám o sobě, denní zpráva nebo jiný údaj sám o sobě, myšlenka, postup, princip, metoda, objev, vědecká teorie, *matematický a obdobný vzorec*, statistický graf a podobný předmět sám o sobě.

V případě, že SDEU pracoval s jiným pojetím funkcionality—tedy nazíral ji „holisticky“ jako soubor příslušných funkcí, vlastně to, co počítačový program dělá, co uživateli umožňuje a jak k němu vystupuje, považují následující tvrzení přinejmenším za problematické.

5 Ibidem.

6 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/29/ES ze dne 22. května 2001 o harmonizaci určitých aspektů autorského práva a práv s ním souvisejících v informační společnosti.

7 Body 44–46 rozsudku Soudního dvora EU ze dne 22. prosince 2010, ve věci C-393/09.

Na první až pátou otázku je tedy třeba odpovědět, že čl. 1 odst. 2 směrnice 91/250 musí být vykládán v tom smyslu, že ani funkce počítačového programu, ani programovací jazyk či formát datových souborů užívaných počítačovým programem za účelem využití některých z jeho funkcí nepředstavují formu vyjádření tohoto programu, a v důsledku toho nepoživají autorskoprávní ochrany počítačových programů ve smyslu této směrnice.⁸

Důvod, proč toto tvrzení považují za problematické je pocit, že dochází k odepření ochrany předmětu, jemuž po právu měla být přiznána. V tomto ohledu však za sebe nechám mluvit samotný SDEU, a to úryvkem, který pochází z téhož rozhodnutí (sic!) a vyjadřuje se k autorskoprávní ochraně prvků, které byly umístěny v manuálu k softwarovému produktu společnosti SAS Institute.

Teprve *výběr, uspořádání a kombinace* těchto slov, těchto číslic nebo *matematických pojmů* autorovi umožňují, aby vyjádřil svého tvůrčího ducha originálním způsobem a aby dosáhl výsledku, tedy uživatelské příručky k počítačovému programu, který představuje duševní výtvar [...]

Předkládajícímu soudu přísluší ověřit, zda rozmnožení uvedených prvků představuje rozmnožení vyjádření vlastního duševního výtvaru autora uživatelské příručky k počítačovému programu dotčenému ve věci v původním řízení.⁹

Mám za to, že pokud SDEU pracoval s výše naznačeným „holistickým“ pojetím funkcionality, jednalo by se o zásadní nekonzistenci v přístupu k dvěma odlišným předmětům ohledně toho, zda spadají pod ochranný režim autorského práva či nikoli. Samozřejmě je nutné volit odlišný přístup k běžným literárním dílům a počítačovým programům (například kvůli problematice týkající se interoperability), avšak takto radikální rozdíl by se nutně musel jevit jako excesivní. Spíše tak mám za to, že SDEU analyzovaným rozhodnutím nesdělil vlastně nic a do problematiky autorskoprávní ochrany funkcionality počítačových programů žádné světlo nevnesl.

Christian van 't Hof, Rinie van Est, Floortje Daemen: Check In / Check Out. The Public Space as an Internet of Things

Eva Fialová

Van 't Hof, Christian; Van Est, Rinie; Daemen, Floortje: Check In / Check Out. The Public Space as an Internet of Things. Vyd. 1. Rotterdam: NAI Publisher, 2011. 157 s. ISBN: 978-90-5662-808-6.

Publikace Check In / Check Out. The Public Space as an Internet of Things (česky Přihlásit se / odhlásit se.

⁸ Odstavec 46 rozsudku Soudního dvora EU ze dne 22. prosince 2010, ve věci C-393/09.

⁹ Ibidem, odstavce 67 a 68.

Veřejný prostor jako internet věcí) je výsledkem tříletého výzkumu nizozemského Institutu Rathenau, zaměřeného na výzkum ochrany soukromí, osobních údajů a dalších aspektů informační společnosti.

Jak již název knihy napovídá, je tématem publikace veřejný prostor jako síť, v níž jsou jednotlivé body navzájem propojené informačními a telekomunikačními technologiemi. Lidé, pohybující se tímto prostorem se čím dál častěji, ať vědomky či nevědomě „přihlašují“ do sítě podobné internetu. Autoři publikace popisují fenomén digitalizace veřejného prostoru na konkrétních projektech, představují fungování jednotlivých systémů a analyzují problémy s nimi spojené. Více než na technické fungování systémů se však autoři zaměřují na rizika spojená s ochranou soukromí a užití zpracovávaných dat pro komerční účely.

Zkoumané projekty jsou rozděleny do pěti tematických oblastí. První z nich je digitalizace veřejné dopravy za použití karet vybavených RFID čipem. Autoři porovnávají hongkongský, tokijský, londýnský a nizozemský systém čipových karet nahrazujících klasické časové kupóny. Tato změna vyvolala ve výše zmíněných zemích vlnu kritiky způsobené počátečními chybami systému a obavou, že údaje o vykonaných cestách budou zneužity pro účely přímého marketingu.

Další zkoumanou oblastí je sledování automobilů pomocí sítě GPS a senzorů a kamer instalovaných na silnicích. Kromě původního účelu, kterým je vybírání mýtného pouze v případě uskutečněné jízdy, může být znalost přesné polohy konkrétního vozidla neoprávněně využita policií, či dokonce soukromými společnostmi pro komerční účely.

Třetí oblastí, v níž se v příštích letech čeká masivní rozvoj, je provádění plateb prostřednictvím mobilních telefonů a technologie NFC (*Near Field Communication*). Jako čtvrtou oblast si autoři publikace vybrali kamerové systémy, tzv. CCTV a pátou geodata, zejména pak aplikaci *Google Earth*.

Hlavní pozornost věnují autoři managementu identity (*identity management*) a ochraně prostorového soukromí (*spatial privacy*). Identity management autoři analyzují zvlášť pro každou zkoumanou oblast, neboť každá z nich skýtá odlišné problémy z hlediska ochrany osobních údajů. Hlavní otázky jsou však společné a vyplývají z přesunu člověka ze života na síti do života v síti. Digitalizace a s ní související databáze dat způsobuje, že virtuální identita člověka se ve srovnání s jeho fyzikou identitou neustále obohacuje. Virtuální identita nemusí být nutně spojená se jménem. Faktorem ovlivňující odlišné zacházení může být počet logů do sítě. Identity management musí uživatelům sítě poskytovat možnost ovlivnit zda, a jakým způsobem mají třetí osoby přístup k informacím, na jejíž základě jsou pak tyto uživatelé posuzováni. Tuto kontrolu své vlastní virtuální identity nazývají autoři zplnomocnění (*empowerment*). Právě hledisko empowermentu je podle autorů to, co by mělo doplnit stávající principy ochrany osobních údajů.

Knihy je doplněna o vysvětlující texty, jež objasňují jak principy fungování technologií zmiňovaných v hlavním textu, tak principy ochrany osobních údajů

a identity managementu. Jelikož jazyk informačních a komunikačních technologií je plný zkratk, přílohou publikace je seznam nejdůležitějších z nich.

Ačkoli tematika, kterou se kniha zabývá, může vyvolat představu, že se jedná o publikaci určenou pouze pro IT odborníky, opak je pravou. Check In / Check Out je knihou určenou pro všechny, kteří se chtějí dozvědět o trendech v digitalizaci prostoru kolem sebe a o rizicích pro soukromí, jenž sebou tato digitalizace přináší.

D. J. B. Svantesson: *Private International Law and the Internet.*

Tereza Kyselovská

D. J. B. Svantesson. *Private International Law and the Internet.* 2nd Edition. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2012. 557 str. ISBN 978-90-411-3416-5.

Dana Svantessona není jistě nutné čtenářům Revue dlouze představovat. Jde o pravidelného účastníka a spoluorganizátora prestižní mezinárodní konference Cyberspace, kterou každoročně pořádá Ústav práva a technologií Právnické fakulty MU. Dan Svantesson působí jako vysokoškolský pedagog na Bond University v Austrálii, je členem řady dalších organizací a edičních rad. Ve své publikační a výzkumné činnosti se zaměřuje na otázku mezinárodního práva soukromého na internetu a s tím spojených otázek. Tento příspěvek si klade za cíl seznámit čtenářem s druhým vydáním jeho monografie *Private International Law and the Internet*.

Na úvod je nutné uvést, že se jedná o jednu z velmi mála publikací, která se zabývá právě touto otázkou. Řada jiných autorů a publikací se věnuje jen vybraným otázkám, typicky e-commerce, online defamation, online intellectual property rights apod. Případě globálně vztahem práva jako takového, internetu a metod regulace. Komplexní přístup k velmi aktuální problematice mezinárodního práva soukromého ve vztazích vznikajících online tak velmi chybí. Dan Svantesson se ve své publikaci zabývá teoreticko-analytickým přístupem k těmto otázkám. Ve své publikaci jde od úvodní popis internetu a mezinárodního práva soukromého přes vybrané právní instrumenty a jejich hraniční určovatele k návrhům de lege ferenda. Pokrývá řadu otázek a problémů. Což se na některých místech projevuje poměrně povrchním přístupem.

Vzhledem k tomu, o jak široké téma se jedná, si jej autor omezil na problematiku smluvních závazků (smlouvy mezi podnikateli a spotřebitelské smlouvy), mimosmluvních závazků (online defamace) a práv k ochranné známce. Tyto okruhy zkoumá z pohledu norem mezinárodního práva procesního (pravidel pro založení, resp. odmítnutí mezinárodní pravomoci soudů, uznání a výkonu cizích soudních rozhodnutí) a kolizních norem (pravidel pro určení práva rozhodného v soukromoprávních vztazích s mezinárodním prvkem). Analýzu provádí z pohledu vybraných právních řádů, zejména Austrálie, Anglie, Německa, Hongkongu, Číny, Švédska a USA. Zejména pro kontinentálního právníka

je zajímavé srovnání s instituty anglosaského práva nebo „exotických“ právních řádů typu Hong Kong a Čína.

V prvních kapitolách se autor zabývá charakteristikami internetu a mezinárodního práva soukromého. Internet je tradičně pojímán jako místo bez hranic. Naopak mezinárodní právo soukromé je založeno na zásadě teritoriality. Každý právní poměr, událost, věc se sněží navázat pomocí hraničního určovatele k území určitého státu. Pravidla mezinárodního práva soukromého by měla zajišťovat právní jistotu a předvídatelnost. Je pak otázkou, nakolik mám tato „bezhraničnost“ internetu svůj význam. Autor analyzuje jednotlivé charakteristiky internetu a jeho praktické dopady. V dalších kapitolách se autor zabývá rozbořem nejdůležitějších právních předpisů a jejich hraničních určovatelů, především unijních směrnic a nařízení, přímých norem a některých iniciativ na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého. Tato kapitola se vyznačuje jistou povrchností a zjednodušením. Vzhledem k počtu předpisů autor nešel do detailů jejich právní úpravy. Je třeba říci, že oproti prvnímu vydání byly tyto části upraveny a doplněny. A to především s ohledem na vstup některých nařízení v platnost (Nařízení Řím I, Řím II) a posledních rozhodnutí Soudního dvora EU. Tato rozhodnutí jsou významná (s ohledem na univerzální působnost těchto unijních pramenů) právě pro interpretaci některých hraničních určovatelů v online kontextu. Zřejmě nejvýznamnější a nejdůležitější částí je kapitola zabývající se kritikou stávajících pravidel mezinárodního práva soukromého a procesního.

Autor se zabývá nejen právní úpravou de lege lata, ale v posledních kapitolách činí krok vpřed úvahami o geolokačních technologiích a jejich praktickými dopady. V závěru jsou obsaženy vzorové úmluvy o online smlouvách a online defamaci. V této části lze najít zajímavé podněty nejen pro praxi, ale i úvahy na mezinárodní smluvní úrovni. Bonusem oproti prvnímu vydání jsou přílohy, která obsahují jakýsi „checklist“ pro postup při uzavírání online smluv a pro potenciální sporné strany v řízení.

Knihu lze doporučit jak odborníkům v této oblasti, tak studentům a dalším, kteří se chtějí touto fascinující a nesmírně aktuální oblastí zabývat. Publikace obsahuje rozsáhlý poznámkový aparát a přehled použitých zdrojů. Lze ji tak použít jako výborný výchozí bod pro další samostatný výzkum.

Paul Nihoul, Peter Rodford: *EU electronic communications law*

Matěj Myška

NIHOUL, Paul a Peter RODFORD. *EU electronic communications law: competition and regulation in the European telecommunications market.* 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, xxxvi, 499 s. ISBN 9780199601868.

Telekomunikační sítě a služby jsou páteří rozvoje evropského informační společnosti a digitální ekonomiky – s těmito slovy prezentovala Evropská komise druhý regulační

balíček elektronických komunikací. Právě jeho přijetí bylo jedním z hlavních důvodů aktualizace a přepracování „právníkova průvodce galaxií telekomunikačních předpisů“ od Paula Nihoula a Petera Rodforda. V aktuální rukověti shrnuli autoři svoje akademické, i praktické zkušenosti¹ s tímto dynamicky rozvíjejícím se sektorem.

Struktura knihy odpovídá jejímu praktickému zaměření a pokrývá všechny nutné oblasti k úspěšnému vstupu podniku na trh elektronických komunikací. Analyzovány jsou vždy tři základní roviny právní regulace dle dotčených subjektů, tj. B2B, B2C, B2G.

První úvodní kapitola seznamuje čtenáře s historií vývoje regulací elektronických komunikací na úrovni EU, jejími aktuálními změnami, jakož i s oborovými institucemi.² Pozornost je věnována i otázkám liberalizace trhu a privatizace bývalých národních poskytovatelů služeb elektronických komunikací a to i se zohledněním nabývání podílů zahraničními subjekty.

Respektujíc potřeby praktiků, podávají v druhé kapitole autoři výklad o fázi před vstupem na trh tj. splnění určitých formálních náležitostí daných zejména autorizační směrnicí.³ Smyslem reformy mělo být právě odstranění překážek vstupu na trh a zachování co nejvyšší možné míry volnosti trhu. Jediným aplikovatelným instrumentem je obecné oprávnění, které je v podstatě mechanismem, který zaručuje každému subjektu bez rozdílu přístup na trh, pokud se zaváže splňovat určité podmínky. generální

Dalším tématem, pojednaným v kapitole, třetí jsou otázky přístupu sítím elektronických komunikací a přiřazeným zařízením, a to jak v kontextu obecného soutěžního práva (doktrína „essential facilities“), tak specificky v sektoru elektronických komunikací. Do popředí zájmu se tak dostává směrnice přístupová⁴ a v ní obsažené povinnosti ukládané podnikům zajišťující veřejně přístupné sítě elektronických komunikací. Logicky je největší pozornost věnována povinností ukládaným podnikům s významnou tržní silou – předpokladem je samozřejmě ale určení takového relevantního trhu a zjištění, zda je tento konkurenční.

Poslední kapitola se věnuje povinnostem, které předepisuje regulační rámec poskytovatelům služeb veřejných komunikací ve vztahu k jejich uživatelům. Adresovány jsou tak otázky týkající se kvality poskytované služby, informační povinnosti poskytovatele služby či trvání a ukončení smlouvy o poskytování služby.

Vzhledem k množství osobních údajů zpracovávaných je adekvátní pozornost věnována i jejich ochraně. V závěru publikace věnují autoři pozornost i řešení sporů mezi poskytovatelem a uživatelem a to z perspektivy sektorové regulace i obecného soutěžního práva.

Knihy má rozsáhlý poznámkový aparát, kterým odkazuje čtenáře na další informační zdroje, příp. judikaturu či rozhodovací činnosti regulačních orgánů. Přehlednost práce a komfort práce s ní zvyšuje jak rozsáhlý obsahový rejstřík, tak seznam relevantních ustanovení jednotlivých regulačních nástrojů s odkazem na příslušné pasáže knihy.

První vydání, jak uvádějí autoři v předmluvě, bylo přijato velmi pozitivně a stalo se pro mnohé z čtenářů výchozím referenčním bodem pro sektor elektronických komunikací. Vzhledem k fundovanosti, kvalitě a výrazně praktickému zaměření recenzované publikace není důvod, aby se stejným ohlasem nesetkalo i vydání druhé. Pro praktiky, ale i akademiky, v současné době na trhu neexistuje komplexnější publikace zpracovávající právo elektronických komunikací do takové hloubky.

Pavel Mates, Eva Janečková, Václav Bartík: Ochrana osobních údajů

Eva Fialová

MATES, Pavel, JANEČKOVÁ Eva, BARTÍK Václav, *Ochrana osobních údajů*, Vyd. 1, Praha: Leges, 2012. 208 s. ISBN 9788087576120,

Řadu publikací o ochraně osobních údajů rozšířila v letošním roce práce autorského kolektivu Pavla Matese, Evy Janečkové a Václava Bartíka nazvaná zcela věcně Ochrana osobních údajů. Kdo by v ní čekal pouhý obecný výklad o ochraně osobních údajů, byl zklamán. Autoři publikace si dali za cíl zmapovat právní úpravu zpracovávání osobních údajů v nejrůznějších oblastech. V knize čtenář najde předpisy týkající se zpracovávání osobních údajů v pracovněprávních vztazích, při nahlížení do spisu, v exekučním řízení, ve správním řízení, ve školství, ve zdravotnictví, apd. Ucelené je představena ochrana osobních údajů v situacích, jakými jsou např. zpracovávání rodného čísla, vydávání věrnostních karet, tvorba registrů dlužníků, rozesílání obchodních sdělení nebo ochrana osobních údajů v kolizi s právem na informace.

Autoři byli zřejmě vedeni myšlenkou nezabývat se systematicky zákonem č. 101/2000 Sb. o ochraně osobních údajů, což není nepochopitelné, neboť o ochraně osobních údajů obecně bylo v minulosti napsáno mnoho. Úvodní kapitola je proto věnována pouze principům právní úpravy ochrany osobních údajů. Autoři kromě výše zmíněného zákona vycházeli z Úmluvy Rady Evropy č. 108 o ochraně osob se zřetelem na automatizované zpracování osobních dat z roku 1981. Uvedené zásady však bohužel ve zvláštní části textu již dostatečně neakcentují, byť některé ze zvláštních právních úprav obecné principy zpracování osobních údajů nedodržují, byť je častým prohrěškem

1 Peter Rodford je bývalým vedoucím jednotky B1 Generálního ředitelství Informační společnost a média, která byla zodpovědná sjednávání nového regulačního rámce.

2 Nejvýznamnější institucionální změnou změny právního rámce regulace e-komunikací bylo vytvoření Sdružení evropských regulačních orgánů v oblasti elektronických komunikací (BEREC) a Úřadu. BEREC a Úřad byl vytvořen na základě nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1211/2009 ze dne 25. listopadu 2009 o zřízení Sdružení evropských regulačních orgánů v oblasti elektronických komunikací (BEREC) a Úřadu.

3 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/20/ES ze dne 7. března 2002 o oprávnění pro sítě a služby elektronických komunikací (autorizační směrnice)

4 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/19/ES ze dne 7. března 2002 o přístupu k sítím elektronických komunikací a přiřazeným zařízením a o jejich vzájemném propojení (přístupová směrnice).

nerespektování zásady potřeby a přiměřenosti podle č. 5 písm. c) Úmluvy č. 108. Jedná se např. o zákonný požadavek na uvedení rodného čísla jako jednoho z identifikátorů fyzické osoby.

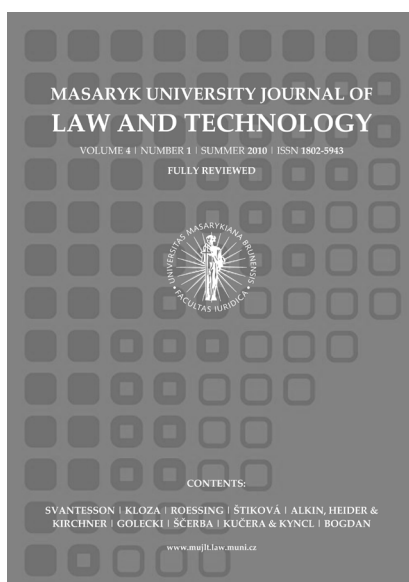
Přínosem této publikace je nepochybně její kritické hodnocení zažitých praxí v jednotlivých oblastech, kde se osobní údaje zpracovávají. Autoři poukazují na příklad na vedení třídních knih, ve kterých se mohou vyskytnout citlivé údaje žáka, zejména o jeho zdravotním stavu, na nahlížení do zápisu o jednání zastupitelstva, jenž je bez dalšího přístupný osobám starším 18 let za předpokladu, že mají v obci trvalé bydliště. Jiné osoby mohou zápis

získat na základě zákona o svobodném přístupu k informacím. Argument ochrany osobních údajů postrádá relevanci zvláště ve velkých obcích s tisíci obyvateli, kteří mají právo na volný přístup k zápisu z jednání zastupitelstva.

Přestože publikace Pavla Matese, Evy Janečkové a Václava Bartíka nemá ambice poskytnout čtenáři celkový přehled právní úpravy ochrany osobních údajů v České republice, může sloužit zejména v právní praxi jako šikovná pomůcka v nejčastějších situacích spojených se zpracováním osobních údajů.

MASARYK UNIVERSITY JOURNAL OF LAW AND TECHNOLOGY

www.muji.lt.law.muni.cz



Masaryk University Journal of Law and Technology je odborný recenzovaný časopis zaměřený na oblast technologického práva, který od roku 2007 vychází na půdě Masarykovy univerzity. Standardně je vydáván dvakrát ročně v angličtině. Časopis je registrován v databázi periodického tisku u Ministerstva kultury ČR pod číslem E 17653 a dále je zapsán v seznamu recenzovaných neimpaktovaných periodik vydávaných v ČR vedeném Radou pro výzkum, vývoj a inovace. Jeho distribuci na území České republiky a Slovenska zajišťuje společnost Wolters Kluwer ČR, a. s., v zahraničí pak Medien und Recht Verlags GmbH. Partnery časopisu jsou také rakouská advokátní kancelář Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG a slovenská AS Legal, s.r.o., advokátska kancelária.

Časopis je zařazen do prestižní mezinárodní databáze Heinonline (www.heinonline.org).

SOFTWARE PROTECTION

A Comparative Perspective

Josef Donát - Martin Maisner - Radim Polčák (editors)

Josef Donát • Martin Maisner • Radim Polčák (eds.)

Software Protection

A Comparative Perspective



MUR Verlag Medien und Recht • Wien • München

The aim of the editors of the book was to provide academics and practitioners in the field of ICT law with basic comparative information on fundamental questions of software protection in different jurisdictions worldwide. Lawyers from member firms of MULTI-LAW in 24 jurisdictions and the legal experts from the Institute of Law and Technology, Faculty of Law, Masaryk University, contributed to this publication.

Radim POLČÁK provides a methodological introduction into the topic ("Approaching Software Law"), followed by an essay on the conflict of law rules regarding software ("International Protection of Software") by Tereza KYSELOVSKÁ.

Country reports from law firms of the MULTI-LAW network worldwide give an insight into the respective national legal situations:

Argentina (Zang, Bergel & Viñs Abogados) - Austria (Schmidtmayr, Sorgo, Wanke) - Canada/Ontario (Shibley Righton LLP) - Canada (Miller Thomson LLP) - Colombia (Rodríguez & Cavelier) - Czech Republic (ROWAN LEGAL) - Denmark (Advokatgruppen) - France (Jobard, Chemla & Associates) - Germany (Schalast & Partner Rechtsanwälte) - Hong Kong (Fairbairn Catley Low & Kong) - Hungary (Csabai & Partner) - Italy (Astolfo Di Amato & Associati Avvocati/Jenny & Partners) - Japan (Ushijima & Partners) - Luxembourg (Felten & Associé) - New Zealand (Lowndes Associates) - Poland (WKB Wiercinski, Kwiecinski, Baehr) - Portugal (Abreu Advogados) - Russia (Yust Law firm) - Singapore (Donaldson & Burkinshaw) - Slovakia (ROWAN LEGAL) - South Africa (Garlicke & Bousfield Inc.) - Thailand (Tilleke & Gibbins) - United Kingdom (Martineau and Penningtons Solicitors LLP) - USA (Duane Morris LLP/Frost Brown Todd LLC).

A comparative synopsis prepared by Matěj MYŠKA and Jaromí ŠAVELKA summarizes the accounts of the national legal reports.

Funding of this publication was provided by an academic research project of the Czech Ministry of Education and the ESF through operational funds.

The editors: Josef DONÁT and Martin MAISNER, attorneys and partners at ROWAN LEGAL, Prague; Radim POLČÁK, head of the Institute of Law and Technology (ILT), Faculty of Law, Masaryk University, Brno.

Available at: <http://www.mur-verlag.de>

Právne teoretické aspekty elektronické kontraktácie

Tomáš Ščerba

1. Úvod.....	38
2. Metóda a základné tézy	39
2.1 Právny pozitivizmus	39
2.2 Právny formalizmus	42
2.3 Teória prirodzeného práva	45
2.4 Teória právneho realizmu	49
2.5 Právna komparatistika ako základná metóda	53
2.6 Pragmatická metóda ako nástroj získania reprezentatívnych záverov	55
2.7 Základná téza	56
3. Teória kontraktu	57
3.1 Základné rímskoprávne východiská pre obligačné právo	57
3.2 Kontinentálne (nemecké) obligačné právo	61
3.3 Anglo-americké obligačné právo	62
3.4 Teoretickoprávne východiská právneho jednania, vôle a jej prejavu	65
3.4.3 Vadnosť právneho jednania	69
4. Základné právne otázky elektronickej kontraktácie	70
4.1 Dištančný aspekt právnych vzťahov vznikajúcich v prostredí internetu	70
4.2 Problematika súdnej právomoci a rozhodného práva v prostredí kyberpriestoru	71
4.2.2 Problematika hraničných určovateľov v prostredí internetu	72
4.3 Automatizovaná kontraktácia prostredníctvom automatizovaných agentov	74
5. Základný právny rámec elektronickej kontraktácie.....	77
5.1 Relevantná právotvorba v prostredí Českej republiky.....	78
5.2 Relevantná právotvorba na úrovni Európskych spoločenstiev	83
5.3 Relevantná právotvorba na úrovni medzinárodných organizácií	83
6. Písomná elektronická kontraktácia	84
6.1 Úvodná poznámka k forme právneho úkonu v intenciách súčasnej právnej teórie	84
6.2 Druhy súčasným právnym poriadkom určených foriem právneho jednania.....	85
6.3 Základné východiská a medzinárodný kontext problematiky písomnosti elektronických kontraktov	86
6.4 Písomná forma právneho úkonu v českej právnej proveniencii	87
6.5 Podpis ako obligatórna náležitosť písomnej formy	89
6.6 Nahradenie podpisu inými právom uznanými prostriedkami.....	90
6.7 Elektronický podpis	91
6.8 Právne aspekty click-wrap zmlúv	98
6.9 Právne aspekty click-through zmlúv	101
7. Konkludentná elektronická kontraktácia	102
7.2 Právne aspekty browse-wrap zmlúv	103
8. Špecifické formy elektronickej kontraktácie	105
8.1 Právne aspekty elektronických aukcií	105
8.2 Právne aspekty elektronickej kontraktácie realizovanej prostredníctvom informačného systému dátových schránok	108
9. Syntéza a námety de lege ferenda.....	112
Resumé.....	113
Zoznam použitej literatúry	114

Právně teoretické aspekty elektronické kontraktace

Abstrakt

Článek se zabývá právně-teoretickými aspekty elektronické kontraktace. Základním cílem práce je ověření v článku stanovené hypotézy, zda je pomocí prostředků ICT možné dostát jednotlivým náležitostem tzv. dokonalého kontraktu. V závěru článek obsahuje několik úvah de lege ferenda.

Klíčová slova

elektronická kontraktace, kyberprostor, teorie dokonalého kontraktu, automatizovaní agenti, datové schránky

Abstract

The paper deals with legal theoretical aspects of electronic contracting. The immediate objective of the paper is verification of its hypothesis, i.e. if it is possible, via using ICT instruments, to arrive to particular requirements for a so-called perfect contract. At the end, the paper contains de lege ferenda treatise.

Key words

electronic contracting, cyberspace, theory of perfect contract, automatic agents, data inboxes

JUDr. Tomáš Ščerba



tomas.scerba@gmail.com

JUDr. Tomáš Ščerba je absolventem PrF MUNI. V rámci své domácí a zahraniční publikační a přednáškové činnosti (Harvard University, USA, Washington, DC, Kings College London, UK) se extenzivně věnuje právu elektronických smluv, jejím občanskoprávním a obchodněprávním aspektům. JUDr. Tomáš Ščerba je současně advokátem pravidelně poskytujícím právní pomoc významné domácí i zahraniční klientele v oblasti korporátního, transakčního a ICT práva v komplexních přeshraničních projektech.

1. Úvod

České práve prostredie už dávno nežije iba štandardnými právnymi inštitútmi, osvedčenou právnou reguláciou dlhodobo historicky pretrvávajúcich právnych vzťahov či výhradne historicky pertraktovanými mechanizmami právnej reglementácie. Kedysi temer exotické skutočnosti, ako internet, virtuálny svet či dokonca kyberpriestor, sú dnes v zásade vžitými konceptmi, s ktorými sa právo na jednotlivých úrovniach musí adekvátnym spôsobom vysporiadať. Snahou právo tvorcu tak nie je len príslušnou právnou úpravou dobiehať rozbehnutý vlak technologického pokroku, ale predovšetkým primeraným spôsobom poskytovať právnú ochranu adresátom a recipientom právnych noriem i na takzvanom úseku virtuálneho sveta každý jednotlivý deň.

V každom prípade je potreba taktiež povedať, že moderná doba si sama vyžiadala potrebu existencie elektronických dokumentov, elektronického doručovania realizovaného metódami, ktoré ešte pred niekoľkými málo rokmi boli iba vzdialenou chimérou či dokonca toľko akcentovanej potreby dlhodobého ukladania a spoľahlivej ochrany digitálnych dát. Zdá sa, že nikoho preto ani v náznaku neprekvapí, že všetky tieto skutočnosti musí adekvátne reflektovať i právo elektronických kontraktov. V prostredí kyberpriestoru, kde, dá sa konštatovať, neplatia klasické zákonitosti bežného právneho prostredia, dochádza k zrodu celkom nových, do dnešnej doby nepoznaných, mechanizmov a právnych skutočností, ktorých znalosť je evidentne pre budúcnosť nemálo významná. V takto dynamicky sa rozvíjajúcom virtuálnom prostredí, majú v pamäti špecifické zákonitosti tohto systému, je možné dospieť k riadnemu poznaniu jednotlivých kyberpriestorových javov právnou analýzou založenou predovšetkým na elementárnych prvkoch jednotlivých druhov právnej interpretácie s dôsledným využitím právnej teórie. Teoreticko-právne východiská a špecifické postupy z nich vyplývajúce sú v tomto smere nielen nadmieru užitočné, ale v konečnom dôsledku i nanajvýš praktické. V tomto prípade je tak potreba zotrvať zrejme na myšlienke, že virtualizácia právnych vzťahov v spoločnosti nie je ničím samoúčelným. Je prejavom aktuálnych potrieb spoločnosti na efektívnosť jednotlivých procesov, rýchlosť komunikácie, procesnú ekonomiu a obecnú nákladovosť jednotlivých vstupov. Takáto virtualizácia potom nie je odstrašujúcim démonom, niečím právnemu laikovi či praktikujúcemu právnemu profesionálovi nutne vzdialeným, ale naopak výsledkom chceným, tzn. kýženým výrazom momentálnych potrieb spoločnosti, na ktoré musí prirodzene príslušná právna úprava vhodne reagovať. Iný postup by ani nebol žiaduci, keďže dnes už, jednoducho povedané, niektoré vžité skutočnosti elektronického sveta tvoria integrálnu súčasť každodenného chodu jednotlivých subjektov práva. Nie je to len mobilná telefónia, (virtualizovaný) prenos dát prostredníctvom k tomu určených serverov či jeho bežný prejav v podobe prístupu k internetu, ale sú to napríklad

i zložitejšie a technicky sofistikovanejšie procesy reprezentované typicky bezpečnostnými dlhodobými úložiskami pre elektronické (konvertované) dokumenty či celé elektronické prevádzkové celky s pokročilou korporátnou softwarovou a hardwarovou architektúrou.

Berúc v úvahu doposiaľ nie vyčerpávajúco popísané nedozerne možnosti virtuálneho sveta, predstavuje tzv. užívateľský elektronický svet a problematika elektronického sveta kontraktácií iba nepatrný zlomok skúmateľnej právnej oblasti kyberpriestoru. Nie je preto ani jednoduché vyselektovať konkrétnu partíciu tejto problematiky pre ďalší výskumný zámer. Z dôvodov nie výhradne doktrínálnych, ale rovnako i z dôvodov všeobecne praktických, cieľom tohto článku je poskytnúť právnú analýzu teoreticko-právnych východísk a ďalších špecifických javov elektronických kontraktácií v českom právnom prostredí a jej základnom zrovnaní s právnymi aspektmi právnych poriadkov zahraničnej právnej proveniencie, predovšetkým potom nemeckej a anglosaskej.

Základnou ideou tohto článku je tak pri zohľadnení vyššie uvedených determinantov objasniť jednotlivé predpoklady a určujúce charakteristiky tzv. teórie dokonalého kontraktu, ako bude podrobnejšie rozobraté v ďalších subkapitolách tohto článku v svetle kyberpriestorových vzťahov. Výsledkom tohto skúmania teda má byť overenie základnej hypotézy tohto článku, ktorá bola pre účely získania reprezentatívnych záverov stanovená. Konkrétne sa potom jedná o overenie hypotézy, že prostriedkami ICT (informačných a komunikačných technológií) je možné dospieť k perfektnému kontraktu tak, ako sú jeho jednotlivé znaky podrobnejšie rozobraté v jednotlivých subkapitolách tohto článku.

Z obsahového hľadiska je tento článok členený na niekoľko hlavných kapitol obsahujúcich podrobnejší rozbor v príslušných subkapitolách. Prvou hlavnou a východnou časťou tohto článku je časť teoretická venujúca sa jednotlivým v úvahu prichádzajúcim právnym metódam, ktoré boli vyhodnotené ako vhodné pre ďalšie skúmanie jednotlivých vzťahov tak, aby bolo možné efektívne overiť vyššie uvedenú hypotézu. Konkrétne sa tak jedná o metódu právneho pozitivizmu, prirodzenoprávnu metódu, metódu právneho formalizmu a konečne tiež metódu právneho realizmu. S ohľadom na cezhraničný presah skúmanej problematiky bola ako integrálna metóda v rámci metodologického aparátu tohto článku zvolená taktiež metóda právnej komparistiky, ako bude bližšie vysvetlené nižšie v teoretickej časti tohto článku. Aplikačná časť tohto článku obsahuje jednotlivé skúmané okruhy vybraných charakteristík kyberpriestoru tak, ako sú tieto inštruktívne predovšetkým pre tu analyzované otázky spojené s elektronickými kontraktmi. Súčasťou článku sú tak potom i vybrané druhy elektronickej kontraktácie spoločne s ich právnou reguláciou. Obsahovú časť článku završuje syntéza jednotlivých výsledkov realizovaného výskumu s uvedením, či vyššie stanovená hypotéza bola, resp. nebola potvrdená.

2. Metóda a základné tézy

Ako bolo naznačené už v úvode tohto článku, predmetom skúmanej problematiky sú právne aspekty elektronickej kontraktácie v ich teoretickej rovine. Aby bolo možné efektívne vyhodnotiť jednotlivé hypotézy stanovené v tomto článku, nie je možné opomenúť predovšetkým teoretickoprávny aparát jednotlivých metód, pomocou ktorých je možné / vhodné skúmať jednotlivé nižšie v podrobnostiach analyzované okruhy.

Je nesporné, že právna teória ponúka viaceré ucelené a systematické metódy skúmania predmetnej problematiky, z ktorých je zaiste možné spomenúť napríklad pozitivisticko-právnu metódu, prirodzenoprávnu metódu, metódu poskytovanú právnym formalizmom či v tomto článku ďalej využívanú komparatívnu právnú metódu. K tomu je možné v širších súvislostiach dodať, že zvolením vhodnej metódy je možné pristúpiť jednak k efektívnejšiemu poznávaniu skúmanej problematiky a súčasne tiež k získaniu zodpovedajúcich záverov jednotlivých analyzovaných javov. Zvolenie metódy nie je samoúčelné, ale nanajvýš potrebné.

Pozitivistický prístup tak v kontexte vyššie uvedeného akcentuje slovný výraz právnej normy opomínajúc metanormatívne skutočnosti – ako je spoločenský charakter práva, jeho vznik, sociálne pôsobenie atp. K týmto prvkom na strane druhej prihliada sociologický prístup hľadiaci na právo ako na nie izolovaný systém príkazov, zákazov či dovolení (resp. na ich jazykový výraz), ale skôr ako na spoločenský normatívny systém, ktorý v spoločnosti vzniká, v nej pôsobí a s ňou sa vyvíja.

Pri výbere metódy, ktorá by bola schopná uceleným a kvalitatívne zodpovedajúcim spôsobom schopná dostať všetkým vyššie uvedeným požiadavkám je nutné na prvom mieste vziať na zreteľ analyzovanú problematiku. Tou je v danom posudzovanom prípade práve problematika elektronických kontraktácií. Na prvý pohľad je odbornej i laickej vedomosti zrejme, že v prípade, pokiaľ bude predmetom hlbších analýz práve súbor definícií z oblasti elektronického sveta, ktorý v dnešnej dobe ponúka široké spektrum vzájomne previazaných nuáns, javí sa sprvu ako najreprezentatívnejšia metóda, ktorá je schopná jednotlivé tieto nuansy skúmať, metóda zrejme porovnávajúca jednotlivé odlišnosti a analyzujúca podobnosti týchto nuáns. Takou metódou je pravdepodobne¹ metóda právnej komparistiky (zrovnávací práva veda). Ničmenej, na to, aby bolo možné bez ďalšieho uzavrieť, ktorá metóda bude pre skúmanie kyberpirestorských vzťahov a konkrétne potom elektronických kontraktácií práve tou najvhodnejšou, bude potrebné zanalyzovať v prvom kroku základné v úvyhu prichádzajúce metódy ponúkané právnym pozitivizmom, náukou prirodzeného práva, právnym formalizmom a nakoniec i právnym realizmom.

1 Samozrejme, ani komparatívna metóda nie je bez obecných problémov. V tomto aspekte by bolo možné pojsť na rozsiahlym rozborom presahujúcim účel a rozsah tohto článku. Pre ilustráciu je však na tomto mieste možné aspoň v krátkosti spomenúť problematický aspekt nastavenia vhodnej miery abstrakcie (stupňa obecnosti), prípadne samotné rozlišovanie jednotlivých skúmaných prvkov pre ďalšie vedecké bádanie.

2.1 Právny pozitivizmus

Ako jednoznačne rozpoznateľný prístup k samotnej podstate práva vznikol právny pozitivizmus historicky pred cca 200 rokmi. Jednotlivé myšlienkové prúdy opierajúce sa o východiskové koncepcie tohto smeru je však možné vypožorovať oveľa skôr. V tomto aspekte by bolo možné s určitou spoľahlivosťou spomenúť meno Thomasa Hobbesa (1558-1679) a možno i Tomáša Akvinského (1224 – 1274). Napriek tomu, že právny pozitivizmus je v súčasnosti považovaný za jeden z ústredných právno-filozofických smerov zaoberajúcich sa konsolidovaným spôsobom jednotlivými právnymi konceptmi, ani tento myšlienkový smer nie je pochopiteľne bez kritikov. V súčasnosti sa čoraz častejšie potvrdzuje, že v spoločnosti existuje menšia potreba a súčasne i dôležitosť skúmať právo také, aké je (z angličtiny *law as it is*)². Ak teda právny pozitivizmus nie je o dôležitosti separátneho a „vedeckého“ štúdia práva v dnešnej dobe, je na mieste zamyslenie, čo je vlastne jeho cieľom a zmyslom.

Bolo by možné konštatovať, že právny pozitivizmus je teóriou o podstate práva, pričom tento smer nepodáva odpovede na otázku, ako sú (resp. by mali byť) riešené spory obecne, ako majú byť vykladané texty či ako majú byť jednotlivé inštitúcie organizované. I z tohto titulu čelil právny pozitivizmus kritike v tom, že spôsobil, že právnici boli až príliš úctiví k štátu, a tak následne až príliš ochotní dodržiavať dokonca i nespravodlivé zákony (tzv. unjust laws)³. Po druhej svetovej vojne sa však zdvihla značná vlna právnych filozofov (napr. Paulson⁴) volajúcich po určení, akú úlohu zohrával právny pozitivizmus v Nemecku, predovšetkým v čase vzostupu nacizmu. Táto spoločenská téma akcentovala najmä v tom smere, že nemeckí právnici a sudcovia urobili veľmi málo pre to, aby došlo k zamedzeniu vytvorenia a presadenia nacistických zákonov.

V tomto smere vystúpil svojím originálnym názorovým konceptom i H.L.A. Hart. Ten uviedol, že právny pozitivizmus je v skutočnosti ďaleko lepší v podporovaní odporu proti zlu než prirodzené právo. Takýto prístup bol neskôr označený za paradoxnú pozíciu (z angl. tzv. paradoxical position). Obhajoba touto paradoxnou pozíciou spočívala predovšetkým v konštatovaní, že prirodzenoprávna teória so svojím rovnostárskym prístupom k právnemu a morálnemu statusu, kde nespravodlivý zákon nie je vôbec zákonom (tzv. „an unjust law is no law at all“), iba podporuje neistotu medzi populáciou v tom, či je príslušné pravidlo morálnym iba preto, že je k nemu pristupované ako k platnému.

2 Túto problematiku komplexne analyzuje napr. Brian Bix z právnickej fakulty univerzity v Minnesote vo voľne dostupnom diele zaoberajúcom sa výskumom právnej teórie. V ďalšom viď BIX, B. Legal Positivism, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper No. 03-1, University of Minnesota Law School, 2006.

3 Viď str. 6 tamtiež.

4 Viď napr. PAULSON, S.L.; PAULSON, B.L. *Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

Na druhej strane sa v súčasnosti objavili hlasy predovšetkým zo strany Dworkina⁵, Wrighta⁶ či Dyzenhausa⁷ označujúce právny pozitivizmus ako nevhodný pre dôležité diskurzy v rámci práva či právnej filozofie. Ich argumentom je predovšetkým skutočnosť, že právny pozitivizmus nie je schopný adekvátne reagovať a prakticky odôvodniť také spoločensky zásadné koncepty ako je správna a vhodná reakcia na zlé zákony, objektivita morálky ako takej či podstata úlohy sudcovského stavu v spoločnosti.

Ako bolo predznačené už vyššie, v angloamerickej právnej teórii sa stal almanachom právneho pozitivizmu výklad H.L.A. Harta podaný v jeho *Pojme práva* (*The Concept of Law*) z roku 1994. Historicky prvými, aj keď nie tak konzistentnými, boli právne pozitivistické práce Austina (1994)⁸ či Benthamu (1970, 1996)⁹. Tento prístup v podstate redukoval právo do predstavy suveréna (teda toho, ktorý je poslúchaný a ktorý neposlúcha nikoho iného) vydávajúceho príkaz (teda akési nariadenie na pozadí príslušnej hrozby). Napriek tomu, že táto teória príkazu (tzv. *command theory*) sa historicky stala predmetom značnej kritiky, svojich zástancov má na poli právnej teórie vo veľkom počte dodnes. Potenciálnych výhod, ktoré na druhú stranu na rozdiel od iných mainstreamových teórií ponúka, je možné uviesť hneď niekoľko. Zástancovia tejto teórie hovoria predovšetkým o tom, že jej kúzlom je jednoduchý model práva, orientácia na sankcie a sankčné mechanizmy zdôrazňujúce dôležitosť moci a právneho vynútenia a rovnako i fakt, že táto teória neusiluje o morálne schvaľovanie práva. Akýsi druhý pomyselný prúd v tomto smere predstavuje Hart a jeho nasledovníci charakterizovaný najmä dôrazom na spoločenské udalosti a konvencie (tzv. *social facts and conventions*) a rovnako i na hermeneutický prístup zdôrazňujúci konkrétny pohľad subjektu na právny zvyk. Dalo by sa tak zjednodušene uviesť, že Hart postavil svoju teóriu v priamom protiklade k teórii príkazu Austina. Všade tam, kde Austin redukoval právo a jednotlivé otázky s tým súvisiace na príkazy (príkazy suveréna), Hart zotrval koncepcie na rôznorodosti práva. Tá spočívala okrem iného i na tom, že právne systémy podľa Harta obsahovali ako pravidlá určené občanom (tzv. *primary rules*), tak i pravidlá, ktoré hovorili úradníctvu ako identifikovať, zmeniť či používať tieto *primary rules* (primárne pravidlá). Hart tak vo svojej podstate nadefinoval systém, ktorý upraval niektoré právomoci vo vzťahu k úradníctvu a niektoré právomoci i vo vzťahu k občanom.

Nie je možné rovnako i opomenúť jeden z kľúčových elementov Hartovej teórie, tzv. pravidlo poznania (z angličtiny tzv. *the rule of recognition*). Pre účely tohto výkladu plne postačuje porozumieť, že toto pravidlo poznania predstavuje sekundárne pravidlo špecifikujúce kritérium právnej platnosti v rámci právneho systému. Inými slovami Hart pojednáva o tom, že právny systém existuje a môže existovať za predpokladu, že tu je pravidlo poznania prijaté úradníctvom a za predpokladu, že pravidlá platné na základe systémového pravidla poznania boli i všeobecne dodržané (tzv. *generally obeyed*). Na strane druhej je v prípade diela Austina možné povedať, že tento filozof práva presadzuje tzv. vedecký prístup k štúdiu práva, pričom kľúčovým je podľa Austina vysvetliť právo pomocou empirických kategórií. Tento prístup nebol prejatý Hartom – Hart totiž v plnom rozsahu odmietol Austinovu snahu redukovat právo výhradne na empirické kategórie, tendencie a predikcie. Za isté teoreticko-právne východisko týchto dichotomických postojov by mohli byť označené snahy neskorších filozofov o kreovanie postojov odmietajúcich právnú teóriu ako deskriptívnu. Ak by totiž právna veda obecné bola výhradne popisujúca, nedochádzalo by k žiadnemu zhodnoteniu príslušných skúmaných dát (či právnych kategórií). Deskripcia bez akéhokoľvek hodnotenia by sa tak stala „spojením lexikografie s miestnou históriou“.¹⁰ Hart v tomto smere reaguje i na niektoré právne smery pristupujúce k právnym kategóriám pomocou selekcie, a to svojím odmietavým postojom. Naopak, Hart sa snaží presadzovať myšlienku, že právo ako také by malo byť analyzované v plnom rozsahu (y angl. tzv. in its fullest and richest sense).

Dalo by sa rovnako systematicky predznačiť, že za hlavného pretendenta tretieho dominantného prúdu právneho pozitivizmu môže byť celkom iste označený Hans Kelsen¹¹. Tento právny filozof publikoval extenzívne predovšetkým v nemeckom jazyku, a preto je dobre známym predovšetkým európskej právnej kultúre. Kelsenovo dielo vykazuje isté vonkajšie podobnostné znaky s dielom Harta, avšak je primárne postavené na dištinktívne inom teoretickom základe. Kelsen v podstate aplikoval vzhľadom k právu niečo ako Kantov transcendentálny argument, vyzdvihujúc logickosť normatívnej myšlienky. Každý normatívny záver (typicky nikto by nemal spáchať cudzoložstvo) vyplýva zo všeobecnejšej a ďaleko základnejšej normatívnej premisy. Táto základná premisa sa môže odvíjať od všeobecného spoločenského návrhu. Ako Austina (na rozdiel však od Harta) je možné i Kelsena považovať za redukcionistu. I keď toto označenie nie je celkom presné a je určite značne zgeneralizované, Kelsen sa snaží pochopiť všetky právne normy ako variácie jedného druhu príkazu (tzv. *variations of one kind of statement*). V prípade Austina sú všetky

5 V tejto súvislosti je vhodné odkázať na Dworkinu prácu o súčasnej právnej filozofii, ktorá, ako sa ostatne i očakávalo, priniesla rovnako širokú vlnu reakcii. Viď DWORKIN, R. *Issues in Contemporary Legal Philosophy*. Oxford : Clarendon Press, 1987, str. 9-20.

6 Do istej miery rozporuplnou sa stala práca o autonómii práva. V ďalšom viď WRIGHT, R. G. *The Autonomy of Law*. Oxford : Clarendon Press, 1996.

7 Viď napr. DYZENHAUS, D. *Positivism's stagnant research programme*. Oxford : *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 2000, str. 703 – 722.

8 Viď AUSTIN, J. *The Province of jurisprudence determined*. Cambridge : Cambridge University Press, 1994.

9 Viď BENTHAM, J. *Of Laws in General*. London : University of London, The Athlon Press, 1970, a rovnako i BENTHAM, J. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford : Clarendon Press, 1996.

10 Tento obrat (anglicky „a conjunction of lexicography with local history“) s obľubou používa napr. austrálsky filozof práva John Finnis. V ďalšom viď FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford : Oxford University Press, 1980, str. 238.

11 Z množstva odborných esejí a vedeckých publikácií je možno vybrať napríklad Kelsenovu *Pure Theory of Law*, ktorou sa zaradil k právnepozitivistickému mysleniu. Viď KELSEN, H. *Pure theory of law*. Berkeley : University of California Press, 1967.

normy chápané ako príkazy suveréna, pričom u Kelsena je nutné chápať normy (právne normy) v zmysle oprávnenia udeľovať sankcie. Napriek špičkovej argumentácii i Hans Kelsen čelil značnej kritike. Tá spočívala najmä v tom, že Kelsen prijal istý neo-kantovský prístup pre vysvetlenie jeho právnej filozofie. Kelsenova predstava práva totiž veľmi často bojuje s ontologickou povahou (právnych) noriem, a to vrátane logických vzťahov medzi nimi. Podľa Kelsena sa platnosť právnych noriem odvodzuje od základnej normy (tzv. Grundnorm) a ako odraz tohto prístupu je potom základná norma predpokladaná tými, čo považujú právne nariadenia za normatívne. Kelsen tak nastavuje právnu normu prostú od morálky a rovnako i od akýchkoľvek sociologických elementov. Zaujímavosť potom vyznieva komparácia diela Harta, ktorý, ako bolo naznačené vyššie, obhaja v moderných právnych systémoch existenciu sekundárnych pravidiel – teda pravidiel o pravidlách, pravidlách, ktoré umožňujú identifikáciu, zmenu a použitie pravidiel primárnych. Na druhej strane Kelsen v tejto súvislosti hovorí o základnej norme odvodennej od skutočnosti, že občania považujú určité zákony za normatívne.

V modernom ponímaní právneho pozitivizmu je v podstate možné vysledovať dva základné dominantné prúdy, ktoré by sa dali pre zjednodušenie označiť ako zahrnujúci (tzv. inclusive legal positivism) a vylučujúci (tzv. exclusive legal positivism) právny pozitivizmus. Na druhom mieste menovaný právny pozitivizmus býva nezriedka označovaný za tzv. hard pozitivizmus, teda „tvrdý“ striktný pozitivizmus. Jeho typickými predstaviteľmi (Joseph Raz¹², Andrei Marmor¹³, Scott Shapiro¹⁴ a ďalší) pertraktovaná téza, že morálne kritéria nemôžu byť ani dostatočnými a ani nevyhnutnými podmienkami pre právny status normy, stala sa akýmsi manifestom tohto myšlienkového prúdu. Otázkou, ktorá spája oba tieto prúdy, a rovnako i samotných kritikov a zástancov právneho pozitivizmu, je pohľad na vysvetlenie normativity práva a úspešnosti tohto vysvetlenia. Právni pozitivisti pozorujú skutočnosť normativity (tzv. observe the fact of normativity) a počítajú s ňou iba pre prípad vytvorenia právnej teórie, ktorá je schopná túto skutočnosť brať kontinúálne do úvahy. Právni pozitivisti tak normativitu nevysvetľujú – iba konštatujú, že vysvetlenie normativity predstavuje jeden z typov morálneho a hodnotiaceho súdu, ktorý by mal náležať iným typom analýz – typicky právni pozitivisti odkazujú na politickú teóriu a teóriu morálky.

Kritici právneho pozitivizmu reagujú svojimi poznámkami nielen na nazeranie právnych pozitivistov na normativitu, ale koncipujú komprehenzívnu analýzu ako kritickú odpoveď na celý prúd tohto myslenia. Pre prehľadnosť by sa tieto kritické prúdy dali rozdeliť do niekoľkých sfér. Predne sa jedná o kritiku anglo-amerického obyčajového práva (tzv. common law reasoning). Stručne by sa dalo v tomto aspekte hovoriť o tom, že norma je platná vďaka svojmu morálnemu obsahu

a nie nutne iba na základe svojho sociálneho zdroja¹⁵. Tento prístup je celkom pochopiteľný vzhľadom na to, keď právnymi pozitivistami je presadzovaná myšlienka normy označovanej za normu základnú. Druhým momentom potom môže byť tzv. účelový výklad zdôrazňujúci odmietanie tradičného pozitivistického „law as it is“ a „law as it ought to be“ (teda právo aké je a aké by byť malo). Pretendentmi tohto kritického prúdu sa stal okrem iného i Fuller¹⁶. I keď kritických prúdov na adresu právneho pozitivizmu je možné vystopovať viacero, nie je možné opomenúť ani hlasy tzv. customary law (zvykového práva – viď ďalej). Doktrína customary law etablovaná predovšetkým v anglo-americkej právnej kultúre okrem iného znamená, že sudcovia aplikujú právo rozoznávajúce už existujúce právne štandardy. A to je práve slabina napr. Austina, ktorý veľmi ťažkopádne vyvíja v svojom diele snahu včleniť tieto právne štandardy do systému založeného na príkazoch. Z celkového pohľadu potom takýto systém pravidiel vyznieva značne inkonzistentne.

Nepochybne by bolo možné argumentovať, že kritika právneho pozitivizmu vedie niektorých stúpencom k prirodzenému právu a *vice versa*. Tento posun nie je možné v žiadnom prípade filozoficky reprobovať. Naopak, tento aspekt, keď filozofický prúd tenduje i k inému myšlienkovému bazálu, ako ukazujú mnohí filozofovia, môže pôsobiť priaznivo pre ďalší rozvoj oboch smerov.¹⁷

Právne pozitivistický prístup, ako bolo uvedené vyššie, je charakteristický tézou, že právo je iba to, čo štát uzná za záväzné. Vzhľadom na problematiku kyberpriestoru¹⁸ sa však tento pohľad javí, trúfalo povedané, značne „krátkozraký“. Dôvodom pre tento postulat je i skutočnosť, že normativita v kyberpriestore sa riadi nezriedka celkom inými pravidlami, ako sme zvyknutí. Navyše, tento záver platí i pre elektronické kontraktácie. Právo, ako bude ukázané nižšie, predstavuje i v prostredí kyberpriestoru súbor záväzných pravidiel. Avšak, masa práva sa vytvára i takpovediac automaticky, a na rôznych definovateľných úrovniach – napr. medzinárodné obchodné zvyky a pravidlá typické pre transakcie v rámci medzištátnych elektronických kontraktácií. To však pochopiteľne nie je jediný zástupný príklad. V tomto smere sa aktivizuje i úloha nadnárodných organizácií typu ICANN, ktorá je schopná explikovať viaceré hodnotové formy transformované následne jednak do vnútroštátnej legislatívy a jednak i do kontraktácie

15 Vid' napr. PERRY, S. *Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral*. Oxford : *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, str. 17.

16 Vid' predovšetkým FULLER, L. L. *Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart*. Boston : *Harvard Law Review*, str. 71 a 630 až 672.

17 Špičkovú argumentáciu v tomto smere ponúka Roger Shiner. Vid' SHINER, R. *Norm and nature: the movement of legal thought*. Oxford : Clarendon Press, 1992.

18 Kyberpriestor (anglicky *cyberspace*), je termínom prvýkrát použitým Williamom Gibsonom v jeho románe *Neuromancer* publikovanom roku 1984.

Podľa archivačnej komisie Texaskej štátnej knižnice je dnes tento výraz plne zameniteľný s pojmom Internet. (pre obsahujú tejto myšlienky viď napríklad <http://www.tsl.state.tx.us/ld/pubs/compsecurity/glossary.html>). S týmto názvom sa nedá než súhlasiť, avšak s istou výhradou. Filozoficky by mal pod toto označenie spadať aj okruh situácií, ktoré budú predurčovať napr. virtuálny svet v širšom zmysle slova. Teda i v prípade rôznych ethernetových sietí či podnikových navzájom prepojených databáz atď.

12 Vid' napr. RAZ, J. *The Authority of law*. Oxford : Clarendon Press, 1979.

13 Vid' napr. MARMOR, A. *Positive law and objective values*. Oxford : Clarendon Press, 2002.

14 Najilustratívnejšie pôsobí v tomto smere publikácia SHAPIRO, S. J. *Analyzing law: new essays in legal theory*. Oxford : Clarendon Press, 1998, str. 33–62.

praxe jednotlivých subjektov kyberpriestoru. Na strane druhej je nutné dať za pravdu právnym pozitivistom, že istým ideálnym rezultátom v prostredí elektronických kontraktácií by v súčasnej bezbrehej a často krát bezformalistickej nálade, ktorá ovláda chovanie jednotlivých subjektov kyberpriestoru, bolo inštitucionalizovanie základnej normy i pre tieto podmienky. Otázku reálneho nastavenia takéhoto systému je nutné nateraz ponechať stranou vzhľadom na momentálne veľmi náročne predpokladateľný vývoj sféry ICT vôbec. Opačným prístupom je možné vysledovať i pravdivé a pre účely ICT i vhodné regulatívy podávané kritikmi právného pozitivizmu. Ako správne uvádzajú kritici rigidného právného pozitivizmu, nie je možné bez ďalšieho implementovať spoločenské udalosti vzniknulé ad hoc do systému „ovládaného“ základnou normou. Nie je to však problém pyramidiálnosti spoločenských noriem, ako skôr otázka dynamickosti a operatívosti reakcie spoločenskej normy na aktuálne akcentujúci spoločenský problém a k tomu vytvorenie adekvátnej a účinnej reakcie. V konkrétnom prípade by bolo možné uviesť napr. problematiku potláčania kyberkriminality, ktorá je v súčasnej dobe nanešťastie neustále na vzostupe, a to nielen kyberkriminalita, ktorá má priamu relevanciu k problematike elektronických kontraktácií. Jej multidimenzionálnosť a mnohovrstevnatosť by bola iba s problémami odôvodniteľná za predpokladu, že jej reprobácia by sa uskutočňovala na základe pojmového aparátu inštruovaného tzv. základnou normou.

Značným problémom právného pozitivizmu je pre účely skúmania problematiky teoreticko-právnych východísk elektronických kontraktácií i skutočnosť, že právny pozitivizmus nepovažuje za právo morálnu, politickú či inú normu, ktorá nebola uznaná štátom. Nepochybne, v tomto smere by akýkoľvek nesúhlas s vyššie uvedeným postulátom mohol vyznieť ako sociologický implikátor. Tak tomu však nie je a ani byť nemôže. Nejde dokonca ani o toľko historicky pertraktovaný spor medzi právom a morálkou. Kyberpriestor je totiž natoľko špecifický, že jeho vymedzenie z hľadiska skúmania právnej normy ako takej vyžaduje špecificky orientovaný analytický prístup. Za istých okolností by sa tak dalo dokonca dovodiť, že i morálna norma neuznaná legitímnu štátnu mocou môže aplikačne pôsobiť na individuálne subjekty pohybujúce sa v kyberpriestore ako „právo“. Keďže jedným z fundamentálnych konceptov, o ktoré sa právny pozitivizmus vo svojej čistej podobe opiera je otázka právnej legality, je nutné tento aspekt skúmať i pre podmienky virtuálneho sveta kyberpriestoru, a tak nadväzujúc i pre podmienky elektronických kontraktácií. Jedným zo základných predpokladov spravodlivého práva je/musí byť i otázka legality, a to nesporne a bez ďalšieho. Do úrovne tohto generálneho konštatovania sa s právnym pozitivistami (predovšetkým Austinom) dá jednoznačne súhlasiť. Problematiký moment však nastáva v situácii, keď pozitivistí srdnato obhajujú princíp legality i za predpokladu nevedomosti, čo v samotných právnych normách je ukotvené, čo naopak absentuje, resp. či tie pravidlá (rozumej pravidlá v najobecnejšom zmysle slova) sú správne

alebo nie. Táto otázka musí *a priori* logicky rezonovať i pri skúmaní elektronických kontraktácií, eminentne vtedy, ak je medzi kontrahentmi uzatváraný synalagmatický vzťah, kde jednou stranou je napríklad nepodnikateľ. Reflexiou tohto ponímania je následne i litigačná fáza, ktorá otázkam legality dáva celkom nový právny rozmer. Je preto nevyhnutné obzvlášť citlivo analyzovať jednotlivé štrukturálne elementy legality nielen ako konceptu, ale predovšetkým ako definienda pre generovanie nových a nových právnych aktov. Zmyslom tohto snaženia sa musí byť bez akýchkoľvek pochyb upevňovanie korektívu správnosti a spravodlivosti práva ako celku. K tomuto cieľu bude nevyhnutné vyvinúť pre podmienky kyberpriestoru ďaleko väčšiu snahu ako rozštrukturalizovanie práva na primárne a sekundárne pravidlá (viď vyššie). Tento prístup sa totiž mohol ukázať nielen ako krajne neefektívny, ale všade tam, kde je nutná adresná ingerencia, ako iba marginálne účinný. Rovnako by bolo možné vo veľkej stručnosti uzavrieť, že tzv. rýdza náuka právna, ako sa označuje i učenie Hansa Kelsena, nie je bezvýhradne aplikovateľná pre podmienky špecifického fenoménu predstavovaného virtuálnym svetom.

2.2 Právny formalizmus

Pre lepšie porozumenie tejto výseče právo-filozofickej matérie je nevyhnutné sprvu aspoň v krátkosti pojednať o textualizme a rovnako i právnej teleológii. Bolo to už na začiatku predminulého storočia, keď sa predovšetkým v Nemecku sformovala právna teória, ktorej výrazom sa postupne stala pojmová jurisprudencia (koncept od právného pozitivizmu celkom odlišný). Nie je jednoduché zhrnúť prínos tohto prúdu myslenia do jednej definície, obecné sa však dá konštatovať, že sa jedná o dedukovanie právnych viet na základe použitia právnych pojmov.¹⁹ Hlavnou úlohou vedy je podľa predstaviteľov tohto smeru poznávať právne vety v ich systematickej súvislosti ako navzájom sa podmieňujúcich a od seba pochádzajúcich, aby sme mohli sledovať genealógiu jednotlivých právnych viet nahor až k jej princípu a aby sme obdobne mohli vystúpiť od princípov k ich najposlednejším priečkam²⁰. Právne vety tak v tomto smere vznikajú ako produkt vedeckej dedukcie.

Pre úplnosť je vhodné dodať, že osvietenské prúdy (typicky René Descartes) a pohľady na filozofiu spolu s racionalizmom boli tými, ktoré pre pojmovú jurisprudenciu znamenali obzvlášť živnú pôdu. Najväčší dôraz sa kladol i na ľudské myslenie a jeho fundamentálny význam pre spoločnosť. To všetko vyústilo do skutočnosti, že elementárnymi prvkami pojmovej jurisprudencie sa stali racionalizmus, konzistentnosť, kognitivizmus či pyramidiálne usporiadaný právny poriadok. Z toho

19 K tomu je prehľadne možné uviesť napr. KAUFMANN, A.; HASSE-MEER, W.; NEUMANN, U. (Hrsg.). Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, C.F. Müller, 8., überarbeitete Auflage, 550 S., 2010.

20 Jedným z kľúčových pretendentov tohto myšlienkového smeru bol i G. F. Puchta. Vo svojej publikácii podal okrem iného i komplexnú analýzu právneho princípu a jeho vyžarovanie do spoločenského systému práva (v neskorších prácach potom i morálky). V ďalšom viď PUCHTA, G.F. *Cursus der Institutionem*. Leipzig: Erfter Band (1841), 1875, str. 21

vyplýva i ďalší postulát textualistov, že neexistuje právna veta, ktorá by za svoj pôvod nevďačila právnemu účelu – praktickému motívu. Na najobecnejšej úrovni je účelom práva „zabezpečenie životných podmienok spoločnosti“. ²¹ V tomto smere by sa s istou simplifikáciou dalo konštatovať, že sa jedná o určité podmienené abstrahovanie od analytického ponímania vedy ako takej. Do určitého stupňa je možné hovoriť o oprostí sa od orientácie na interné vzťahy na vybrané jazykové systémy.

Nie je možné v súvislosti s analytickou jurisprudenciou neuviesť fakt, že v relatívne krajnej podobe sa tento prístup k skúmaniu vedy vyprofiloval až do sféry rýdzej náuky právnej, o ktorej už bola reč práve v súvislosti s právnym pozitivizmom. Je preto na mieste iba v krátkosti uviesť, že sa v tomto prípade jedná o analýzu a systematizáciu právnych pojmov, ktoré majú spoločne za cieľ vytvoriť konzistentný vedecký systém. Určitým negatívnym výsledkom je v tomto ohľade skutočnosť, že bezvýhradnou aplikáciou tohto myslenia dospejeme až k teórii ideálneho sveta, čo sa pre analytickú jurisprudenciu javí do istej miery ako len ťažko riešiteľná konklúzia. Iným boľavým momentom je i otázka, či analytickými axiómami ide a je vôbec vedecky možné objasniť podstatu okolitého sveta. Odpoveď i keď sa sprvu zdá jednoduchá, vykazuje isté prvky nejasnosti. Predne pôjde o otázku aposteriorných elementov vyskytnuvších sa v okolitom svete. Tie dávajú zadosť práve určitej kvalitatívnej obmedzenosti aplikácie analytickej jurisprudencie v podmienkach vedy ako takej. Inými slovami by bolo možné uviesť, že i skúsenostné elementy zohrávajú v okolitom svete svoju jedinečnú a neopakovateľnú úlohu, ktoré je nepochybne nutné podrobiť analýze. Z tohto potom plyní jeden z flagrantných nedostatkov formalizmu, ktorým je až prílišné zotrvávanie na striktno vyargumentovateľných pozíciách, ktoré boli vopred preddefinované (resp. sú analyticky obhájiteľné) bez toho, aby bol vzatý na zreteľ i samotný účel, teda teleológia daného problému. Migrácia akýchkoľvek logických incentive tendujúcich napríklad k explanácii príslušného problému je tak smerovaná akoby jedným kanálom, ktorý celkom dôvodne neposkytuje bázu pre vyriešenie typicky multifaktoriálnych problémov. O tom však bude v tomto článku pojednané ďalej.

Pre ďalšie úvahy je vhodné uviesť, že právní teoretici obecné odmietajú úvahy na tému opodstatnenosti akéhokoľvek druhu formalizmu. ²² V nedávnych dobách sa však formalizmus stal jedným z etablovaných právne-filozofických prúdov, ktorého zahraničným predstaviteľom je dobre známy sudca amerického Najvyššieho súdu Antonin Gregory Scalia ²³. Ten na podporu tejto myšlienky uviedol (cit.): „... *právny štát je o forme... Dlhoročnom formalizme. Je tým, čo vytvára vládu na základe*

zákonov a nie ľudí.“ ²⁴ V tomto myšlienkovom postupe potom Scalia pokračuje ďalej, keď tvrdí, že formalizmus zahrnuje nevyhnutnú pravdu o vnútornej koherencii práva. Z tohto konštatovania plyní, že tento prúd myslenia musí logicky generovať nemálo vlastných vnútorných smerov. Otázka ich vzájomného pomeru vrátane relácie týchto jednotlivých smerov k okolitému svetu je dodnes nie celkom zreteľne deskriptovateľná. Napriek tejto skutočnosti je však s ohľadom na všetky vyššie uvedené myšlienky možné identifikovať štyri základné jurisprudénčné tendencie formalizmu:

- *Objektivismus* – predstavujúci najfundamentálnejší prínosový level tohto myslenia;
- *Originalizmus* – favorizovaný predovšetkým v ústavnom práve;
- *Textualizmus* – v prípade zaoberania sa právnymi normatívnymi aktmi je preferovaný výkladový súbor interpretačných metód kladúci dôraz na text samotný;
- *Konceptualizmus* – uplatňuje sa predovšetkým v doktríne common law (bude vysvetlené ďalej), pričom konceptualisti v prípade termínov ako napríklad „kontrakt“ uprednostňujú koherentné štruktúry jednotlivých konceptov a princípov.

Vzhľadom na práve uvedené nečiní väčšie problémy analýza jednotlivých do úvahy prichádzajúcich potenciálnych problémov, ktoré sa pri skúmaní jednotlivých relácií vyššie uvedených smerov vyskytujú. Toto by však hodnotovo neprinášalo veľký zmysel. Skôr je preto vhodné sústrediť sa na pojítko, teda istý základný element spájajúci vybrané charakteristiky vyššie uvedených smerov v jeden celok. Tým by pre účely tejto úvahy mohol byť liberalizmus, pričom typickými predstaviteľmi by v tomto smere mohli byť napríklad Fred Schauer ²⁵ a Akhil Amar ²⁶. Nielen v ich práci, ale i v diele Scaliu sa je možné stretnúť s názorom, že základným predpokladom pre tento jednotiaci element je vytvorenie nezávislého súdnicstva ako dôležitého konstituenta doktríny právneho štátu. ²⁷

V súvislosti s práve uvedeným sa nejde než vyjadriť k otázke pohľadu na právo percipovanom klasickými formalistami. Tí definujú tri základné požiadavky kladené na právo, ktoré predstavujú akési *conditio sine qua non* pre riadne fungovanie právneho štátu. Predne tak pôjde o určitosť práva (z angličtiny *law must be „determinate“*),

21 O tomto spojení hovorí predovšetkým nasledujúca práca IHERING, R. *Zweck im Recht*. Bd. I. Leipzig : 4. Aufl., str. 345.

22 Zaujímavou je v tomto smere nasledujúca analýza: GILMORE, G. Formalism and the law of negotiable instruments. *Creighton Law Review*, 13, 1979, str. 441, 446–48.

23 Scalia je významným americkým pránikom a sudcom amerického Najvyššieho súdu je už od roku 1986, keď ho de jure nominoval prezident R. Regan.

24 Tento výňatok bol okrem iného prednesený i na konferencii o právnych princípoch na univerzite Yale. V originálnom znení sudca Scalia uviedol, že „The rule of law is about form... Long live formalism. It is what makes a government of laws and not of men.“ Pre bližší pohľad o tejto introdukčii viď SCALIA, A. G. *A Matter of Interpretation*. New Heaven: Yale 509, str. 548.

25 Viď napr. OAKES, C. *Rules and Reasoning: Essays in Honour of Fred Schauer*. Hart Publishing, 1989.

26 Viď AMAR, A.R. *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*. Aspen Publishers, 1997.

27 Dalo by sa dokonca uviesť, že prijatie doktríny právneho štátu na úrovni nie len *de iure* ale i *de facto* znamenalo v strednej a východnej Európe veľký zlom. To však nebola jediná konzekvencia tohto vývoja. Pre účely skúmania právneho formalizmu je možné rovnako i poukázať na skutočnosť, že prijatím a ďalším etablowaním právneho štátu v strednej a východnej Európe došlo k posilneniu vnímania právneho formalizmu i v západnej Európe.

systematickosť práva (z angličtiny *law must be „systematic“*) a konečne i o autonómii práva (z angličtiny *law must be „autonomous“*). V skutku sa tak jedná o vytváranie koherentnej štruktúry relatívne abstraktných konceptov a princípov, pričom základom autonómie má byť podľa tohto smeru z dištinktívnych právnych zdrojov. Doktrína common law dosiahla podľa pretendentov formalizmu svoju autonómiu v tom, že samotné princípy nie sú odvodzované z externého zdroja, ale z pozitívnej právnej autority či z rozhodnutí odvolacích (rozumieť vyšších súdov). Právna veda následne doplnila právotvornú činnosť sudcov, pretože správne právne princípy nemuseli nevyhnutne korešpondovať s jednotlivými vyhlásenými súdnymi nálezmi, ale predstavovali skôr vo väčšine prípadov jednoduchú koherentnú sadu princípov, z ktorých mohla byť v závere dedukovaná väčšina záverov použiteľných i pre právnu vedu. Paradoxne tie rozhodnutia súdov, ktoré nemohli byť v príslušnom konaní vyriešené za pomoci štruktúry princípov boli vyradené ako tzv. súdne omyly či pochybenia súdu (z angličtiny tzv. „judicial errors“). Vďaka redukcii masy práva založenom na súdnych precedensoch, tzv. case law, až do úrovne axiomatických štruktúr pravidiel a princípov, uspokojila teória právneho formalizmu požiadavky právnej vedy, že právo ako také má byť pozitívne, sekulárne a rovnako i vedecky dištinktívne. To však nie je jediná požiadavka na právnu vedu. Formalisti následne upozorňujú i na nevyhnutnosť oprostieť právnych vedcov od kontaktu s politikou. Dôvodom pre tento postup má byť dosiahnutie disciplinárnej čistoty (z angličtiny tzv. „disciplinary purity“) u jednotlivých právnych vedcov. Súčasne potom v tejto súvislosti, miestami však celkom alogicky, zdôrazňujú, že na základe svojej vôle je na svoje vlastné prianie meniť právo výhradne legislatívny suverén, teda orgán nadaný právo tvorbou. Tento smer úvah potom dopĺňajú o konštatovanie, že celkovo právo by malo byť zjednotené „okolo“ systému, ktorý by sa mal hľadať v práve súkromnom. Táto odvážna téza sa veľmi často pertraktuje v početných dielach právnych formalistov a nezriedka vyznieva i na základe vlastnej argumentácie jej presadzovateľov ako plytká.²⁸ V tejto súvislosti je vhodné ešte dodať, že vo vzťahu k verejnému právu formalisti tvrdia nasledovné: štát a aparát verejného práva (či tzv. spravodlivého procesu – fundamentu anglo-amerického ponímania právneho štátu) predstavuje hlavne akési inštrumentárium na ochranu súkromných práv a poťažne tak i doktríny právneho štátu (tzv. *rule of law*). Rezultátom týchto snáh má byť potom skutočnosť, že celkovo právo zodpovedá čo najviac koherentnému systému právnych princípov.

Posledne uvedenému postulátu sa potom dostalo zadosť v masívnej kritike právneho formalizmu, a to predovšetkým zo strany právnych mysliteľov z konca dvadsiatych rokov XIX. storočia (napr. Holmes, Pound či Cardozo). Azda najslávnejšia je v tejto súvislosti veta profesora O. W. Holmesa (viď ďalej), že pomocou

právnych princípov nie je možné rozhodovať konkrétne súdne spory.²⁹

Čo sa týka ďalšieho dôležitého rozmeru ponúkaného týmto prúdom myslenia, je nutné uviesť, že v súčasnej dobe sa veľmi často skloňuje konzistentnosť súčasného právneho formalizmu. Tá je testovaná predovšetkým pomocou dvoch základných konceptov, a síce už vyššie uvedeným originalizmom a taktiež textualizmom. Nie je možné vypovedať plasticky o všetkých jednotlivých výstavbových elementoch týchto konceptov. Na mieste je však poznamenať, že dominantným úmyslom textualistov je konštruovať právne normatívne akty na základe lingvistického významu, kým v prípade originalistov dochádza k uplatňovaniu tzv. „legislative intent“, teda legislatívneho zámeru (účelu), ktorý je originalistami považovaný za vitálny prvok ústavného teleologického výkladu. Do určitej miery stojí za pozornosť i zmienka, že v tomto prípade dochádza paradoxne k neodôvodniteľnej kryštalizácii oboch týchto konceptov, čo, ako sa zdá, nie je nápomocným vplyvom *pro bono iuris* či *pro bono externo*. Navyše platí obecný formalistický postulát, že ustanovené právo musí byť percipované ako písomné a v kontexte.³⁰ Vzhľadom na značne protikladné sily oboch formalistických koncepcií došlo následne k tomu, že i tento postulát sa postupne pretavil do diel ako právnych textualistov, tak právnych originalistov. Textualizmus tak začal zdôrazňovať potrebu „písomného“ či „písaného“ práva a originalisti si osvojili najmä nutnosť pertraktovania kontextu. To však nie je jediný rozdielový aspekt – rozchod týchto dvoch právnych konceptov je možné následne vidieť napr. i v pohľade na využiteľnosť právnej (legislatívnej) histórie vo vodách praktického práva či v mnohých ďalších otázkach.

Použiteľnosť právneho formalizmu pre účely skúmania, analyzovania, hodnotenia a navrhovania potenciálnych riešení pre zadané problémové okruhy je dôležité postihnúť i v svetle virtuálneho sveta. Otázkou esenciálnou zostáva, do akej miery a či vôbec je, resp. by mohla byť táto metóda využiteľná práve v intenciách kyberpriestoru. Odpoveď zo zreteľom na unikátnosť prostredia kyberpriestoru a náročnosť anticipovania jeho budúceho vývoja sa tak nejaví ako jednoduchá. Ideálna, avšak neuskutočniteľná, by bola komparatívna analýza typických argumentov právnych formalistov (k niektorým vybraným bodom viď vyššie) v konfrontácii s typickými exemplárnymi charakteristikami a paradigmami ICT práva. Nie len pre rozsah tohto článku, ale i *ipso facto* toto nie je uskutočniteľné. Preto, i keď do istej miery selektívne a s vedomím určitého účelového záveru, bolo by možné zhrnúť niekoľko najpálčivejších problematických okruhov odsúvajúc tak právny formalizmus na druhú koľaj metodického poľa použiteľnosti tohto myšlienkového právneho smeru pre potreby ďalších právnych analýz jednotlivých okruhov týkajúcich sa právnych aspektov elektronickej kontraktácie.

28 Typicky je možné odkázať na prácu Langdella, ktorá tento spinový prístup akcentuje azda najzreteľnejšie. K tomu viď napr. LANGDELL, C. C. The Status of Our New Territories. 12 Harvard Law Review, 1989, str. 365. Podobné koncepčné prístupy analyzuje i publikácia WILLISTON, S. Freedom of Contract, Cornell Law Review, 6, 1921, str. 375-380.

29 V originálnom znení („General principles do not decide concrete cases“) táto myšlienka zaznela i na kongrese právnej teórie v americkom Ohio.

30 Napr. Raz v tejto súvislosti priamo hovorí o tzv. written law a tiež o tzv. law in context. K tomu viď bližšie: RAZ, J. The relevance of coherence. 72 B. U. L. Review 273, 1992, str. 315-21.

Jedným z nich je skutočnosť, že pre sféru kyberpriestoru sú typické viaceré atribúty, pričom dynamickosť a masívny rozvoj jeho jednotlivých funkčných prvkov sa javia ako tie najfundamentálnejšie. V tomto smere, ako bolo načrtnuté už vyššie, nie je možné nevidieť akcentujúcu potrebu odpovedajúcim spôsobom reagovať na tieto procesy. V tomto svetle však temer protikladne vyznieva skutočnosť presadzovaná právnymi formalistami, že v prípade, ak nie je možné spor vyriešiť pomocou jasne definovanej štruktúry právnych princípov, jedná sa o judiciálny omyl (k tomu viď vyššie). V tomto apriórne schematicky určenom duchu sa idea rezignácie na komplexné „*iuri solvendo*“ relevantného problému javí ako nielen nevhodná, ale v podmienkach kyberpriestoru dokonca i ako nežiaduca. Je možné si tak predstaviť celú sféru skutočností označiteľných ako jednanie *contra legem* či *praeter legem*, na ktoré model právneho formalizmu nebude schopný podať adekvátnu odpoveď v podobe príslušnej reakcie.

Takisto sa v prípade skúmania tejto problematiky nezdá veľmi šťastné nástojenie na legislatívnej purite toľko presadzovanej mnohými formalistami. Dôvodom pre toto konštatovanie je fakt, že i politika ako spoločenské teleso predstavuje isté impulzy pre generovania mnohých prvkov kyberpriestoru. Pomiňme nateraz otázku ich prínosov pre právo. Ako kyberpriestorový determinant tak nemôže byť politika izolovaná, a to ako na úrovni personálneho substrátu (právnych vedcov či akademickej obce), tak na samotnej úrovni legislatívnej.

I keď formalizmus v svetle vyššie uvedených kritických poznámok nájde iba veľmi ťažko obranu svojej spoločenskej pozície, v prípade nasledujúceho príkladu to bude ešte zložitejšie. Ide totiž o jeden z ústredných postulátov právneho formalizmu zdôrazňujúci myšlienku, že právo sa odvíja od systému generovaného súkromným právom. Takýto prístup je však nevyhnutné s ohľadom na charakter kyberpriestoru a vzťahov v ňom prítomných či vznikajúcich nutne v plnom rozsahu odmietnuť. Kyberpriestor, resp. lepšie povedané počítačové právo venujúce sa jeho štúdiu, stojí na pomedzí práva súkromného a verejného. Toto konštatovanie nie je bez opodstatnenia. ICT právo totiž, v stručnosti povedané, determinuje a inštruuje vzťahy ako horizontálne, tak vertikálne.³¹ Použitie metódy formalizmu k skúmaniu kyberpriestorových vzťahov by tak napríklad v prípade kyberkriminality (čoby verejnoprávného problému) mohlo spôsobiť ďalekosiahle problémy. Podobné problematické okruhy kyberpriestoru sú totiž generované samotným kyberpriestorom automaticky a neodvíjajú sa (dokonca sa ani nemôžu odvíjať) od systému „zastrešeného“ súkromným právom. Napriek nespornému prínosu právneho formalizmu (vrátane jeho jednotlivých konceptov a vybraných smerov) sa tento prúd myslenia zdá ako nie celkom vhodný pre ďalšie štúdium a analýzu kyberpriestorových právnych vzťahov týkajúcich sa elektronických

kontraktácií v ich právno-teoretických aspektoch.³² V tejto súvislosti je potreba tiež podotknúť, že právny formalizmus je vzhľadom k elektronickým úkonom obecné mimoriadne inšpiratívny v tom smere, že sa fokusuje na objektívne vnímateľné vonkajšie formulácie právneho konania (rovnako, ako ho zaujíma pozitívna forma jednania samotného štátu). Ma preto veľký význam v situácii, kedy právo dopadá na kultúrno nekoherentné prostredie, tzn. v situácii, kde jediným spoľahlivým zdrojom Informácie o práve je objektívne vnímateľná forma (či už je to zákon alebo príslušná zmluva). Tam, kde sa bavíme o kontraktácii medzi kultúrno rozdielnymi systémami, nie je možné spoľahnúť sa na nič iné ako na formalistické metódy (strany nemôžu predvídať nejaké predporozumenie, pretože ho kvôli kultúrnym rozdielom majú úplne odlišné).

2.3 Teória prirodzeného práva

I keď možno položartom, predsa by sa dalo konštatovať, že koncepcie prirodzeného práva (prirodzené právo, teória prirodzeného práva, právny naturalizmus) predstavujú spôsob systematického uvažovania o konektivitách medzi vesmírnym poriadkom, morálkou a právom, ktoré poznávame v tej či onej forme už po tisíce rokov.³³ Zámerne väčšina definícií naturalistickej koncepcie práva odkazuje na dlhú históriu tohto prúdu myslenia, pretože isté základné prvky a postuláty je možné vystopovať už i u Platóna (429 – 347 pred n. l.) či Aristotela (384 – 322 pred n. l.). Každopádne systematickú formu prirodzené právo získalo až učením Tomáša Akvinského (1225 – 1274). Je tiež na mieste uviesť, že, prirodzené právo a prirodzenoprávne koncepcie boli historicky integrálnou súčasťou myšlienok teologických, právnych, politických či myšlienok o morálke. Rovnako je pravdou, že tieto myšlienky našli následne svoj výraz i v obecných základoch medzinárodného práva, modernej liberálnej politickej teórie a poťažne i v základoch učenia o ľudských právach. Pochopiteľne, táto úloha naturalistických koncepcií sa ako lokálne, tak časovo rôznila. Je však nepochybné nepopierateľné, že naturalizmus dokázal preniknúť do drámy dejinného času a dokázal sa svojou metodológiou etablovať ako rovnocenný partner i medzi ďalšími právno-filozofickými smermi.

Jedným z kľúčových momentov, ktoré sa opakovane objavujú od čias Tomáša Akvinského v posolstvách právnych naturalistov je otázka, aké sú limity a hranice legitímneho vládneho postupu.³⁴ Táto filozofická otázka *prima facie* vzdialená problematike elektronických kontraktácií, je akcentujúcou práve i vo vir-

31 V tejto súvislosti je možné odkázať na právne princípy a jednotlivé právne zásady ako verejnoprávných, tak súkromnoprávných kódexov. V konkrétnom prípade práva ICT je tak možné vysledovať nutnosť regulovať vzťahy vznikajúce napríklad z on-line kontraktov (*ex contractu*) a rovnako i deliktálne vzťahy (*ex delicto*) v súvislosti s trestnými činmi na internete – napr. kyberkriminalita.

32 Na strane druhej sa však nedá uprieť myšlienka jasnosti práva – okrem iného vypovedaná i O.W. Holmesom, Jr. Ten v tejto súvislosti predostrel, že zmyslom akejkoľvek systemizácie práva je jeho lepšie porozumenie a koniec koncov i zjednodušenie. V angličtine Holmes uviedol: „... the point of systemizing law is to make it easier to be remembered and to be understood.“ Viď HOLMES, W.O. Path of the Law. Kessinger Publishing, 2004.

33 Dalo by sa konštatovať, že prinajmenšom takto chápe v naturalistický prístup k právu Brian Bix. Viď BIX, B. Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy. Oxford : Oxford University Press, 2000, str. 1.

34 Niekedy sa v tejto súvislosti hovorí i o tzv. *metateórii*. Rozpracovanie tejto koncepcie podáva komplexne John Finnis v diele Natural Law and Natural Rights (1980)

tuálnom svete kyberpriestoru, ako bude ilustrované v ďalších analýzach. Vyššie uvedené je nutné chápať predovšetkým ako priamu reakciu na právny pozitivizmus. V tejto súvislosti sa javí ako vhodné uviesť, že naturalizmus je možné pre lepšie skúmanie rozčleniť do dvoch základných prúdov, ktoré sa historicky vyprofilovali ako samostatné – v súčasnosti je však pri tom možné pozorovať isté konvergenčné tendencie. Jedná sa o prirodzené právo ako morálna/politická teória a prirodzené práva ako právna/sociálna teória. Ďaleko zložitejšie je to v prípade ešte ostrejšieho rozdelenia v rámci klasickej prirodzeno-právnej tradície, kde dochádza k parcelizácii názorových platforiem pri interpretovaní a aplikácii myšlienok Tomáša Akvinského. Kľúčovými interpretačnými momentmi sú termíny ako rozumné a nerozumné (z angličtiny tzv. „reasonable“ a „unreasonable“). Predovšetkým sa i v tomto smere jedná viac o otázku epistemológie ako cesty k poznaniu. Prvý prúd často krát zdôrazňuje, že to, ako sa dozvedáme čo je správne a dobré, deje sa prostredníctvom spoznávania ľudskej povahy. Druhý prúd naopak presadzuje to, že vyššie uvedené sa dozvedáme iným spôsobom – obvykle kombináciou racionality a empirického skúmania (z angličtiny tzv. *empirical observation*). K zhora uvedenému vývoju je pre úplnosť praktické dodať, že v nedávnych naturalistických právnych teóriách sa presadzuje význam, ku ktorému sú konvenčné právne pravidlá aproximáciami toho, čo právo skutočne je (typicky Dworkin) alebo toho, o čo sa právo musí pokúsiť, aby bolo (typicky Fuller). Prirodzené právo tak nie je chápané ako analógia k pozitívnemu právu. Práve naopak, prirodzené právo je v tomto svetle tým, ktoré si zasluhuje primárny záujem a pozitívne právo je potom tým, ktoré má byť k prirodzenému právu analógiou.³⁵ Naturalistické koncepcie nepresadzujú striktné lexikálne vymedzenie „prirodzeného práva“ akcentujúc, že takéto „umelé nálepkovanie“ (v angličtine naturalisti označujú tento prístup ako „labeling“) nie je vôbec pre samotný význam skúmaných definícií významné.

I na základe vyššie uvedeného sa v predstavách mnohých spája naturalizmus nezriedka s religióznymi atribútmi či náboženskou vierou obecné. Do istej miery priesaky voluntarizmu neabsentovali v naturalizme i z toho dôvodu, že viacerí právní naturalisti následne vynakladali značné úsilie pre objasnenie vlastnej pozície, ktorá v prevažnej miere akékoľvek vplyvy voluntarizmu odmietať.³⁶ K týmto prúdom však nepatrili napr. Samuel Puffendorf, ktorý svoju pozíciu zhrnul do nasledujúceho stručného postulátu: „... *pozorovateľné skutočnosti o nás samotných nám dávajú poznať, aké zákony nám Boh prikazuje dodržiavať*...“³⁷

35 Týmto konceptom sa historicky zaoberalo niekoľko autorov, poukázat sa v tomto smere dá okrem iného i na Hittingera, ktorý načrtnul komplexnú obhajobu právneho naturalizmu ako dominantného prúdu, ktorému má práve z hľadiska analógie odpovedať v plnom rozsahu právo pozitívne. K tomu viď HITTINGER, R. Natural Law as „Law“: Reflection on the Occasion of „Veritatis Splendor“, *Am. J. Juris* 39, 1994.

36 *Voluntarizmus*, zjednodušene načrtnuté, v tomto smere znamenal predovšetkým názor, že niečo je vyžadované ako morálne a dobré preto, že Boh prikázal, aby sa to takto činilo (analógicky potom zlé - nemorálne bude zakázané, pretože to zakázal Boh).

37 Pre úplné znenie postulátu viď PUFFENDORF, S. On the Duty of Man

Pre ďalší výklad a komprehenzívne pochopenie sa javí vhodné poukázat i na mnoho ráz analyzovanú reláciu medzi prirodzeným právom (tzv. natural law) a prirodzenými právami (tzv. natural rights). Na mieste je otázka, či je možné tieto v teórii práva etablované termíny používať a *promiscue*. Odpoveď však paradoxne nie je jednoduchá. Touto problematikou sa zaoberali viacerí renomovaní historici (napr. i Brian Tierney³⁸), no jasne určiteľnej odpovedi sa nedokázali dotknúť. Obecné sa však dá povedať, že rozdiel je možno nájsť i z hľadiska obecného ponímania práva ako nomenklatúrneho celku zahrnujúceho objektívne pravidlá správania sa, pričom práva jednotlivca je v tomto kontexte nutné považovať za subjektívne práva. Je teda zaiste možné povedať, že natural law a natural rights nie sú elementmi tautologickými. Podporným argumentom pre túto myšlienku podal už i sám Tomáš Akvinský, keď jednoznačne určil, že prirodzené práva jednotlivca odkazujú na jeho možnosť voľby sobáša, prijatia viery či voľby povolania. U niektorých autorov je dokonca možné nájsť intenzívnu tenziu medzi oboma týmito konceptmi – právní filozofi naturalizmu sú v tomto aspekte advokátmi ich vzájomného konfliktu.³⁹ Celkom nepochybne jasnú odpoveď na vyššie uvedenú dichotómiu podáva konkrétny sociálny a politický obsahový kontext.

Nezriedka sa stáva, že najmä zo strany právnych pozitivistov zaznievajú hlasy, že naturalizmus nemá s právom takpovediac veľa spoločného. Odkazujú pri tom predovšetkým na skutočnosť, že „právo“ (angl. „law“) odkazuje na príkazy či princípy stanovené vyššou mocou (tzv. „higher power“), ktoré by mali byť jednotlivými subjektmi práva nasledované. Možno i tento fakt spôsobil, že sprvu obtiažne riešiteľné spory na medzinárodnej úrovni dostávali špecifický kolorit infiltrovaný práve tézami prirodzeného práva.⁴⁰

Žiaden filozofický smer nebol a *posteriori* schopný existovať z konštruktívnych kritických poznámok k jednotlivým ním presadzovaným tézám. Inak tomu samozrejme nie je ani v prípade právneho naturalizmu. Prvé badateľné stopy možno nájsť už u Barucha Spinozu (1632 – 1677) v jeho teologicko-politickej stati⁴¹ zameranej na koncepčné vysvetlenie jednotlivých vtedajších spoločenských procesov. Spinoza sa v tejto práci jednoznačne prihlásil k odmietavému postoj, že Boh je právo darcom a že vytvára ako najvyššie Bytie pravidlá, ktoré nie je možné než dodržiavať. Spinoza postupne odmietol akékoľvek základy naturalizmu ako myšlien-

and Citizen according to Natural Law. Cambridge : Cambridge University Press, 1991.

38 Brillantný rozsiahly diskurz tejto problematiky predložil Tierney v antologickom diele zhrnujúcom otázky prirodzeného práva, cirkevných zákonov a spoločenských síl, ktoré vytvárajú korelačné väzby medzi práve uvedeným. Pre hlbšiu analýzu viď TIERNEY, B. The idea of Natural Rights: Studies on Natural rights, *Natural Law and Church Law* 1150-1625. Emory University Studies in Law and religion, 1997.

39 Typicky John Finnis či Michael P. Zuckert.

40 Nie nadarmo sa v tejto súvislosti hovorí, že to bol práve Hugo Grotius, ktorý položil základy medzinárodného práva. I na dielo tohto právnika a filozofa je nutné nazerať pod prizmou právneho naturalizmu.

41 Viď SPINOZA, B. Theological-Political Treatise, kapitola IV. Z J.B.Schneewind. Moral Philosophy from Montaigne to Kant, vol. 1, 1990, str. 239 – 244.

kového prúdu. Na strane druhej však Spinozov temer rovesník – Thomas Hobbes – existenciu prirodzených práv potvrdil, pričom predne stanovil, že jedinci vstupujúci do občianskej spoločnosti sa dobrovoľne vzdávajú svojich práv za ňu jednáť, pretože vykonávanie takýchto práv by viedlo k chaosu, návratu k vojne všetkých proti všetkým, čo predstavuje všetko to, čomu sa mala občianska spoločnosť vyhýbať.⁴²

Z týchto postulátov vychádza i koncepcia v súčasnosti označovaná ako moderný naturalizmus (moderné prirodzené právo). Jeho zástancovia ako priamu reakciu na pozitivizmus uvádzajú, že právo je najlepšie možné chápať ako teleologický koncept. Teda predovšetkým taký koncept či inštitút, ktorému je možné riadne porozumieť iba v prípade, ak budeme mať neustále na pamäti jeho základný (konečný) cieľ. Za tento cieľ predstavitelia moderného naturalizmu označujú spravodlivú spoločnosť. Tento prístup je v príkrom rozpore s všeobecne popisným, doširoka empirickým a morálne neutrálnym prístupom podávaným právnymi pozitivistami. Prirodzenoprávna teória pritom sama v sebe inkorporuje morálne zhodnotenie (tzv. „moral evaluation“) či ďalšie prvky morálky a stáva sa tak nadradenou právne pozitivistickej teórii. Učenie pozitivistickej školy, ktoré tieto elementy nezahrnuje sa tak stáva „chudobnejším“, a preto tento pomyselný súboj nemôže *ipso facto* vyhrať.

Týmto i ďalšími spornými momentmi sa Lon L. Fuller snažil komplexne ponúknuť obhajobu právneho naturalizmu. V tejto súvislosti sa vcelku provokatívne dotýka pozitivizmu, ktorý zásadným spôsobom kritizuje hneď z niekoľkých dôvodov. Fuller odmieta najmä snahu pozitivistov skúmať právo ako predmet poznania a navyše odmieta i možnosť, že toto skúmanie je možné rozčleniť a postupne tak skúmať jednotlivé prvky práva. Namiesto toho Fuller tvrdí, že právu je najlepšie možné porozumieť tak, že ho budeme percepčne vnímať ako formu oficiálnej (pozn. autora – štátne legitimizovanej) odpovede (z angličtiny tzv. „response“) na jednotlivé druhy problémov – najmä prostredníctvom riadenia a koordinácie niektorých druhov občianskych úkonov. V prípade prijatia tohto funkčného prístupu začne i základná axiomatická mantra naturalizmu, že „nespravodlivé právo nie je žiadnym právom“⁴³ dávať zmysel. Pre metodológiu nie je bez významu ani jedna z ďalších Fullerových kritických poznámok, keď uvádza, že právny pozitivizmus vníma právo predne ako „jednostranný priemet moci“ (v angličtine tzv. „one-way projection of authority“), kde jedna strana udeľuje príkazy a druhá strana sa nimi riadi.⁴⁴ Fuller v tom celkom pochopiteľne vidí fundamentálne neporozumenie správneho výkladu vzájomného vzťahu práva, spoločnosti, morálky, moci a ďalších spoločenských elementov. Ďalej tiež uvádza, že nevyhnutným predpokladom pre riadne fungovanie spoločnosti musí byť reciprocita povinností medzi občanmi a právo tvorcami. Existencia relatívne stabilnej

reciprocity očakávaní medzi právo tvorcom a subjektom je jednou zo základných častí idey dobre fungujúceho právneho poriadku. Právo môže riadne fungovať iba vtedy, ak občania a úradníctvo dobre kooperujú, pričom za predpokladu, že úradníctvo samo poruší pravidlá, ktoré pred tým promulgovalo, dostáva sa (prípadne sa veľmi pravdepodobne môže dostať) spoločnosť do problémov vedúcich až k jej rozpadu. Fuller sa tak dokonca posúva ďalej, a opäť ako kritickú reakciu na právny pozitivizmus ponúka analýzu zameriavajúcu sa na právo ako na proces – a to proces, ktorý zdôrazňuje dôležitosť vzájomných interakcií medzi úradníctvom a občanmi. Tento prístup potom vytvára transparentnosť vo vzájomných vzťahoch medzi jednotlivými dotknutými subjektmi, a tak táto transparentnosť veľmi dobre pomáha inštruovať dosahovanie spoločného dobra. V tejto súvislosti Fuller ponúka osem základných princípov legality. Ich úlohou je okrem iného stanoviť minimálne povinnosti vlády, ktoré sa budú uplatňovať generálne voči subjektom. Jedná sa v stručnosti o nasledovné:

- pravidlá musia byť obecné,
- pravidlá musia byť promulgované,
- retroaktívna tvorba práva a s tým súvisiaca aplikácia musí byť minimalizovaná,
- pravidlá musia byť pochopiteľné,
- pravidlá by v žiadnom prípade nemali byť kontradiktórne,
- pravidlá by nemali byť nemožné dodržať,
- pravidlá by mali zostať v čase relatívne nezmenené (konštantné), a konečne
- mala by existovať kongruencia medzi pravidlami oznámenými a pravidlami aplikovanými.

Dodržaním týchto princípov, ako uvádza Fuller, dokáže právo tvorca jednoduchšie usmerňovať chovanie svojich občanov. Výhodnosť tohto prístupu však nie je iba na strane autoritatívnych orgánov, ale svoju kladnú rolu zohráva aj na strane subjektov práva. Tí na tomto základe dokážu podľa Fullera byť schopní plánovať svoje aktivity vediač, čo musia činiť, aby zostali na „správnej“ strane práva. Týmto smerom by bolo možné kreovať i morálnu hodnotu. Na vyššie uvedené Fullerove princípy je vhodné nazerať ako na minimálne požiadavky, od ktorých nielen že nie je možné odstúpiť, ale z ktorých sa nie je možno ani nijak vyhovoriť. I dynamickosť naturalistickej teórie samotnej, teda práva percipovanom v procese, je dôležité vidieť ako jednu miskú váh, kde tou druhou je dodržanie vyššie uvedených ôsmich princípov.

Naturalistické koncepcie sa pochopiteľne rovnako nevyhli vášnivej kritike zo strany predstaviteľov iných prúdov (samozrejme najčastejšie z obce právnych pozitivistov). Najhlasnejšie v tomto aspekte vystupoval práve H.L.A. Hart. Vo svojej recenzii na Fullerovu Morálku práva Hart súhlasí, že Fuller poskytol poctivé odôvodnenie v tom smere, že právo skutočne môže byť percipované ako proces. Navyše, Hart s Fullerom súhlasí, že vyššie uvedených osem základných princípov skutočne môže napomáhať lepšie organizovať právny systém. Hart však dôrazne namieta, aby sa takýto postup

42 Niekedy sa v tejto súvislosti používa i obrat *Homo homini lupus* – Človek človeku vlkom (anglicky „*Man to Man is an arrant Wolfe*“), ktorý Thomas Hobbes po prvý raz použil vo svojom slávnom diele *Leviathan*.

43 Anglickí filozofi postupne označili tento výraz regulatívom „*an unjust law is no law at all*“.

44 Táto myšlienka má základ najmä v učení Austina a jeho teórii príkazov.

označoval za morálku. Prakticky demonštroval práve uvedené na príklade, keď právny systém sleduje zlé ciele⁴⁵. V takomto prípade potom tieto princípy (Hart používa pre Fullerových osem základných princípov anglický výraz „guidelines“) budú schopné umožniť (resp. umožnia) ďaleko efektívnejší spôsob, ako vláda dosiahne svoj zlý cieľ. Preto podľa Harta v tom prípade nemôže byť v žiadnom prípade reč. Tento myšlienkový rámec platí i napriek tomu, že Fuller vo svojej obhajobe naturalizmu pri vylicení práva ako procesu konštatoval, že by nikdy nemohol uveriť, že by právny systém, ktorý je procesne nastavený ako spravodlivý, nemohol byť spravodlivým i hmotne. S týmto názorom by sa z hľadiska korelácie dalo súhlasiť. Minimálne pri negatívnom vymedzení – dalo by sa totiž predpokladať, že krajina, ktorá nedodržiava procesné pravidlá s najväčšou pravdepodobnosťou téměř hraničiacou s istotou nebude dodržiavať hmotné právo a *vice versa*. Na strane druhej však Fullerov postulát neobstojí vzhľadom na skutočnosť, že historicky sa objavilo niekoľko krajín, ktoré pomocou veľmi prepracovaného súdneho i legislatívneho systému dokázali presadiť v spoločnosti zlo (opäť je možné odkázať na príklad Nemecka pred druhou svetovou vojnou atď.).

Napriek tomu, že by bolo možné uviesť desiatky či stovky mien predstaviteľov tohto myšlienkového smeru, resp. i významných konceptualistických sympatizantov právneho naturalizmu, je na tomto mieste vhodné obmedziť sa na otázku, do akej miery je prínos právneho naturalizmu (prirodzeného práva) relevantný pre sféru kyberpriestoru a nadväzujúc na to i pre virtuálny rámec elektronických kontraktácií, resp. či jeho metóda je vhodná pre skúmanie jednotlivých s elektronickými kontraktáciami súvisiacich aspektov. Kľúčovou otázkou je teda práve voľba metódy, akou je možné pristupovať k skúmaniu, hodnoteniu a analyzovaniu jednotlivých konceptov typických v tomto kontexte v podmienkach kyberpriestoru.

Predne je však nevyhnutné ešte raz uviesť, že to bola práve naturalistická teória, ktorá navdala vznik *ius gentium*, teda postupne práva pretransformovaného do medzinárodného práva. Týmto systematickým prístupom tak umožnila vygenerovať mantinely právnej aprobácie typických elementov medzinárodného práva, ktoré v prostredí kyberpriestoru zohrávajú dominantnú úlohu. Nie je totiž možné chápať kyberpriestor bez toho, aby sme kontinuálne neodkazovali na medzinárodný rozmer tohto fenoménu. Jednak by to bolo falošné a nepoctivé a jednak i *a priori* nesprávne. Rámec vybudovaný myšlienkovým prúdom presadzovaným právnymi naturalistami kreuje dynamické zázemie i pre ďalší rozvoj medzinárodných či nadnárodných elementov pre podmienky kyberpriestoru. Takáto signifikantná rola nemôže byť zástancom prirodzeného práva uprená. Na strane druhej však jednotlivé koncepcie pertraktované právnymi naturalistami implikujú množstvo neuralgických otázok, s ktorých vyriešením sa bude musieť kyberpriestor adekvátne vysporiadať. Tento problém nespočíva iba

v nájdení *ad hoc* odpovedí na vzniknulé problémy, ale predne v nastavení takej úpravy, ktorá by komplexne bola schopná riešiť všetky do úvahy prichádzajúce výzvy (vrátane problémov objaviacich sa *pro futuro*). Neľahké je i nastavenie konkrétnych mechanizmov pre dosiahnutie tohto účelu. A tu je práve využitie právneho naturalizmu ako metodologického prístupu pre skúmanie virtuálneho prostredia kyberpriestoru do značnej miery limitované. V tomto kontexte je totiž nevyhnutné dať kritikom naturalizmu za pravdu, že aj keď je systém práva obecné nastavený zodpovedne a legitímne, neznamená to automaticky, že i morálne. Praktické dôsledky tohto postulátu je možné pri pozorovaní a hodnotení kyberpriestoru vidieť v podstate denne. Prepracovaný inštitucionalizovaný systém práva v spoločnosti, „zastrešený“ relevantnou legitímnou právnou autoritou ešte nezaručuje vo svojej samozrejmosti, že jeho výraz (reflexia vo vzťahu k subjektom tohto systému práva) bude možné označiť za morálny. Túto myšlienku je nutné vidieť v trendoch. Predstavme si, že nadnárodná organizácia zodpovedná za udeľovanie domén vypracuje sprvu vynikajúci systém organizovaných a predpokladaných pravidiel. V postupe času sa však i tieto pravidlá nielen z procesného ale i z hmotného hľadiska začnú javiť ako nevhodné, ba dokonca za určitých popísateľných okolností za pravidlá odporujúce morálke. Nie je teda bez ďalšieho pravdou, že by dobre nastavený systém procedurálnych pravidiel takejto nadnárodnej organizácie automaticky rezultoval do jej *intra legem* a morálneho chovania v podmienkach kyberpriestoru. I tak totiž neustále existuje riziko zneužitia hmotných noriem (ustanovení, pravidiel či obecné regulatívov), a to i napriek jasne definovaným procedurálnym pravidlám. Na základe tohto vnímania je teda na mieste artikulovať pochybnosť o možnosti využitia metódy prirodzeného práva pre analyzovanie kyberpriestoru a jeho natoľko špecifických elementov. Existuje i niekoľko ďalších odôvodniteľných záverov, ktoré túto konklúziu podporujú. Jedným z nich je skutočnosť, ktorá sa pre podmienky kyberpriestoru javí ako elementárna, a síce že právní naturalisti nezriedka inklinujú k paušalizovaní svojich vysvetlení na nadpozemskú autoritu, Boha, ktorý vydáva príkazy pomocou ktorých jednotlivé subjekty riadi a pomocou ktorých tieto subjekty toto riadenie prijímajú. I bez siahodlhého vysvetľovania je zrejmé, že fenomén kyberpriestoru (najlepšie predstaviteľný prostredníctvom internetu) sa historicky v podmienkach ľudskej societas objavuje až v XX. storočí. Nie je preto možné dať za pravdu naturalistom, že univerzálny systém derivuje pravidlá od mimozemskej autority. V podmienkach ľudskej spoločnosti bol kyberpriestor kreovaný postupne až do tak komprehenzívneho a po viacerých stránkach sofistikovaného systému, ako je ho možné skúmať dnes. Jednotlivé jeho atribúty boli postupne vystavené na základe ľudského úsilia a sú riadené pravidlami ľudskej komunity. Jedná sa teda v tejto súvislosti najmä o to, aby bolo (i technicky) možné vytvoriť taký systém pravidiel a aplikačných noriem obecné, ktoré by boli vhodné pre medzinárodné prostredie kyberpriestoru. Táto cesta nie je jednoduchá a vyžaduje systematické poznávanie, analyzova-

45 Hart uviedol konkrétny príklad nacistického Nemecka a rovnako i režim apartheidu v Juhoafrickej republike.

nie a hodnotenie všetkých dostupných štruktúrnych elementov, vznikajúcich prípadných synergických efektov a predovšetkým poznávanie, analyzovanie a hodnotenie celého tohto multidimenzionálneho komplexu.

Právni naturalisti neopomínajú ani problematiku právnej sankcie ako možného regulatívu spoločnosti. Svoj postoj následne rozvíjajú i do sféry odstrašenia (z angličtiny „deterrent“). Ich primárny postoj k spoločenskej významnosti tohto odstrašenia pomocou príkladne uloženej sankcie je však negatívny. V podmienkach internetu (resp.obecne kyberpriestoru) sa však jednotlivé subjekty pohybujú v celkom novej, jedinečnej sfére, ktorá vykazuje i nové, unikátne štandardy chovania. Preto je na mieste v tomto smere naturalistom odporovať a práve naopak presadzovať i spoločenskú funkciu odstrašenia v podmienkach kyberpriestoru. Ťažko by si totiž bolo možné predstaviť, že by odstránenie v podobe napr. potrestania kyberkriminálnika nemalo svoj kýžený spoločenský efekt. Je tak možné uzavrieť, že i v tomto aspekte sa metóda právneho naturalizmu pre účely skúmania kyberpriestoru nepredstavuje ako v plnom rozsahu vhodná a prakticky pre tento fenomén bez ďalšieho použiteľná.

2.4 Teória právneho realizmu

Logickým rezultátom, berúc do úvahy vyššie v stručnosti ilustrované smery právneho myslenia, je smer vzniknutosi počiatkom XX. storočia v Spojených štátoch amerických a neskôr i v Škandinávii, celkom novou platformou pre ďalšie úvahy. Základným presvedčením právneho realizmu je totiž skutočnosť, že právo je vytvorené skutočnými ľuďmi. Právo tak obsahuje i isté slabosti a imperfekcie, ktoré sú toľko príznačné i pre ľudské bytosti.

Najskloňovanejším predstaviteľom tohto smeru sa stal už vyššie spomenutý Oliver Wendel Holmes, sudca Najvyššieho súdu USA.⁴⁶ Holmes spolu s ďalšími právnymi filozofmi zadefinovali tri fundamentálne prvky, na ktorých podľa nich spočíva právny realizmus. Predne sa jedná o nasledovné:

- A. dôvera realistov v tzv. *neurčitost' práva* (z angličtiny *indeterminancy of law*);
- B. dôvera v interdisciplinárnosť prístupov k skúmaniu práva;
- C. dôvera v právny instrumentalizmus.

Ad A) Pre vysvetlenie významu pojmu *neurčitost' práva* je nutné uviesť najmä spôsob, pomocou ktorého právní realisti percipujú právo ako také. V tejto súvislosti je náležité zhrnúť, že realisti majú za to, že právo obsiahnuté v písomnej podobe (typicky zákony, rozsudky jednotlivých súdov či iné právne normatívne akty) neurčujú (presne) výsledky právnych sporov. Uplatnia sa tak mnohé ďalšie faktory.⁴⁷

46 K ďalším typickým predstaviteľom je možné zaradiť Karla Llewellyna, Felixu Cohena, Roscouea Pounda, sudcu Benjamina Cardoza, Wesleyho Hohfelda či škandinávskoho profesora práva Axela Hägerströma.

47 Jerome Frank, jeden z predstaviteľov tohto smeru onedmy uviedol, že súdne rozhodnutie je určované i tým, čo mal sudca na raňajky. Aj keď možno táto veta (v angličtine „...a judicial decision might be determined by what the judge had

Ad B) Niet pochyb o tom, že dôvodom tohto chápania práva je i skutočnosť, že mnohí právní realisti boli náruživcami sociologických a antropologických prístupov pri štúdiu práva. Exemplárnym príkladom týchto tendencií je i dielo Karla Llewellyna.⁴⁸ Interdisciplinárnosť a medzioborovosť spoločenských vzťahov pôsobiacich na právo sú typickými základnými atribútmi tohto učenia.

Ad C) Napriek tomu, že prvky instrumentalizmu sa kontinuálne objavujú vo viacerých filozofických prácach, právní realisti tento koncept zásadným spôsobom previazali s ich pohľadom na právo a jeho vývoj v spoločnosti. Instrumentalizmus tak chápu v svetle hybnej sily priaznivej pre právo, pričom právo by v tomto svetle malo byť vnímané ako nástroj pre dosahovanie sociálne kýžených úspechov a rovnako i ako nástroj pre vybilancovanie konkurenčných sociálnych záujmov.

Ako bolo uvedené vyššie, v prípade nazerania na právo je nutné neopomínať multifaktoriálne variety prípadov majúce zásadný vplyv na rozhodnutia príslušných autorít – inými slovami, faktorov determinujúcich rozhodovanie jednotlivých sudcov (vo fáze litigačno-aplikačnej) je niekoľko a predovšetkým, podľa učenia právnych realistov, nie je možné zužovať tieto vplyvy na jednoduchú existenciu zákona. Do úvahy tak prichádza existencia početných extralegálnych vplyvov, teda akýchsi racionálne zdôvodniteľných determinantov konečného rozhodnutia danej autority.

Právny realizmus operuje tiež na premise, že právo (akokoľvek ho budeme označovať a akokoľvek naňho budeme nazeráť) je úzko spojené s výstupmi z reálneho sveta. Akceptovaním tejto premisy sa jurisprudencia (resp. obecne štúdium práva v abstraktnom zmysle) odchyľuje od hypotetických predikcií bližšie smerom k empirickým reflexiám jednotlivých, do úvahy pripadajúcich skutočností. Z toho následne plynie, že na rozdiel od vyššie uvedených postulátov, právny realizmus sa koncentruje na právo také, aké je, a nie na právo, aké by byť malo (*law as it is* a nie *law as it ought to be*).

S vyššie uvedeným priamo súvisí i otázka právnej istoty práva ako celku. Najviac je táto otázka pertraktovaná v myšlienkach Llewellyna, ktorý odsudzuje všetkých tých, ktorí dôležitosť tejto otázky marginalizujú. S právnou istotou (v angličtine Llewellyn používa termín „*legal certainty*“) je nutné zaobchádzať tak, že táto predstavuje pravú spoločenskú hodnotu, pričom skúmanie, či ju sudcovské právo skutočne produkuje, je považované za jadro právneho systému ako celku. Občas sa však objavuje až príliš unáhlená téza, že systém nevyhnutne implikuje prediktabilitu a že existencia takejto prediktability je nemysliteľná bez riadne fungujúceho a vysoko rozvinutého systému. Llewellyn následne postupuje v úvahách o právnej istote ďalej, pričom definuje rozdiel medzi právnou istotou laika a právnou istotou právnik.⁴⁹ V prípade uvedenom na

for breakfast“) vyznieva úsmevne, je v nej možné vidieť smer myslenia, ktorým sa realisti bez prikrášľovania okolností uberajú.

48 K tomu viď bližšie LLEWELLYN, K.: *The Cheyenne Way. The Modern Law Review*, Vol. 31, No. 2. Blackwell Publishing, 1968, str. 165-182.

49 Napriek tomu, že Llewellyn používa termín „*attorney*“ – advokát, je v tom-

druhom mieste sa jedná najmä o nutnosť prediktability konania judičiálnej moci (v konkrétnom prípade napr. vedomosť o tom, ako vyhodnotí daný spor ten-ktorý sudca). Naopak, v prípade laika sa nejedná o prediktabilitu právnú. Pôjde tak predovšetkým o kongruenciu medzi právnymi pravidlami a spôsobom života každého jednotlivca.⁵⁰ Právne pravidlá je tak nutné „obrusovať“ a adekvátne prispôbovať neustále sa meniacim sociálnym normám.

Ako určitú výzvu formulujú právní realisti jeden zo svojich ďalších kľúčových postojov, a síce, že sudcom, resp. všetkým judičiálnym orgánom nadaným rozhodovacou právomocou, je nutné garantovať širší manévrovací priestor pre ich samostatné rozhodovanie. Zväčšením týchto mantinelov je potom paradoxne podľa právnych realistov možné lepšie predpokladať budúce rozhodnutie daného sudcu a zvyšovať tak nielen dôveru v právo ako také, ale predovšetkým kvalifikovane zvyšovať v spoločnosti právnú istotu. Najlepšie tento postup obhajujú stúpenci právneho realizmu príkladom, keď tvrdia, že i zvieria uzatvorené v malom priestore sa bude pokúšať zo svojho zajatia uniknúť násilným spôsobom. Keď mu však tento priestor zväčšíme, je na mieste predpokladať, že sa nielen že nebude snažiť utiecť, ale že bude dobrovoľne chcieť v tomto zajatí zostať. V prípade, že budeme následne skúmať jeho chovanie, štruktúru, kvalitu a pravidelnosť jeho jednotlivých činností v tomto priestore, budeme schopní zdefinovať jednotlivé regularity jeho chovania a budeme následne schopní predikovať s vysokou mierou pravdepodobnosti jeho konanie pro *futuro*. Analogicky sa tento princíp podľa právnych realistov uplatňuje i na predstaviteľov judičiálnej sféry, pričom vystopovať vybrané známky správania sa sudcov bude v tomto svetle jednoduchšie a oveľa predpokladanejšie.

Pre účely metodologického pochopenia významu právneho realizmu je rovnako dôležité pojednať i o nasledujúcich významných momentoch. Jedným z nich je úvaha o signifikantnosti právnych princípov. Tým podľa právnych realistov chýba autoritatívna moc. Nie sú tak teda „celkom“ právom. Vo všeobecnosti by sa dalo uviesť, že typickým atribútom učenia právnych realistov je skepticizmus voči pravidlám. Táto skutočnosť bola typická pre právnych realistov od samotného počiatku ich filozofie. Skepticizmus v tomto svetle podľa realistov spočíva na dvoch ústredných základoch, a to že „realita“ je vecou natoľko komplexnou, búrlivou a živou, že pre jej komprehenzívne pochopenie nie je možné použiť štandardné (tradičné) aprobačné mechanizmy právnych pravidiel. Tie totiž vykazujú známky istej esenciálnej bezmocnosti a ako také sú vytvárané za pomoci jednotlivých pojmov. Tieto pojmy sú potom iba nejasnými pigmentmi našej mysle – tento postulát právnych realistov je tak opäť možné zaradiť povahou k smeru tendujúcemu k ostrejšiemu skepticizmu.⁵¹

to kontexte nutné vidieť obecné povolanie právnik.

50 Llewellyn hovorí v tejto súvislosti o tzv. *Sicherheit*, čo implikuje širšiu konotáciu než výraz tzv. *Certainty*. V ďalších publikáciách (napr. L.L. Fuller) sa objavuje v anglickom znení v súvislosti vyššie uvedeného táto Llewellynova formulácia: „... *legal certainty is congruence between legal rules and the wals of life*.“

51 Prof. Cohen dokonca označil túto fóbiu na právne pravidlá ako ľavicový

Právnym realistom nie je rovnako možné uprieť snahu o vysvetlenie teleológie práva. Táto otázka je v priamej korelácii vyššie uvedeného. V stručnosti sa dá zhrnúť, že realisti vykladajú účel práva relatívne extenzívne, keď sú ochotní pripustiť, že pod legislatívcom vytvorený pojem je možné zaradiť i v budúcnosti sa objaví pojem, ktorý je pod tento pôvodný pojem „subsumovateľný“. Legislatívca totiž v tom čase nemohol mať predstavu o tom, že takýto nový pojem sa objaví. Typicky teda, ak bude právo tvorcom stanovené, že za zbraň sa považuje i napr. nástroj schopný usmrtiť človeka, vyrobený typicky zo železa, bude tak naďalej za zbraň v intenciách tejto príkladne ilustrovanej definície považovaný i laserový zameriavač schopný usmrtiť živé organizmy emitovaním vysoko energetického mono frekvenčného žiarenia. I na tomto príklade je možné určiť, že vnútorná dynamika právneho realizmu vyjadrená okrem iného i vyššie uvedeným postojom k teleologickým aspektom práva, charakterizuje jeden zo základných dištinkatívnych faktorov tohto smeru.

Otázkou nesmierného významu pri analýze každého právno-filozofického smeru je i jeho vzájomný pomer medzi právom a spoločnosťou. Na túto koreláciu existuje množstvo extenzívnych vedeckých prác významných právnych teoretikov⁵², avšak pre účely tejto úvahy je dôležité uviesť, aký v tejto súvislosti k danej otázke zaujal postoj právny realizmus.

Nie je nutné predlho kontemplovať nad zhora nastolenou otázkou pomeru práva a spoločnosti z hľadiska perspektívy právneho realizmu, pretože predstavitelia tohto smeru dávajú ostentatívne najavo, že za kľúčové považujú práve ono spoločenské jadro tejto korelácie. Túto prevahu akcentujú najmä spoločenskou mocou nad súdmi.⁵³ V praktickom aspekte to znamená, že podľa Llewellyna sa sudcovské právo vyvinie predovšetkým všade tam, kde vyvstane potreba regulatívu spoločenských udalostí právne aprobovaným spôsobom, resp. na tých miestach, kde si to vyžadujú spoločenské zmeny. S tým priamo súvisí požiadavka, aby každý zákonodarca najskôr poznal detailne všetky do úvahy pripadajúce relevantné vzorce chovania jednotlivcov a až následne po ich pochopení produkoval právo na reguláciu takéhoto chovania. Do určitej miery extrémnym vyznieva toto poňatie v prácach Maineho, Savignyho, Ehrlicha či Duguíta, ktorí odvážne uvádzajú, že spoločnosť je tým aktívnym princípom, pričom právo je iba funkciou tohto princípu. Niet divu, že tento extrémny

právo-realistický nominalizmus. Nominalizmus tak implikuje podľa Cohena nedôverčivý prístup k právno-teoretickým *univerzalizmom* a *abstrakciám*. Nominalizmus je tak definovaný ako viera v skutočnosť, že jednotlivé všeobecné propozície existujú iba v myslí jednotlivca. Alebo lepšie povedané, mali by existovať. Cohen následne relativizuje i tento postulát uvádzaním, že univerzalizmy sú iba istým druhom sociálnej konvencie umožňujúcej tak fungovanie a samotnú existenciu jazyka. Berkeley potom v úvahách zašiel ešte ďalej, keď vytesnil vo svojom diele venovanom princípom ľudského vedenia (*Principles of Human Knowledge*) myšlienku, že najdôležitejšie je v celom tomto postupe myslenia je otázka spracovania myšlienky prostredníctvom mysle každého jednotlivca.

52 K tomu viď početné odborné články anglických profesorov Mirheima, Pollacka či Marwella. Z kontinentálnej právnej kultúry je možné uviesť napr. prof. Schmidta.

53 Llewellyn na margo pomeru práva a spoločenských síl uvádza *sekundárnu moc práva* – tzv. „*power of society over courts*“.

pohľad čelil značnej kritike majúcej základ predne v tom, že žiaden z dvoch vyššie uvedených elementov nie je natoľko determinatívnym, aby bolo možné bez ďalšieho uviesť, že právo spoločnosti iba sekunduje.⁵⁴

Pokiaľ podrobíme právny realizmus hlbšej analýze, nevyhnutné v tejto súvislosti bude i analyzovať existenciu inštitúcie ako obecnej právnej kategórie. Tú bude možné hľadať na základe predstáv právnych realistov nie v správaní sa jedincov, ale v ich mentálnych postojoch. Orientácia na jedinca a samostatnosť jeho jednania je pre realistov základným východiskom pre poznávanie komplexných vzťahov, do ktorých vstupuje a v ktorých na seba „nabaľuje“ ďalšie sociálne interakcie.

Ak bolo v predchádzajúcej časti predstavené, že právní realisti sa zaoberajú otázkou vzťahu medzi právom a spoločnosťou, nemožno im uprieť ani skutočnosť, že sa nevyhli rovnako ani vzťahu práva a morálky. Napriek tomu, že v ich učení nie je možné nájsť komplexnú analýzu širokospektrálnych elementov tejto vzájomnej korelácie, obmedzujú sa vo väčšine prípadov na konštatovanie, že hľadanie rozdielu medzi morálkou a právom nemá primárny význam pre fungovanie spoločnosti. Dôležitosť tohto vzájomného pomeru však stúpa za predpokladu, ak budeme hľadať ekonomický rozmer tohto vzťahu. Wendel Holmes v tomto smere hovorí o práve ako o zlom mužovi (za predpokladu, že chceme poznávať právo a nič iné), ktorého starostlivosťná úloha vyvstáva iba v prípade podstatných nepriaznivých následkov objaviacich sa v spoločnosti. Nie je teda možné na právo nahliadať tak, že odôvodniteľnosť jeho aplikácie na spoločenské vzťahy je automatická, naopak, u realistov je vhodné hovoriť skôr o aplikácii subsekventnej založenej na ad hoc základe. V konkrétnom prípade konkrétneho jedinca však v jeho mysli nedochádza k racionálnemu vymedzovaniu kategórii práva a kategórii morálky. Zjednodušene jedinec jedná a svoje správanie usmerňuje podľa toho, čo sa mu zdá vhodné v danej situácii. Realisti potom majú za to, že ak právo nie je časťou morálky, je ňou limitované – avšak, nejedná sa o žiadnu priamu koexistenciu morálky a práva. Toto Wendel Holmes dokumentuje na príklade, že ak nemeckému národu zvýšia cenu piva, nebude sa jednať o nesprávny, nemorálny či neospravedliteľný legislatívny počin. Na strane druhej však bude takýto zákon iba súborom prázdnych slov, pretože jeho vynútiťnosť bude temer nemožná. Samozrejme, nikto nepopiera, že zlé zákony existujú a že môžu byť a sú vynucované. Náročnou je pre právnych realistov odpoveď na otázku, čo vlastne tvorí právo, čo je jeho imanentným základom – sú to spoločenské axiómy správneho a dobrého, základné princípy chovania po práve či postuláty? Holmes v závere svojej úvahy prichádza k tzv. širokému pojmu predstavy právnej povinnosti (z angličtiny tzv. „legal duty“). Podľa neho takúto právnu povinnosť možno odvodiť od obsahu všetkých relevantne do úvahy prichádzajúcich morálnych kategórií. Konkrétni sudcovia podľa Holmesa často krát zlyhávajú pri zvážení

54 Cohen ako reakciu na tieto filozofické koncepcie vytvoril tzv. polárny systém práva a spoločnosti, kde obe tieto kategórie stoja v dichotomickom postavení ako dve ostria jedných nožík. K tomu viď bližšie COHEN, M. R. *Reason and Nature*. New York, 1931, str. 165 a nasl.

vplyvu morálnych a predovšetkým sociálnych faktorov v ich rozhodovaní. S touto požiadavkou ide následne ruka v ruke potreba skúmať a analyzovať históriu a historický rozmer všetkých skutočností schopných ovplyvniť rozhodnutie sudcu v danej veci.

Nie je práve najjednoduchšie odpovedať na otázku, vzhľadom na názorové platformy ilustrované vyššie, či metóda právneho realizmu je skutočne vhodná pre analýzu vzťahov a mnohorakých elementov virtuálneho kyberpriestoru. Vzhľadom na charakteristické prvky právneho realizmu by však bolo možné konštatovať, že pre skúmanie špecifik kyberpriestorového rozmeru sa vzhľadom na vyššie uvedené prejavuje tento spôsob skúmania zrejme ako najvhodnejší, a to z niekoľkých dôvodov.

Prvým a pre skúmanie kyberpriestorových vzťahov zásadným dôvodom je eminentná orientácia právnych realistov na historický kontext. Nejedná sa iba o historickú analýzu pravidiel, ale predovšetkým o komplexný pohľad na v minulosti sa vyskytnúvši problém, na adekvátnu reakciu na jeho odstránenie či zmierňovanie a konečne i vzájomný vzťah práve uvedeného. Iba na tomto základe je tak možné plasticky pochopiť samotnú podstatu problému a zadefinovať potenciálne riešenia *pro futuro*. Z hľadiska špecifik prítomných v rozmere virtuálneho sveta tak pôjde o zvýšenie pripravenosti a predpokladateľnosti reakcie na pálčivé neuralgické momenty v spoločnosti zo strany príslušných autorít nadaných rozhodovacou právomocou. Inými slovami pochopením modelu riešenia minulého problému je možné vytvoriť rámec pre rozhodovanie problému v budúcnosti. Takýto prístup sa v intenciách virtuálneho priestoru presadzuje ako nepochybne najvhodnejší.

Najväčší prínos metódy realizmu pre skúmanie kyberpriestorových vzťahov spočíva v ich racionálnom prístupe k riešeniu problémov obce. Pohľad na túto skutočnosť je triezvy a pre právo počítačových a komunikačných technológií obce a špeciálne potom pre elektronické kontraktácie žiaduci. Azda najlepšie je možné ukázať realistický pohľad na túto skutočnosť na nasledujúcom jednoduchom príklade:

Vieme, že sudca Dillon⁵⁵ súdi výhradne obchodno-právne spory. Vieme, že sudca je uznávaný gentleman vyžadujúci dodržiavanie etikety vo všetkých smeroch, okrem iného i pre nosenie kravát. Ďalej vieme, že sudca Dillon nemá rád kravaty červenej farby na právnych zástupcoch strán sporu. Rovnako máme vedomosť i o tom, že právny zástupca klienta, ktorý mal počas celého pojednávania takúto červenú kravatu, v danom spore neuspel. Na základe týchto vopred známych premís je potom pohľad právnych realistov jednoznačný – pokiaľ bude nutné zastupovať klienta v spore súdenom sudcom Dillonom, neoblečieme si kravatu farby, o ktorej sa dá predpokladať, že sudcu Dillona bude nielen

55 Sudca Dillon je postavou používanou Holmesom vo viacerých vysvetľujúcich príkladoch. Z textov prác právnych realistov však nie je možné dobre zistiť, či sa jedná o konkrétneho sudcu. Rozhodne však platí, že sudca Dillon reprezentuje veľkú väčšinu sudcov (súdnej authority), ktorú predstavitelia právneho realizmu (vrátane práve Holmesa) zvyknú s obľubou parodovane používať pre podporu a obhajobu svojich myšlienok.

iritovať, ale o ktorej máme celkom jasnú vedomosť, že s ňou spor môžeme veľmi pravdepodobne prehrať.

Vyššie uvedený jednoduchý príklad neilustruje iba to, že je nutné sa vždy na daný spor zodpovedne pripraviť. Navyše je tak i možné dedukovať racionalistický prístup právnych realistov ku skutočnosti, že ak poznáme faktory ovplyvňujúce rozhodnutie konkrétnej autority, budeme sa snažiť ich pre dosiahnutie nami kyžného cieľa čo možno najpresnejšie vysledovať, pochopiť a v rámci možnosti i následne dodržiavať. Typicky teda v prostredí kyberpriestoru vieme, že ak napríklad na webovú stránku budeme cielene umiestňovať nedovolené robotické metatagy, stránka bude skôr či neskôr príslušnou autoritou zakázaná (budeme sa preto snažiť využiť iné vhodné riešenia pre dosiahnutie nami žiadaného cieľa – v tomto prípade triedenie a vyhľadávanie internetových dát). Podobných exemplárnych príkladov by bolo možné nájsť mnoho. Podstatné však je, že účelom a primárnym zmyslom právneho realizmu je tak poskytnúť riešenie, ktoré je jednak vzhľadom na dané okolnosti vhodné, a ktoré je navyše i ekonomicky prijateľné. Takýto pohľad musí teda byť percipovaný pod prizmou realistického myslenia.

Na základe porovnania vhodnosti právneho realizmu ako metódy skúmania kyberpriestoru s vyššie uvedenými smermi právneho myslenia, na mieste je vyzdvihnúť postoj právnych realistov k otázke právnej istoty (viď vyššie). Realisti vedia, že nie je možné kreovať všeobsažný a všeponímajúci systém právnych pravidiel univerzálne aplikovateľných na akúkoľvek životnú situáciu v spoločnosti. Ak by sme predsa len takýto spôsob myslenia prijali, dochádzalo by zbytočne *ad nauseam* ku generovaniu veľkého množstva pravidiel, čo by konkrétne v prostredí kyberpriestoru spôsobovalo značné ťažkosti. Je pochopiteľné, že mimoriadne pozitívne pôsobí, ak sa jednotlivé subjekty môžu na právo spoľahnúť a môžu tak s istotou predikovať prípadné sankcie, ak nedodržia právom stanovené pravidlá. Rovnako je ideálnym riešením situácia, ak sú jednotlivé pravidlá natoľko presné, že i judiciálny orgán pri ich aplikácii vie, ktoré z týchto pravidiel pre ten-ktorý prípad použiť a rovnako i vie, akým spôsobom a do akej miery môže sankčnú stránku príslušného pravidla presadzovať. Problémovým momentom však v tejto súvislosti je, ak sa objaví nový problém, ktorého riešenie nie je dosiahnuteľné aplikáciou už stanovených a v spoločnosti etablovaných pravidiel. Problém je o to väčší, ak sa v danej situácii nemôžu využiť i právom pamätané pomocné mechanizmy právnej teórie – napr. právna analógia (*analogia legis* či *iuris*). Takýto problém potom vyžaruje do sféry zjavne sprvu neregulovateľnej stávajúcim právom. Právna istota sa tak dostáva do oklieštenej pozície, z ktorej zjavne nie je možné úniku ani odkazom na využitie teleologického prístupu k výkladu stávajúcich právne normatívnych aktov. V rovine kyberpriestoru sa tak môže jednať napr. o vysoko sofistikované trestné činy, ktoré nemajú oporu v zákone a ktoré neboli a ani nemohli byť zákonodarcom v dobe prijímania príslušného právne normatívneho aktu prediko-

vané.⁵⁶ *Ad absurdum* sa potom môže stať, že prípadný spor vzniknutý z tejto skutočnosti vyústi do situácie, že orgán aplikujúci právo ocitne sa v zákonnej núdzi, keď bude relevantný právny predpis absentovať⁵⁷. O tom, že právna istota strán sporu, resp. obecne právna istota, ktorá by mala byť garantovaná každým jednotlivým právnym systémom, je devalvovaná zásadným spôsobom, niet pravdepodobne pochyb. V tejto fáze potom nastupuje obecný pohľad právnych realistov majúci základ v myslení, že ku každému takémuto prípadu bude nutné pristupovať jednotlivo, *ad hoc* a *in concreto*. V prípade takéhoto problému v rámci kyberpriestoru bude zásadne dôležité zvážiť viaceré v úvahu pripadajúce modely riešenia.

Keďže prostredie kyberpriestoru je príznačné mnohými i extralegálnymi špecifickými charakteristikami, s ich existenciou je nutné pri hľadaní optimálnych riešení počítať. Takémuto prístupu sa v myslení právnych realistov dostáva určite zadosť. Práve uvedené by sa dalo pochopiteľne demonštrovať na viacerých príkladoch. Nesporným prínosom pre kyberpriestorové vzťahy (problematiku elektronických kontraktácií nevyvímajúc) je i téza, ako bolo ukázané vyššie, že existuje nepriama úmernosť medzi zväčšením manévrovacieho priestoru pre konanie jednotlivých subjektov právnych vzťahov a stupňom adhéznosti ich chovania po práve v rámci priestorovej dimenzie týchto vzťahov. Povedané inými slovami so zreteľom na podstatu virtuálneho sveta, čím väčší priestor pre rozvoj právnych a sociálnych interakcií bude kyberpriestor poskytovať (pochopiteľne s hranicami odmietajúcimi chovanie *contra legem/contra bonos mores* či *in fraudem legis*), tým zodpovednejšie sa budú jednotlivé subjekty pohybujúce sa v tomto rámci správať. Toto ich správanie bude jednoduchšie monitorovateľné, popísateľné, ale hlavne predikovateľnejšie vo vzťahu k budúcnosti. Takto je pomocou metód založených na právnom realizme možné pri skúmaní kyberpriestorových vzťahov dospieť k žiadanému efektu *de lege ferenda*. Ten je v praktickej rovine jasne vyjadriteľný Cardozovým⁵⁸ postulátom, že „... *law to advance the welfare of society*“ (teda že úlohou práva je zabezpečovať blahobyt spoločnosti). V podmienkach kyberpriestoru to neznamena len dobro pre jednu špecifickú komunitu (napr. užívateľov združených pod jednou špecializovanou doménou atp.), ale dobro pre všetky subjekty kyberpriestoru (poťažne potom pre systém samotný). Je teda na mieste konštatovať, že v dynamickom svete meniacich sa kyberpriestorových elementov, kvalifikuje sa

56 O to problematickejšie sa vyššie uvedené javí i preto, že ak sa zamyslíme nad v texte uvedenom príklade kyberkriminálneho trestného činu, dospejeme k jednému z právnych mantinelov definovaného zásadou *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Jedna z rovín tejto zásady dokonca priamo presadzuje skriptuálny regulatív, že trestným činom je skutočne iba ten trestný čin, ktorý je uvedený v zákone. Podobná úprava je typická pre viaceré trestnoprávne kódexy európskych štátov.

57 V každom prípade však nie je možné pripustiť stav odmietnutia spravodlivosti (lat. *denegatio iustitiae*) spočívajúci v tom, že by orgán rozhodujúci príslušný spor (sudca) odmietol takýto spor prejednať a v závere rozhodnúť. To nie je možné a sudca musí v každom prípade rozhodnúť.

58 Viď PATTERSON, E. W. *Cardozo's Philosophy of Law: Part II*. University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 88, No. 2. *The University of Pennsylvania Law Review*, 1939, str. 172.

práve uvedené ako žiadaný regulatív pre aprobovanie právno-spoločenských vzťahov v podmienkach virtuálneho sveta. Takéto praktické prístupy sledujú ako svoj primárny cieľ trvalo (alebo prinajmenšom dlhodobo) udržateľný rast a ďalší rozvoj systému virtuálneho sveta. Napriek tomu, že právny realizmus sa historicky vyvinul ako spleť viacerých prúdov myslenia (nezriedka celkom protichodných), a to ako reakcia na ortodoxné prístupu k poznaniu práva, pre účely kyberpriestoru a skúmania jeho špecifických rysov sa javí zrejme ako najvhodnejšia modalita spomedzi vyššie uvedených právno-filozofických smerov. Jednou zo zásadných výhod právneho realizmu totiž rovnako je, že je orientovaná perspektívne (tzn. nevracia sa do minulosti). Okrem iného to má za následok nepreskúmateľnosť predchádzajúcich rozhodnutí preto, že teraz existuje na danú problematiku iný právny názor (t.j. je možné konštatovať, že právny realizmus fakticky vylučuje neprípustnosť retroaktívnej judikatúry). V dynamickom prostredí internetu je toto možné rovnako vnímať zrejme ako výhodu.

2.5 Právna komparatistika ako základná metóda

Zrovnávací veda⁵⁹ je nazývaná tiež právna komparatistika a vyvodzuje vedecké poznanie porovnávaním svojho predmetu. Zrovnávanie implikuje rozlišovanie i triedenie – to všetko predpokladá rôznosť predmetu. Podľa Knappa⁶⁰ sú prvky komparácie dva – *comparatum*, t.j. to, čo sa zrovnáva, a *comparandum* – t.j. to, čo má byť s prvým zrovnávané. Pojmy *comparatum* a *comparandum* sú zameniteľné – to čo je v danom prípade *comparatum* a čo *comparandum* občasne nevyplýva z povahy predmetu zrovnania, ale určuje sa ad hoc v danom procese komparatistiky. Nevyhnutným prvkom porovnania musí byť v neposlednom rade i tzv. *tertium comparationis*, tzn. element, ktorý predstavuje zjednocujúci prvok komparácie. Takáto komparácia potom predpokladá nielen rôznorodosť / rôznosť porovnávaných predmetov, ale zároveň ich porovnateľnosť, tzn. existenciu niektorých zhodných znakov umožňujúcich takéto porovnanie.

Predmet právnej komparácie a tým ani právnej komparatistiky nebol nikdy jednoznačne definovaný. To nie je zrejme ani možné s ohľadom na to, že výčet v úvahu prichádzajúcich situácií, ktoré môžu byť predmetom tohto skúmania rozhodne nie je a *ipso facto* ani byť nemôže uzavretý. V tejto súvislosti je potrebné tiež

podotknúť, že obecné je možné zrovnávať i právo⁶¹ ako také a jednotlivé aspekty odohrávajúce sa na jeho pozadí. Právo je možné potom porovnávať nielen ako právo „v knihách“, ale i právo skutočne pôsobiace⁶², pričom výsledky komparácie práve uvedeného bývajú nezriedka zaujímavejšie a pre ďalšie právne skúmanie i hodnotnejšie.

Dôvodom, prečo sa právna komparatistika javí ako jedna z najvhodnejších právnych metód, je i skutočnosť, že právne aspekty elektronických kontraktácií vykazujú širokú rôznorodosť, resp. rôznosť práva, v ktorého rámci sa odohrávajú. Táto rôznosť práva je tak fundamentálnym predpokladom komparácie, má charakter daný charakterom predmetu a uskutočňuje sa na rôznych úrovniach. Viktor Knapp⁶³ v tejto súvislosti hovorí o tzv. mikro a makro úrovni. Na mikroúrovni ide predovšetkým o rôznosť (i) právnych noriem ako základných (molekulárnych) prvkov právneho poriadku, (ii) právnych predpisov ako celkov komunikujúcich svojim adresátom (recipientom) spravidla viac právnych noriem, (iii) právnych inštitúcií ako súboru právnych noriem. Na tzv. makroúrovni potom Knapp vníma zrovnanie (i) právnych odvetví či oborov (ich koncepcie, obsahu atp.), (ii) právnych poriadkov (ako celku a ako systému) a (iii) veľkých svetových právnych systémov (právnych rodín). Pre účely tohto článku tak bude praktické, pokiaľ komparácia bude pozostávať zo zrovnania vybraných právnych inštitútov jednotlivých aspektov elektronických komunikácií, prípadne vybraných právnych noriem. Je temer nemožné dosiahnuť reprezentatívnu komparáciu na tzv. makroúrovni, tzn. poskytnúť v rozsahu a podľa štandardov tohto článku komparáciu jednotlivých právnych rodín svetových právnych kultúr tak, aby výsledkom bola právna analýza vybraných aspektov elektronických kontraktácií v týchto právnych rodinách.

Ďalším dôležitým aspektom, prečo metóda právnej komparácie⁶⁴ azda najlepšie zodpovedá vhodnému spôsobu skúmania v tomto článku analyzovanej problematike, je i fakt, že právo ako predmet komparácie sa vo vývoji spoločnosti nutne mení. Právo sa dokonca mení i vtedy, keď zákon zostáva latentný (nemenný). Právo a obzvlášť tak právo kyberpriestoru, do ktorého sú radené i elektronické kontraktácie, vykazuje svoju nevyhnutnú historickú dynamiku. Jedná sa o dynamiku imanentnú, ktorá je základným výrazom kyberpriestoru. Na strane druhej, nutné podotknúť, vyžaduje i určitú historickú stabilitu. Tá je však daná relatívne – prejavuje sa v podobe akýchsi intervalov vo vývoji, tzn. v konečnom dôsledku v samotnej dynamike práva. V prostredí leektronických kontraktácií je tak možné vysledovať túto stabilitu práve ako reflexiu technickú pokroku, ktorý

59 Porovnávacia právna veda ako každá porovnávacia veda získava nové poznatky porovnávaním, t.j. konkrétne zrovnávaním práva a jeho rozlišovaním. Nie kedy sa dokonca (odhliadnuc od ďalej v tomto článku uvedeného) „zrovnávacia právna veda“ označuje ako „zrovnávacie právo“. Toto označenie je ovplyvnené anglickou terminológiou a je doslovným prekladom výrazu „comparative law“, ktoré sa bežne používa v anglickej literatúre. Výraz obdobný „comparative law“ sa nepoužíva ani v literatúre nemeckej, kde sa hovorí o tzv. Rechtsvergleichung (zrovnávanie práva), alebo o vergleichende Rechtslehre (zrovnávacia právna veda). Podľa Knappa je zrovnávacie právo nepresný preto, že žiadne zrovnávacie právo neexistuje. Existuje zrovnávacia metóda, ktorá na ceste k vedeckému poznaniu využíva porovnanie, právo ako predmet tejto metódy nie je zrovnávacie.

60 Zrov. KNAPP, Viktor. *Veľké právni systémy; úvod do zrovnávacej právni vedy*. 1. vyd. Praha: C. H. BECK, 1996, 248 s., ISBN: 80-7179-089-3, str. 3.

61 Definícií, čo je právo, je v odbornej literatúre bezpočet. V tejto súvislosti autor odkazuje na početné práce Prof. Hollandera, Prof. Večeřu či Prof. Knappa.

62 Vid' Knapp, tamtiež, str. 14.

63 Vid' Knapp, tamtiež, str. 15.

64 Napriek tomu, že právna komparatistika vykazuje relatívne široké spektrum svojich druhov (napr. makro či mikrokompatriatika, komparatistika regionálna, komparatistika s cudzím prvkom a komparatistika vnútorná, komparatistika historická, bilaterálna či multilaterálna atp.), bude pre prehľadnosť rozboru uvedeného v tomto článku ďalej počítané s právnou komparatistikou obecné ako metódou vhodnou pre skúmanie jednotlivých tu analyzovaných okruhov.

umožňuje určité právne skutočnosti vnímať staticky vtedy, pokiaľ je táto statika poskytovaná samotným technickým (technologickým) vývojom v danej oblasti.

Pretože je pre syntézu jednotlivých poznatkov získaných po celú dobu výskumu nutné získať čo najviac vhodných skúmaných zložiek, je potrebné takéto zložky obstaráť, resp. kontinuálne obstarávať práve z rôznych právnych systémov, ktoré buď majú hlbšiu tradíciu s jednotlivými právnymi inštitútmi pre skúmanie predmetnej problematiky, alebo preto, že dynamickejšia technická vývoj v oblasti práva informačných a komunikačných technológií v týchto právnych systémoch umožňuje rýchlejšiu abstrakciu takýchto zložiek pre účely ďalšieho skúmania adekvátnym vedeckým postupom. Celkom predpokladateľne, metóda komparácie potom umožňuje jednotlivé získané zložky preskúmať, osve, i vo vzájomnej jednote, a následne porovnať s ďalšími takto získanými zložkami. Na dôležitosť a fakticky i nutnosť použitia komparatívnej metódy bolo poukázané už vyššie. Na tomto mieste je však potrebné dodať, že ako súbor znakov odlišujúcich rôzne právne systémy, ktoré sú ako vybraní reprezentanti schopní poskytovať pre účely následnej komparácie jednotlivé zložky, sa najvhodnejším javí tzv. právny štýl. V tejto svojej diferenciačnej funkcii pochádza z Nemecka, kde bol vytvorený v 60. rokoch dvadsiateho storočia, odkiaľ sa potom rozšíril do ďalších krajín sveta⁶⁵. Tento právny pojem sa obvykle chápe intuitívne, pričom ako prví ho definovali nemeckí právní komparatisti Zweigert a Kotz⁶⁶. Pre definíciu právneho štýlu ako odlišovacieho kritéria jednotlivých svetových právnych systémov stanoví päť určujúcich faktorov:

1. historický pôvod a vývoj právneho štátu
2. špecifický spôsob právneho myslenia
3. obzvlášť príznačné právne inštitúty
4. druh prameňov práva a ich interpretácia
5. ideologické faktory.

Samozrejme, miera, akou vyššie uvedené faktory pôsobia na daný právny systém je odlišná. Rovnako je skutočnosťou, že nie všetky faktory musia nutne na tento systém pôsobiť. Ich výčet je základný a bolo by možné uvažovať i o ďalších skupinách podobných faktorov. Vyššie uvedené faktory sa však pre tu sledované účely javia ako najpríznačnejšie.

Pokiaľ bolo vyššie ilustrované, že právny štýl je so svojimi inštruujúcimi faktormi tým kľúčovým diferenciačným hľadiskom, ktoré je nutné vnímať i pri využití komparatívnej metódy na skúmanie jednotlivých vzťahov súvisiacich s elektronickými kontraktáciami, nebude toto hľadisko z čisto racionálnych dôvodov jediným demarkačným kritériom. V tomto smere je nutné odkázať i na jednotlivé aspekty právnej kultúry, tzn. kultúry aplikácie práva, kultúry formy práva, t.j. v oblasti písaného práva úroveň legislatívnej techniky, slovesnej kultúry právnych predpisov či kultúry práva ako normatívneho systému. Práva kultúra, ako nazna-

čuje už práve uvedené, je pojmom širším, než právny štýl. Ani určenie právneho štýlu právnou kultúrou ako súčasťou tzv. obecnej kultúry národa nie je jednoznačné.

Vychádzajúc z vyššie uvedeného je potreba potvrdiť, že hlavnou a základnou metódou zrovnávacej právnej vedy je metóda zrovnávacia, resp. ako bolo už povedané, metóda komparatívna. Vedeckou metódou tak pre účely tohto článku nebude akékoľvek zrovnávanie, ale zrovnávanie výhradne s cieľom získania vedeckých poznatkov. Vedecké zrovnávanie tak v kontexte, ako bude ilustrované i v ďalších kapitolách tohto článku, nie je prostou juxtapozíciou zrovnávaných objektov (t.j. toho, čo je v danom konkrétnom prípade comparatum a čo comparandum), ale je ním prinajmenšom ich zhodnotenie pre prax, tzn. predovšetkým zhodnotenie legislatívne. Vo vlastnom komparatistickom výskume, tak ako bude uvedené v ďalších subkapitolách tohto článku, bude adekvátne aplikovaná rovnako i metóda analýzy a syntézy. Vo vedeckom výskume v rámci vedeckého bádania sú totiž nevyhnutné obe zložky, pričom práve uvedené platí o to intenzívnejšie, pokiaľ sa jedná o tak špecifickú problematiku, ako sú vybrané vzťahy v kyberpriestore. Každá zrovnávacia právna veda je nutne analytickou vedou a nutne syntetickou vedou zároveň. Aby totiž bolo možné dobrať sa v prípadoch, ktoré budú ilustrované ďalej, reprezentatívnych poznatkov zrovnáním, je nevyhnutne potrebná analýza zrovnávaných javov, tzn. ich dekompozícia na jednotlivé prvky a zrovnávanie týchto jednotlivých prvkov. Touto dekompozíciou sa fakticky vytvára nová comparata a comparanda a nová tertia comparationis. Tento analytický postup ukáže zreteľne v zrovnávacích javoch prvky rozdielne i prvky zhodné. Ako bolo uvedené vyššie, analytická dekompozícia ukáže jednotlivé prvky takpovediac izolovane, bez patričnej súvislosti. A preto je potrebná rovnako i syntéza, t.j. skladanie jednotlivých prvkov zrovnávaných javov do obecnejších pojmov a ich príslušných štruktúr. Táto vedecká syntéza je syntézou tvorivou, ako bude ilustrované ďalej v tomto článku – prináša tak nové poznatky, predovšetkým poznatky o optimálnom nastavení legislatívnych riešení, môže priniesť i riešenie problémov unifikácie právnych inštitúcií alebo aspoň ich aproximáciu, môže priniesť riešenie odstraňujúce praktické prekážky v medzinárodných stykoch, ktoré nezriedka vyplývajú z rozpornosti právnej úpravy rovnakých otázok rôznych právnych systémov daných krajín (jurisdikcií). Pri riešení nastavení vzájomného vzťahu metódy komparatívnej a napr. dedukcie a indukcie je vhodné odkázať za jednotlivé závery v odborných prácach prof. Knappa⁶⁷, ktorý o tejto relácii hovorí nasledovne (cit.): „*Platí totiž to, že srovnávací právni veda (má-li byť skutečně vědou, má-li přinést vědecké poznatky) je zároveň induktivní i deduktivní, přičemž vzájemný vztah induktivního a deduktivního je poznání je obdobný jako vzájemný vztah poznávání analytického a syntetického. Je to soustavné střetávání indukce a dedukce, závisící v konkrétním poznávacím procesu na konkrétních okolnostech zkoumaných jevů (a také na konkrétním výzkumném cíli).*“ V každom prípade

65 Zrov. Cappeletti, M. a ďalší, The Italian Legal System, str. 164.

66 Súbor definícií tohto právneho pojmu je možné nájsť v diele ZWERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*.

67 Zrov. KNAPP, V., GERLOCH, A. *Vědecké metody poznání práva*, Ústav státní správy: Praha, 1983, str. 37 an.

potom platí, že ako indukcia, tak dedukcia, musia vychádzať z niekoľkých úrovní poznávaných javov. Jedná sa tak o skutočnú spoločenskú akciu právnych inštitúcií, o spoločenské vzťahy ako také, ktoré sú ich podstatou. Vždy teda ide primárne o to, aby bolo objasnené, ako skúmané právne inštitúcie v daných spoločenských vzťahoch fungujú. Ide teda nielen o indukciu / dedukciu logickú, ale i sociologickú.

Prakticky obdobný pohľad na komparatívnu právnú vedu zaujíma i názor, že právo ako také (so všetkými komponentmi na jednotlivých úrovniach) je predmetom skúmania, pričom samotné porovnávanie je procesom v rámci príslušného vedeckého bádania. Externú dimenziu potom v tomto ponímaní zaujíma internacionalizmus. Francúzski právní komparatisti dokonca verili, že komparatistika má vytvoriť právo univerzálne pre celé ľudstvo (tzv. *droit commun de l'humanité*)⁶⁸. Prírodzene, tento koncept sa vyvíjal a naďalej sa zrejme i bude odzrkadľovať v aktuálnom dejinnom vývoji v danej oblasti práva, a to ako v príslušných predpisoch práva hmotného, tak procesného. V tomto smere tak nie sú bez významu predovšetkým viaceré odlišnosti jednotlivých procesných inštitútov, ktoré, takpovediac, častokrát prerastajú i do práva substantívneho. Typickým príkladom je potom americká doktrína (rule of law) založená na špecifickom judičiálnom systéme, ktorého produktom sú rozhodnutia v tradičnej kontinentálnej právnej kultúre len s nevôľou prijímané. Nie je to však iba odlišným historickým, sociálnym či kultúrnym vývojom, ale predovšetkým vývojom právnym, determinujúcim v tomto prípade konkrétne procesné inštitúty a rámec pre tvorbu konkrétnych súdnych rozhodnutí. Vždy je však potrebné odlišovať sféry metódy komparatívnej a sféry medzinárodného (súkromného) práva. I keď by sa na prvý pohľad zdať, že tieto spolu úzko súvisia, nemusí to byť pravidlom. Dôvodom je najmä fakt, že obe sféry predstavujú iný predmet svojho bádania, sú vystavané na iných právnych inštitútoch a tak presah oboch je viac domnelý než skutočne existentný. Nesporne však platí, že práve pre medzinárodné právo (súkromné) je metóda právnej komparatistiky mimoriadne dôležitá a preto táto výseč práva je od nej zrejme závislá⁶⁹. Skúmanie ďalších väzieb komparatívnej metódy k iným právnym odvetviám by presahovalo rozsah tohto článku.

S ohľadom na vyššie uvedené je tak na mieste zhrnúť, že pozitívom komparatívnej metódy je celkom nesporné jej prínos pri následnom zdokonalení práva, resp. jeho tvorby. Zaiste má táto vedecká metóda obrovský potenciál i v tom, aby poskytla dostatočný materiálny základ pri príprave zblížovania (aproximácie) jednotlivých právnych poriadkov, ich častí či dokonca jednotlivých právnych inštitútov.

Komparatívna metóda ako vedecká metóda pre zistenie príslušných záverov pre účely tohto článku je navyše vhodná i z niekoľkých ďalších dôvodov. Tým naj-

základnejším je práve fakt, že základné problematické okruhy typické pre kyberpriestor sú existentné nielen na území Českej republiky, ale prakticky v celom virtuálnom svete, tzn. i vo veľkých jurisdikciách krajín ako sú napríklad Spojené štáty americké, Nemecko atp. Zámerne je potrebné odkázať na tieto dve krajiny, pretože komparatívna metóda užitá v tomto článku sa bude v zásade obmedzovať práve na tieto krajiny. Spojené štáty americké sú krajinou, kde predovšetkým tamojší judičiálny systém poskytuje značnú základňu pre riešenie niektorých sporných otázok virtuálneho sveta, elektronické kontraktácie nevynímajúc. Nemecko je v tomto aspekte krajinou s typickou kontinentálnou právnou kultúrou, o ktorej sa dá v skratke konštatovať, že je v principiálnych otázkach podobná českej právnej kultúre (česká právna kultúra je rovnako založená na kontinentálnom systéme právneho poriadku). Ďalším celkom zásadným faktom svedčiacim v prospech voľby tejto metódy je elementárny predpoklad elektronických kontraktácií, a to je virtualizácia. Virtualizácia ako nepopierateľne existujúci element právnych vzťahov je spoločná pre viaceré právne doktríny a všetky tieto doktríny sa s ňou musia zodpovedajúcim spôsobom vysporiadať. Vplyv virtualizácie na konkrétne právne jednanie (napr. pri vyjednávaní zmluvy, pri uzatváraní zmluvy či dokonca jej plnení) však v konkrétnych právnych doktrínach môže byť odlišný. Komparatívna metóda má potenciál tieto nuansy identifikovať, pomôcť ich popísať a prispieť tak k overeniu, potvrdeniu, či vyvráteniu tézy stanovenej pre túto prácu tak, ako je uvedené nižšie.

2.6 Pragmatická metóda ako nástroj získania reprezentatívnych záverov

Ako bolo v stručnosti ilustrované vyššie, základnou metódou tohto článku je metóda právnej komparatistiky. Je však nesporné, že táto technická metóda bádania nemôže pri takom koncepte ako je kyberpriestor obstať bez ďalšieho. Ako bude uvedené ďalej v tomto rozbere, javí sa ako náležitá pre ďalšie vedecké bádanie a tvorbu zodpovedajúci záverov práve metóda pragmatická nachádzajúca svoj výstavbové elementy práve v právnom pragmatizme⁷⁰.

Pragmatická metóda sa pokúša vyložiť každý jednotlivý pojem príslušnými praktickými dôsledkami. Z každého slova je potom potrebné si vybrať vždy jeho praktickú hodnotu a uplatniť ju v prúde konkrétnej skúsenosti⁷¹. Pragmatická metóda teda v jednotlivých prípadoch záleží v tom, že sa snažíme pojmy vyložiť podľa toho, aké u nich je možné vystopovať praktické dôsledky. Obracia sa ku konkrétnosti a adekvátnosti k faktom. Pragmatická metóda znamená postoj odhliadania od prvých vecí, princípov, kategórií predpokladaných nutnosťou a prihliadania k posledným veciam výsledkom, dôsledkom a faktom. V tomto prístupe je tak možné

68 V tejto súvislosti je možné odkázať predovšetkým na teoretické práce francúzskych právnych teoretikov Edouarda Lamberta a Raymonda Saleillesa, ktorí dokonca na podporu svojich názorových platforiem usporiadali veľký kongres (International Congress for Comparative Law).

69 Obdobne napríklad RABEL, E. Das Problem der Qualifikation, 1931, str. 241.

70 Obrat pragmatizmus má svoj pôvod v gréckom slove „pragma“, čo znamená akciu. Ako prvý bol prvýkrát tento pojem použitý filozofom Charlesom Peircom v roku 1878 v článku „How to make our ideas clear“.

71 V podrobnostiach zrov. napr. Antológia z diel filozofov. VIII. zv. *Pragmatizmus, realizmus, fenomenológia, existencializmus*. Bratislava, Epocha: 1969, str. 604.

vidieť opak k pasivite, uniformite či odtrhnutiu od praktického života. Podľa Johna Deweyho⁷² napríklad každá skúsenosť prijíma niečo z toho, čo prebiehalo predtým a modifikuje určitým spôsobom kvalitu toho, čo príde neskôr. Vždy je však dôležitá aktívna vlastná činnosť ako protiklad k pasivite.

Typickým rysom pragmatizmu v práve okrem iného je i skutočnosť, že táto metóda sa nesnaží o teoretizovanie jednotlivých okolo prítomných faktov, ale o neustále experimentovanie a riešenie problémov na praktickom príklade (príkladoch). Pragmatická škola sa tak zaoberá problémami životnej praxe vo viacerých oblastiach spoločenského života, právo nevynímajúc.

Pragmatická metóda je primárne metódou riešenia metafyzických dišputácií, ktoré by inak boli nekonečné⁷³. Na zásadné a častokrát obtiažne vysvetliteľné právne javy hľadá, ako bolo ilustrované vyššie, riešenie pomocou praktických dôsledkov (tzv. aspekt angl. „practical consequences“). Eminentný záujem kladie táto metóda práve na realitu, ktorú vníma ako celkom inštruktívnu pre riešenie fakticky akýchkoľvek v úvahu prichádzajúcich sporov. Dokonca i akékoľvek minulé udalosti sú hodnotené pod prizmou aposteriórnej logiky, a to, dá sa povedať, značne striktným spôsobom. Nie je tak prekvapujúce, že pri zistení, že právna úprava konkrétnej riešenej záležitosti neexistuje, pragmatici preskúmajú historickú genézu tohto problému a pokiaľ odpoveď na túto otázku neexistuje, poskytnú odpoveď pragmatickú, tzn. odpoveď zohľadňujúcu všetky v úvahu prichádzajúce konzekvencie. Príkladom potom môže byť odpoveď, podľa ktorej by platilo, že žiadna teória nie je absolútnym prepisom reality, tzn. pokiaľ napríklad v spoločnosti existuje určitý problém, pre ktorý absencuje zodpovedajúca právna regulácia, môže byť dôvodom pre takúto absenciu napríklad komplikovanosť jednotlivých vzťahov, pomalý reakčný čas zákonodarcu atp. racionálna odpoveď z racionálneho sveta, t.j. zo sveta prostého iracionálnej skutočnosti. Pri hodnotení jednotlivých javov potom metóda pragmatizmu rieši jednotlivé okruhy v rámci doktríny pravdy. V každom prípade sa jedná o pravdu absolútnu, objektívnu, tzn. o pravdu, ku ktorej by sme sa mali uchýľovať v našich jasných a reálnych myšlienkach. Jedná sa o celkom bezpodmienečný koncept absolútnej pravdy, ktorú je potreba vždy rešpektovať, a to bez ďalšieho.

Obdobný koncept pragmatickej doktríny prináša i Brunton⁷⁴, ktorý ako kľúčovú akcentuje prvotnú otázku „Aký rozdiel z toho plynie?“⁷⁵. Následne nastáva proces zhodnocovania alternatív. Samozrejme, rizikom je určitá neznalosť možných alternatív a rovnako i fakt, že pri posudzovaní môže byť daný subjekt znalý predpokladaného výsledku takého zhodnotenia.

72 DEWEY, John. *Rekonstrukce ve filosofii*. Praha 1929, str. 114.

73 Zrov. JAMES, William. *What Pragmatism Means* [online]. In *What is Pragmatism. The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, 1904, vol. 1, no. 16, [citované 14. marca 2011] str. 2. Dostupné z: <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/us/james.htm>.

74 BRUNTON, David. *Pragmatic Method* [online]. *ButterPies*. [citované 14. marca 2011]. Dostupné z: <http://davidbrunton.com/2010/10/02/pragmatic-method/>.

75 V originálnom anglickom znení je táto otázka podľa Bruntona formulovaná ako „What Difference Does It Make?“.

Vzhľadom na skutočnosť, že v tomto článku analyzovaná problematika právnych aspektov elektronickej kontraktácie so zameraním na teoretické zhodnotenie, je natoľko špecifická a generujúca stále nové a nové skutočnosti, nie je možné predpokladať a dokonca ani predvídať celkom jednoznačný vývoj v tejto právnej oblasti. Špecifickosťou právneho spektra ohraničeného právom informačných a komunikačných technológií je predovšetkým skutočnosť, že toto sa zaoberá javmi a udalosťami, ktoré doposiaľ neboli právne vyriešené z dôvodu ich maximálnej novosti, historickej nepredpokladateľnosti či izolovanej špecifickosti. Pri pomyslení, že i jednotlivé kyberpriestorové vzťahy (právne aspekty elektronických kontraktácií do týchto vzťahov zahrnujúc) sa odvíjajú práve v týchto mantineloch, nedá sa než konštatovať, že ako vhodnou metódou pre skúmanie vybraných právnych aspektov bude práve metóda pragmatická. Ako metóda založená na objektívnej pravde je zrejme schopná po investigatívnej analýze daných okruhov poskytnúť racionálny záver výskumu a uviesť tak viaceré alternatívy pre ďalšie (hlbšie) vedecké bádanie. Táto metóda rovnako nie je sužovaný prekotnou snahou o prepis aktuálnych javov kyberpriestoru do právneho sveta. To ani nie je v každom prípade možné. Táto nemožnosť nie je technická, ale právna. Niektoré javy totiž existujú buď krátku dobu, alebo síce dlhšiu, avšak sú natoľko komplikované a ich právna úprava si vyžaduje prvotné sofistikované preskúmanie bilancujúce na úrovni technických a právnych vstupov, a preto striktné a zarputilé zotrvávanie na okamžitej právnej regulácii každého jednotlivého javu by mohlo byť v konečnom dôsledku kontraproduktívne. Tieto oklieštenia však komparatívna metóda z hľadiska svojej podstaty, ako bolo ilustrované už vyššie, fakticky nevykazuje. Naopak, vždy sleduje praktické implikácie jednotlivých javov – v prípade pozitívnych externalít ponecháva právnu reguláciu bez bezprostredného zásahu a v prípade možných negatívnych dôsledkov, na strane druhej, volá po okamžitej ingerencii zo strany príslušných orgánov. Zhodnotenie praktických dôsledkov je i v prípade kyberpriestorových vzťahov vždy založené na racionálnom uvažovaní a adekvátnom zhodnotení jednotlivých implikácií do spoločenského života. Je preto možné zrejme uzavrieť, že pre ďalšie vedecké skúmanie jednotlivých okruhov týkajúcich sa právnych aspektov elektronickej kontraktácie bude táto vedecká metóda praktická a pre tu sledované účely i dostatočne inštruktívna.

2.7 Základná téza

Ako bolo predoslané už vyššie, predmetom výskumu tohto článku sú právno – teoretické aspekty elektronickej kontraktácie. Problematica elektronickej kontraktácie, presnejšie povedané sveta kyberpriestoru a virtualizácie, nie je v histórii ľudstva konceptom novým, ktorý by sa objavil len nedávno. Táto informácia by potom mohla implikovať, že poznávanie virtuálneho sveta, deskripcia jednotlivých javov odohrávajúcich sa v jeho rámci, obíde sa bez hlbšej právnej analýzy, keďže je možné túto vystavať práve na minulých skúsenostiach. Práve

uvedené platí iba čiastočne. Dôvodom je predovšetkým skutočnosť, že kyberpriestor a jednotlivé vzťahy v ňom odohrávajúce sa, sú determinované vnútornou a externou dynamikou. Vnútorná dynamika je hnacím motorom, ktorý akceleruje okrem iného i dynamický vývoj, resp. vôbec vznik, nových právnych kategórií, inštitútov a relácií. Externá dynamika je potom reprezentovaná rýchlo sa meniacimi podmienkami spoločenského života, ktoré obvykle reagujú na zásadné technologické zmeny na konkrétnom úseku skúmaných vzťahov. Nie je azda potreba žiadnej hlbšej analýzy k tomu, že tento vývoj bol, je a s najväčšou pravdepodobnosťou i bude vývojom rýchlym, pričom jeho budúcu akceleráciu je možné len ťažko s presnosťou predvídať.

Na strane druhej existuje právny poriadok určitej právnej kultúry, v danom prípade teda český platný právny poriadok kontinentálnej rodiny právnych kultúr. Tento právny systém, ako masa práva na národnej úrovni, zaiste prechádza neustálymi zmenami, pričom tento vývoj je jasne popísateľný pre všetky partikulárne oblasti právneho poriadku. Napriek tomu je neodškriepiteľným faktom, že technologický vývoj, predovšetkým ten odohrávajúci sa v kyberpriestore, je nutne o krok vpred pred v súčasnosti nastavenými mechanizmami platného právneho poriadku. Aj keď je tento výrok možno obtiažne a s nevôľou prijímaný, právo tu hrá úlohu akéhosi sledovača vývoja, ktorý svojou právnou úpravou odpovedá na jednotlivé odohrávajúce sa zmeny v spoločnosti zasluhujúce si adekvátnu právnú aprobáciu, resp. reprobáciu.

V náväznosti na vyššie stručne ilustrovaný úvodný postreh týkajúci sa relácie právny poriadok – technologický vývoj, je potrebné potvrdiť, že v tomto kontexte sa kryštalizujú i jednotlivé právne aspekty elektronických kontraktácií. Ako bude vysvetlené v ďalších častiach tohto článku, elektronické kontraktácie sú fakticky produktom virtuálneho sveta, pričom vychádzajú zo základných náležitostí kladených na túto problematiku platným právnym poriadkom.

V súvislosti s vyššie uvedeným je tak kľúčové zistiť, či virtuálny svet so všetkými svojimi špecifikami dokáže vôbec dostať požiadavkám na jednotlivé právne inštitúty regulovaný platným (písomným) právnym poriadkom – v danom prípade platným poriadkom Českej republiky. Inými slovami tak je z dôvodov čisto logických a praktických celkom zásadné zistiť, či je prostredníctvom práva informačných a komunikačných technológií možné dostať jednotlivým zákonným požiadavkám na tzv. perfektný (dokonalý) kontrakt. Tento *terminus technicus* bude definovaný a podrobne rozobratý ďalej v príslušných subkapitolách tohto článku. Pretože je toto zistenie celkom zásadného charakteru (má implikácie *pro futuro* pri adekvátnom nastavení právnych noriem, pri legislatívno-technickej činnosti, pri zhodnotení praktických aspektov týkajúcich sa práve uvedeného atp.), bude táto téza považovaná za základnú tézu tohto článku. *Pri zvážení všetkých relevantných skutočností by tak v závere tohto článku mala vyššie uvedená téza dať pomerne jednoznačnú odpoveď na otázku, či prostredníctvom informačných a komunikačných technológií je vôbec*

možné dostať českým platným právnym poriadkom nastaveným zákonným požiadavkám kladeným na tzv. dokonalý (perfektný) kontrakt. Za účelom získania konkrétnych záverov bude ďalej v tomto článku užitých jednotlivých vedeckých metód tak, ako je stručne popísané v predchádzajúcich subkapitolách.

3. Teória kontraktu

V situácii, pokiaľ má byť predmetom reprezentovaného výskumu sofistikované zhodnotenie vybraných aspektov elektronickej kontraktácie, bude nutné najskôr ilustrovať základné elementy kontraktácie obecnej. V tomto aspekte je potrebné poukázať na určité odlišnosti, ktoré sú typické pre právne systémy zahraničnej právnej proveniencie a rovnako tak je dôležité poskytnúť základný prehľad jednotlivých základných charakteristických rysov ponúkaných samotným rímskym právom. V ďalšom rozbere tak bude pomocou zrovnávacej metódy ilustrovaná teória kontraktu v kontinentálnom (nemeckom), anglo-americkom a rímskoprávnom pojatí, a to spoločne so základnou formuláciou podstatných náležitostí kontraktácie. Vzhľadom na skutočnosť, že kontinentálne právo určuje základné charakteristiky i pre právny poriadok český, bude nemecká právna doktrína ilustrovaná stručne. Naopak, anglo-americký model obligáčného práva si zaslúži väčšiu pozornosť, a to nielen z dôvodu, že je vystavaný na odlišnom koncepte právnych inštitútov, ale predovšetkým preto, ak bude ukázané i v ďalších častiach tohto článku, že jeho prenikanie do kontinentálnej právnej kultúry je v poslednom období značné.

3.1 Základné rímskoprávne východiská pre obligáčne právo

Úvodom je potreba predznamenať, že pokiaľ sa v ďalšom texte budú pomocou príslušného metodologického aparátu analyzovať kontraktácie, resp. elektronické kontraktácie a ich špecifické aspekty, bude nutné najskôr pojednať o všeobecne o záväzkoch a práve obligáčnom tak, ako je toto spoločné pre jednotlivé právne kultúry. Nižšie uvedený stručný rozbor si nekladie za cieľ poskytnúť právnú analýzu jednotlivých z rímskeho právneho systému recipovaných inštitútov do jednotlivých právnych systémov domácej či zahraničnej právnej proveniencie, skôr sa bude zameriavať na objasnenie elementárnych výstavbových prvkov, na ktorých obligáčne právo ako také spočíva. Pochopením základných obligáčnych elementov je tak zrejme možné získať lepšiu predstavu o esenciálnych prvkoch súčasného obligáčného práva regulujúceho okrem iného i problematiku (elektronických) kontraktácií. Nižšie uvedené stručné rozdelenie sleduje prehľad prvýkrát do právnej teórie zanesený doktorom Otakarom Sommerom krátko po druhej svetovej vojne.⁷⁶

⁷⁶ V podrobnostech a pre hlbšiu analýzu nižšie uvedených okruhov zrov. SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského, II. díl, Právo majetkové*, 2. nezměněné vyd., nákladem spolku čsl. právníků „Všehrd“, 1946, 356 s.

3.1.1 Pojem obligácie

Ako bolo naznačené už vyššie, nie je možné porozumieť jednotlivým aspektom kontraktácií, vrátane kontraktácií elektronických, bez hlbšieho štúdiá záväzkových vzťahov. V tomto smere tak nie je azda v sporu v tom, že základy obligačného práva položila pre ďalšie generácie práve rímskoprávna náuka⁷⁷. Predstavenie všetkých právnych inštitútov, ktoré sa v procese historického vývoja menili až do súčasnej podoby zrejme nie je pre účely nižšie uvedeného rozboru natoľko významné. Na tomto mieste je však potrebné objasniť základné momenty obligačného práva ako masy práva vytvoreného rímsko-právnou náukou, ktoré majú relevanciu i do súčasnosti.

Obligačné právo je vedľa vecného práva hlavným odvetvím majetkových práv. Obligačné právo vzniklo v najstarších dobách, rozmach nastal v čase, keď sa rozvíjal masovým spôsobom obchod, došlo k rozvoju hospodárstva a obecné celej spoločnosti. Pre vecné práva je charakteristická povaha statickosti a typickej dlhodobosti či trvalosti, pričom pre práva obligačné je naopak typická dynamika. Táto dynamika nespočíva len v dynamike obligačného práva ako takého, ale predovšetkým v dynamike vzťahov odohrávajúcich sa v jeho rámci. Obligačné práva je tak možné považovať za práve, ktoré mobilizujú majetkové hodnoty⁷⁸. Sféra pôsobenia obligačných vzťahov je odlišná od sféry pôsobenia majetkových vecných práv. Obligačné vzťahy tak nepôsobia voči každému (lat. *erga omnes*), ako to platí pre vecné práva, ale naopak len voči určitému konkrétne vymedzenému subjektu (subjektom). Dôvodom je predovšetkým skutočnosť, že len konkrétne subjekty sú schopné túto sféru a vôbec podstatu obligačného vzťahu ovplyvňovať, meniť či rušiť. Pre práva obligačné je tak typická nie absolútna, ale relatívna účinnosť.

Historicky sa obligačné právo vyvíjalo predovšetkým v rímskom procese. Pre pochopenie súčasného záväzkového práva je v tejto súvislosti významné, že pri analýze obligačného práva možno hovoriť o dvoch základných dôvodoch vzniku záväzku. Jedná sa jednak o zmluvu a jednak o protiprávne jednanie. V tretej knihe Gaiovej Učebnice sa tak vyjadruje stará zásada obligačného práva (cit.): „*Omnis enim obligatio aut ex contractu aut ex delicto nascitur*“, teda že každá obligácia vzniká buď zo zmluvy, alebo z deliktu⁷⁹. Obligácia tak predstavuje právny vzťah, v ktorom jeden kontrahent môže na základe príslušného dôvodu (zmluva či delikt) žiadať na druhom kontrahentovi určité chovanie, a to

77 Už v zákone XII tabúl (Lex duodecim tabularum) sa totiž objavuje vyvinutá kontraktná obligácia, ktorej predmetom je plnenie slobodného dlžníka (*sponsio* na *dare oportere*), a vedľa nej sa vyvíjajúca obligácia deliktnej, ktorej predmetom je zákonom stanovená pokuta, teda v podstate obligácia známa neskoršiemu aj modernému právu. Nie je však pochyb o tom, že to nie sú najstaršie obligačné typy a najstaršie rímske právo malo aj podstatne iné formy záväzkov, ktoré siahajú hlboko pred zákon XII tabúl, ako je *vindex*, *vas*, *praes* a *nexum*. Pre tieto typy je charakteristické to, že ich podstatou nie je právo žiadať po dlžníkovi určité chovanie (plnenie), ale moc nad osobou, ktorá sa k dlhu zaviazala. Zaviazanou osobou tak nie je dlžník sám, ale je ňou tretia osoba (rukojemník).

78 Sú to štandardne právne normy, ktoré regulujú pohyb, zmenu v hospodárskom živote spoločnosti, teda smenné a obchodné vzťahy.

79 Obligácie tak vznikajú z určitých typických a typizovaných vzťahov.

či už vo podobe konkrétneho jednanie, alebo nekonania (*opomenutia*). Na strane druhej je potom kontrahent povinný týmto spôsobom sa chovať a ručiť svojím majetkom pre prípad, ak by svoju povinnosť nesplnil. Oprávnená strana sa štandardne nazýva veriteľom (lat. *creditor*) a strana zaviazaná – dlžník (lat. *debitor*). O obligačnom vzťahu teória práva hovorí vtedy, keď právny poriadok zaisťuje veriteľovi, že si v prípade nesplnenia dlhu môže z majetku dlžníka odňať príslušnú hodnotu dlhovaného plnenia ako náhradu. V obligácii sa teda dlžníkov majetok dostáva do zvláštneho vzťahu viazanosti, ktorá umožňuje eventuálny veriteľov zásah pri náhradnom uspokojovaní jeho pohľadávky.

Obsahom obligácie je konkrétne jednanie či opomenutie, ku ktorému je dlžník zaviazaný. Predmet obligácie sa tak bežne definuje ako obligačné plnenie. Toto, prirodzene, môže byť vo všetkých predstaviteľných právnych vzťahoch skutočne rôzne. Rímska právna náuka zvykla obligačné plnenie typizovať na tzv. *dare* (dať, dávať, darovať), *facere* (konať, robiť, činiť) a *praestare* (poskytovať, odovzdávať). *Dare* tak znamenalo plnenie, ktorého obsahom je prevod vlastníckeho práva, alebo prevod iného vecného práva, *facere* predstavovalo typ plnenia faktickým úkonom a *praestare* malo viacero významov, ale v zásade sa jednalo o náhradu škody za to, že obligácia nebola jedným z kontrahentov splnená riadne či včas. K platnosti obligácie bolo potreba naplniť niekoľko dnes už právnou vedou detailne zdefinovaných znakov, a to objektívnu možnosť plnenia ako po fyzickej, tak i právnej stránke, zákaz rozporu s dobrými mravmi a zákonom, možnosť ocenenia v peniazoch, a konečne tiež určitosť.

3.1.2 Pôvod obligácie

Predne je vhodné položiť si niekoľko základných otázok – ako sa vyvinula vlastne táto forma subjektívneho práva? A má už najstaršia obligácia rovnakú štruktúru ako obligácia moderná? Na obe tieto otázky je možné odpovedať len hypotézou, ktorej pravdepodobnosť je síce možné oprieť o výsledky komparatívnej právnej vedy, ktorá je ale v rímskom práve vždy odvážna, pretože už i najstaršie právne pramene poukazujú na značný stupeň vývoja obligačného práva. Z toho dôvodu je možné činiť prípadné závery týkajúce sa počiatku vývoja len z niektorých starších zjavov, zachovaných do historickej doby. Vyššie v texte tohto článku bolo uvedené, že najstaršími obligáciami boli záväzky nevyplývajúce zo zákona XII tabúl, ale že to boli práve určité predtypy dnes predstaviteľných obligácií. Na tejto skutočnosti je tak možné potvrdiť, že vývoj obligačného záväzku z hľadiska historickej chronológie je značný, tzn. je možné uzavrieť, že problematika obligácie je predmetom konštantných zmien, pričom tento trend je zrejme pravdepodobný i do budúcnosti.

3.1.3 Zmluva

Nie je jednoduché povedať, kedy a ako sa zo spoločného obligačného základu vyčlenila zmluva, ako samostatné východisko obligácie. Aj v tomto prípade musel pravde-

podobne nejaký subjekt ako ručiteľ na seba prevziať následky bezprávia spôsobeného nesplnením sľubu. To, či sa tak pôvodne dialo vo forme *nexa* (t.j. priameho zotročenia ručiteľa), alebo či bola vytvorená nová forma osobnej záruky, ktorá záležala na tom, že sa ručiteľ sám postaví za to, že dlžník svoj dlh splní a či touto formou čistého osobného ručenia bez dlhu bolo práve tzv. *sponsio*, nie je isté. Takáto forma osobnej záruky sa vyskytuje v majetkovom štátnom práve, kde sa za dlžníka štátu (*manceps*) zaručujú zvláštnou záručnou zmluvou buď pozemky (*praedia*), alebo rukojemníci (*praedes*).

Existujú tiež doklady, že v rímskom práve neskôr dlžník preberal záruky sám za seba, t.j. za vlastný dlh (samoručenie). Bez významu nie je v tejto súvislosti ani to, že vyššie uvedený termín *sponsio* znamená nielen rukojemníctvo, ale i sám dlh. Nakoniec, pokiaľ sa vlastné ručenie dlžníka považuje za dlh bez potreby zvláštnej záručnej zmluvy, i v tomto prípade je možné dospieť k novému obsahu obligácie, k povinnosti splniť to, k čomu sa dlžník zaviazal, ktorá je navyše zaručená štátom vo forme exekúcie proti dlžníkovej osobe.

Zmluva v dnešnom obligačnom ponímaní je výsledkom civilistického chápania právneho úkonu a jej príslušná právna úprava je, ako bude podrobne rozobraté v nasledujúcich častiach tohto článku, obsiahnuté v občianskom zákonníku.

3.1.4 Obligationes

Obligationes teda vznikli postupným pretvorením z pôvodnej bezprostrednej moci nad osobou toho, kto sa za dlh zaručil, v právo požadovať na dlžníkovi plnenie pod sankciou štátnej exekúcie proti dlžníkovej osobe. K tomu je nutné dodať, že pod vplyvom historického vývoja boli obligácie z deliktov uznávané len v malom množstve prípadov, ktoré zahrňovali hlavné spôsoby majetkových deliktov (poškodenie a ukradnutie vecí) a reálnej urážky na cti: *furtum*, *damnum iniuria datum* a *iniuria* (*obligationes ex delicto*) a ďalej v obmedzenom množstve prípadov zmluv (*obligationes ex contractu*). Rýchla premena rímskej spoločnosti z agrárneho na obchodové hospodárstvo spôsobila ešte za republiky rozvoj zmluvných obligácií, a to v podobe kontraktného systému, do ktorého sú zahrnuté iba určité zmluvné typy (*contractus*). Pritom pôvodný *nexum* a *fiducia* do tohto systému ani neboli zaradené. Hlavným typom zostáva *sponsio*, ako verbálny typ kontraktu, ku ktorému sa priraduje literárny kontrakt, a vedľa ktorého sa objavuje nová forma neformálnej pôžičky, *mutuum*, ako typ reálneho kontraktu. Na tomto základe sa následne vyvíjajú konsenzuálne kontrakty (trh, nájom, spoločnosť a príkaz) a ďalšie reálne kontrakty (úschova a výpožička), ako obchodové chovania bez stanovenej formy.

Obligatio teda nemôže vzniknúť z akéhokoľvek typu zmluvy, ale len v presne vymedzených prípadoch a tých, ktoré boli dané vývojom civilného práva. *Obligationes ex contractu* tak obsahujú určité typické zmluvné povinnosti, ktoré väčšinou smerujú k výmene statkov a sú vynútiteľné štátnou mocou, ktorá sa nakoniec presadí cestou exekúcie osobného dlžníkovho osobného ručenia za splnenie prevzatej povinnosti.

3.1.5 Plnenie

Vnútna štruktúra obligácie je dnes podstatne zmenená, pretože došlo k teoretickému rozpracovaniu pojmu obligačného plnenia pojatého ako predmet obligácie. Bezprostredne teda dáva obligácia právo na určité chovanie zaviazaného, toto právo je zaistené sankciou štátneho vynútenia vedúceho prípadne v konečnej fázi až k exekúcii.

Obecne je možné konštatovať, že plnenie môže byť buď pozitívne alebo negatívne, podľa toho, či spočíva v pozitívnej alebo negatívnej činnosti, ako napríklad, keď sa má dlžník niečoho zdržať. Rímskoprávna náuka vystihuje civilné plnenie, ako bolo už naznačené vyššie, obratmi *dare*, *facere*, *praestare* a *oportere*. Tieto slová majú presný technický význam, pričom *dare* značí prevod kviritského vlastníctva alebo zriadenie civilnej služobnosti alebo usufruktu; *facere* je každé iné plnenie – napríklad vydanie vecí, prevod držby, zhotovenie diela, vykonanie práce a.i. a *praestare* značí ručenie a nadobúda v súvislosti s predmetom plnenia zmysel tam, kde ručenie dlžníka za náhradu škody následkom nesplnenia obligácie (*praestare dolum*, *culpam*, *custodiam*). Niekedy sa tento termín v prameňoch používa netechnicky, vo význame plniť.

V súčasnej právnej náuke moredného právneho poriadku je plnenie rozpracované v zásade terminologickým aparátom tvoreným obratmi *dare*, *facere*, *omittere* a *pati*. Blížšie k tomu viď v ďalších subkapitolách tohto článku.

3.1.6 Obligatio a debitum

Ak sledujeme pozorne historický vývoj obligácie, môžeme rozoznať v pojme obligácia dva prvky, a to dlh a ručenie. Skutočná obligácia je tu až vtedy, ak je tu ručenie, ba obligácia môže niekedy pozostávať len z ručenia. V tomto zmysle je možné odkázať na najklasickejšiu definíciu obligácie vôbec, zachovanú v Justinianových Inštitúciách (3, 13 pr.) : *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. Obligácia znamená skutočné puto, teda záväzok.

Dlh sám, t. j. povinnosť niečo vykonať (*debitum*) nie je ešte obligáciou, pokiaľ k tomu nepristúpi nutnosť povinnosť splniť, zaistenie, záruka, že sa skutočne stane to, čo sa podľa obsahu dlhu stať má. Vo vyvinutom práve ale obe tieto stránky obligácie splyývajú nerozoznateľne v jedno. V povinnosti, t. j. v tom, čo sa stať má, vidíme súčasne, že sa to stať musí. Takto aktuálne ponímaný stav však nie je pôvodným typom obligácie, čoho sú v prameňoch početné doklady. Vo vyvinutom klasickom práve zahŕňa v sebe *obligatio* vždy nevyhnutne aj *debitum*.

3.1.7 Obligačná zmluva

Obligačnú zmluvu je možné vnímať ako akési právne dvojstranné rokovanie, ktoré záleží na súhlasnom prejave dvoch oproti sebe stojacich strán (kontrahtentov) a ktoré zakladá obligačný pomer⁸⁰. Podstatnou

⁸⁰ Pojem zmluvy je širší než je tu spomenuté. Existujú napr. vecné zmluvy,

súčasťou zmluvy je teda súhlasný prejav strán (lat. *conventio, consensus*), ktorý sa realizuje prijatím ponuky. Ak nie je pre prejav jednej alebo oboch strán predpísaná určitá forma, prejav sa môže realizovať aj mlčky (lat. *per facta tacita*). Obligačná zmluva je buď jednostranná (unilaterálna)⁸¹ alebo dvojstranná (bilaterálna). Závisí to od toho, či je na obligačné plnenie zaviazaná len jedna strana alebo obidve strany. Bilaterálne zmluvy môžu potom byť buď *aequálne* čiže synallagmatické, ak sú plnenia strán vzájomné, teda obe strany sa zaväzujú k vzájomnej výmene plnenia, prípadne *inaequálne*, kde sa tiež obe strany zaväzujú k výmene plnenia, ale tak, že záväzok jednej strany je podstatný, zatiaľ čo záväzok druhej strany umožňuje vznik nároku len podľa okolností daného prípadu. Dvojstranné zmluvy sú vždy kauzálnymi právnymi jednami. Kauzou synallagmatických záväzkov je očakávanie vzájomného plnenia druhou stranou. Pre úplnosť vyššie uvedeného je možné dodať, že jednostranné zmluvy môžu byť tiež kauzálnymi, ako napr. zapožičanie v najobecnejšom ponímaní, pri ktorom je kauzou práve poskytnutie úveru (lat. *causa credendi*). Taktiež môžu byť abstraktnými, vtedy sú platné bez ohľadu na dôvod, pre ktorý boli uzavreté.

K vývoju obligačných zmlúv je možné v stručnosti podotknúť nasledovné. Klasické právo nepoznalo všeobecný pojem obligačné zmluvy v tom zmysle, že by pri všetkých okolnostiach stačila dohoda strán o plnení na vznik obligácie. Preto vlastne neexistuje termín, ktorý by zodpovedal adekvátnemu významu obligačnej zmluvy v tomto zmysle. Len niektoré typy zmlúv boli v rímskom klasickom práve uznané ako záväzné. Pritom v súlade so všeobecnými vývojovými zásadami rímskeho práva sa najstaršie typy obligačných zmlúv vyznačujú požiadavkami na právnu formálnosť. Zmluva je tu potom, ako bolo naznačené už vyššie, platná kvôli predpísanej forme, bez ohľadu na požiadavky skutočnej vôle strán a dôsledne bez zreteľa na skutočný konsenzus (tzv. vnútorný formalizmus starého civilného práva). Najstaršími zmluvami tohto druhu boli rímske *nexum*⁸² a *fiducia*⁸³.

V rámci pojednania o obligačných zmluvách je vhodné rovnako podotknúť, že určité typy zmlúv boli postupom času uznané civilným právom ako záväzné, napr. tzv. *contractus*. *Contractus* vôbec neznamenal obligačnú zmluvu, iba zmluvu uznanú civilným právom ako dôvod obligácie. Tieto zmluvy možno prehľadne rozdeliť na dve skupiny:

1. Prísne formálne kontrakty:

- a) verbálne - ich platnosť závisí od určitej slovnej formy prejavu buď len jednej alebo aj oboch strán.

ktoré zakladajú vecné právo, zmluvy rodinného práva, zakladajúce rodinné pomery; v samotnom odbore obligačného práva sa ešte stretneme so zmluvou ako dôvodom zániku a zmeny obligácie.

81 Toto pôvodné chápanie zmluvy aj ako jednostranného právneho úkonu v dnešnej teórii kontraktu neobstojí. Model dokonalého kontraktu tak predpokladá v zásade dvojstranný právny úkon.

82 Najstarší právny úkon uspokojovania výmenných potrieb v rímskoprávnej náuke.

83 Predstavovala akýsi prevod vlastníckeho práva k vernej ruke, predchodca dnešných obligácií. Jednalo sa v praxi o prevod vlastníckeho práva v prospech veriteľa.

Sem patrí v tomto článku zmienené *stipulatio, dotis dictio*⁸⁴ a *iurata promissio operarum*⁸⁵

- b) literárne - t. j. *expensilatio*⁸⁶

Oba dva druhy kontraktov uvedené vyššie sú zmluvami jednostrannými.

2. Bezforemné kontrakty:

- a) reálne, ktoré si pre svoj vznik vyžadujú okrem bezforemného konsenzu aj odovzdanie veci jednou stranou druhej strane (vec lat. *res*). Sú to *mutuum* (zapožičanie) - jediná jednostranná zmluva z reálnych kontraktov. Ďalej je možné uviesť *commodatum* (pôžička), *depositum* (uschovanie) a *pignus* (ručná zástava). Všetko sú to bilaterálne (inaequálne) zmluvy.

- b) konsenzuálne - nevyžadujú okrem konsenzu strán nič iné pre svoju platnosť. Toto však bolo nakoniec uznané za dostačujúce len pri štyroch kontraktoch: *emptio venditio* (trh - dnes kúpna zmluva), *locatio conductio* (nájom, námedzná zmluva a zmluva o dielo), *societas* (spoločnosť) a *mandatum* (prikaz).

Prvé tri sú zmluvami bilaterálnymi (*aequálnymi*), posledná je bilaterálna (*inaequálna*).

Z týchto kontraktov bola abstraktná iba *stipulatio*⁸⁷, ktorá v dôsledku toho mala veľmi širokú funkciu. Kvôli výhodám, ktoré vyplývali pre veriteľa z abstraktnej povahy záväzku, používala sa na realizáciu najrôznejších dôvodov. Ani pomocou *stipulatio*, ktorá bola schopná formovať jednostranný záväzok, ktorý mohol vzniknúť z akejkoľvek kauzy, nestačil kontraktový systém zachytiť všetky možnosti záväzkov, ktoré sa v praxi vyskytovali. Rímske právo sa tak s týmto faktom vysporiadalo pomocou tzv. nepomenovaných kontraktov. To si však pre žalovateľnosť zmluvy vyžadovalo vzájomné plnenie (*synallagma*), teda požiadavku, aby jedna zo zmluvných strán skutočne záväzok plnila.

Okrem prípadov uznaných ako zmluvné typy civilným právom nemá bezforemná dohoda o založení civilných záväzkov právnych účinkov. To vyjadruje výraz *nuda pacte obligationem non parit*⁸⁸ alebo *ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur*⁸⁹.

Termín *pactum* v spojení s termínom *conventio* alebo *conventum* nadobudol určitý technický význam v pretorském práve, a to vo význame ujednanie (dohoda), ktorým sa odstraňuje spor medzi stranami. V tomto zmysle už staré civilné právo v zákone XII tabúl určilo, že *pactum* spôsobuje v určitých prípadoch zánik žaloby.

Ináč sa používa termín *pactum* v rôznych prí-

84 Sľub poskytnúť veno.

85 Rímski prepustenci (*libertini, ius libertinus*) - ak boli títo prepustení, vznikol medzi nimi a ich bývalým pánom, patrónom, patrónatný vzťah - bývalý pán si mohol vymôcť určité výhody ešte aj po prepustení a mohol prepustencov aj zmluvne zaviazat k plneniu určitej činnosti (*iurata promissio operarum*). Patrón si mohol vymôcť právo na úctu, menšie bezplatné práce, zákonné dedenie, poručníctvo, alimenty v prípade núdze.

86 Jedná sa o zápis (fingovanej) pohľadávky do účtovnej knihy veriteľa.

87 *Stipulatio* bola niekedy jediným spôsobom pri *causa donandi*, ak sa malo darovať darovacím sľubom a zmieri, ak bolo z tohto dôvodu druhej strane niečo sľúbené. Ak mal byť tento sľub záväzným, musel byť vo forme *stipulatio*.

88 Takzvaná holá zmluva neposkytuje účinok inak záväznej obligácii.

89 Z takzvanej holej zmluvy sa žaloba nerodí. Dôvodom bolo, že nebola do-
držaná forma *stipulatio*.

padoch na označenie dohovoru, či už ide o jednotlivé zmluvné klauzuly alebo o rôzne doplnky k existujúcim zmluvám. Takéto klauzuly niekedy môžu mať aj civilné účinky. Vzhľadom na túto okolnosť a taktiež aj na to, že niektoré dohody uznalo za záväzné podľa rímskoprávnej náuky až pretorské právo a neskoré cisárske právo, teória všeobecného práva zahrnula pod termín *pacta* rôzne prípady, v ktorých okrem systému kontraktov bola žalovateľná medzi stranami neformálna dohoda⁹⁰. Celá táto terminológia a aj náuka, ktorá sa k nej viaže, je ale nerímska. Termín *pactum* sa nikdy v rímskom práve v takomto širokom význame nepoužíval. V justiniánskom práve nie sú rozdiely medzi záväzkami civilného a pretorského práva. Je to dôsledok vyrovnanie práva civilného a pretorského. Dokonca aj netypické zmluvy teraz zaväzujú, do akej miery vyhovujú požiadavkám tzv. nepomenovaných kontraktov (*contractus innominati*). Ak však zmluvný obsah nie je krytý formou niektorého typického kontraktu alebo zmluvy uznanej pretorským alebo neskorým cisárskym právom alebo pokiaľ nie je možné zmluvu pokladať za záväznú ako tzv. nepomenovaný kontrakt, platí naďalej zásada, že *nuda pactio obligationem parit*, t.j. bezformálna zmluva, hoci mala kauzu, sama osebe nespôsobí záväzok. V tomto smere prinieslo zmenu až právo obecné (všeobecné), ktoré je na jednotlivé kontraktácie aplikované i v súčasnosti.

3.2 Kontinentálne (nemecké) obligáčne právo

Hneď na úvod tejto subkapitoly je na mieste uviesť, že druhá kniha nemeckého BGB je výslovne nazvaná „Obligáčne právo“⁹¹, čím nemecká právna doktrína akcentuje dôležitosť obligáčneho práva (kontraktačný rozmer súkromného práva) vo svojom právnom poriadku. V každom prípade sa i kontraktačné právo odohráva na podklade kontinentálnej právnej kultúry. Na rozdiel od práva anglo-amerického je pojem obligáčneho práva výslovne uznaný. Ako dva základné dôvody záväzkov sú uznané právne úkony (najmä zmluvy) a protiprávne úkony (najmä spôsobenie škody). Podľa toho potom kontinentálna teória rozdeľuje záväzky na obligácie kontraktne (zmluvné) a na obligácie deliktne (extrakontraktné, mimozmluvné).

Kontinentálne poňatie vzniku zmluvy je výslovne a čiste konsenzuálne. Zmluva vzniká na základe prejavov vôle, tj. spravidla úplným a bezpodmienečným prijatím ponuky. To platí aj pre tzv. zmluvy reálne. *Latinská zásada re contrahitur obligatio*⁹² neznamena, že by zmluva nevznikla konsenzuálne, ale znamená, že k tomu, aby vznikli zamýšľané právne dôsledky zmluvy, je treba, aby

k zmluve, ktorá vznikla konsenzuálne, pristúpila ešte ďalšia právna skutočnosť⁹³.

Z najobecnejšieho ponímania potom kontinentálna náuka rozlišuje štyri základné podmienky platnosti zmluvy. Ide o (i) súhlas strany, ktorá sa zaväzuje, (ii) spôsobilosť strany k uzatvoreniu zmluvy, (iii) určitý predmet dohody a (iv) dovolená kauza obligácie. Kontinentálne právne poriadky sa potom obecné zhodujú i na tom, že ako dôvody vzniku záväzku k náhrade škody požadujú skutočnosť, že nastala škoda, porušenie práva, príčinnú súvislosť medzi skutočnosťou, ktorou bolo porušené právo a vzniknutou škodou a zásadne i zavinenie toho, kto škodu spôsobil (niekedy je prípustné hľadisko objektívne ako výnimka z práve uvedeného).

Vo vzťahu k právnym úkonom podľa nemeckej právnej doktríny inštruovanej práve BGB (nemeckým občianskym zákonníkom) je na mieste podotknúť v stručnosti nasledovné. Prvým zásadným princípom nemeckého práva je jeho bezformálnosť. Právne úkony je možné uskutočňovať prakticky v akejkoľvek forme, ak nie je dana zákonom ci dohodnutá medzi stranami daného záväzku. Ak je zákonom vyžadovaná forma, dôvodom je závažnosť právneho úkonu alebo snaha vopred upozorniť strany na potrebu dôkazného prostriedku. U zmlúv uskutočnených za prítomnosti notára je požiadavka príslušnej formy potom potvrdená výslovne zákonom a bez dodržania tejto formy by taký úkon bol i v našom ponímaní vnímaný kao neplatný. Strany sa teda i podľa nemeckej právnej náuky musia pridržiať presných náležitostí stanovených príslušným právnym predpisom. Je rovnako skutočnosťou, že nemecká právna úprava javí tendenciu skôr v prospech konštitutívnej formy právneho úkonu na úkor formy deklaratórnej (zrov. ustanovenie § 125 BGB). Ak teda dodržaná zákonná forma nie je, tento fakt vyústi k absolútnej neplatnosti takého právneho úkonu. Strany však vždy majú možnosť v súlade so zásadou autonómie vôle zvoliť, aký účinok nimi zvolená forma právneho úkonu vyvolá. Inými slovami povedané, forma bude konštitutívna, teda podmieni vznik zmluvy, ci naopak bude forma deklaratórna a v tom prípade iba osvedčí, že ku vzniku zmluvy už došlo. Strany daného kontraktu môžu dohodu o forme právneho úkonu uzavrieť kedykoľvek. Može byť súčasťou právneho úkonu, alebo dohodnutá zvlášť. Zmena formy právneho úkonu je výrazom zmeny ich aktuálnej vôle., pričom túto zmenu formy strany musia vždy dokázať. Navyše pri dokazovaní nie je potreba preukazovať zmenu vôle, postačí iba akási tendencia k uzavretiu zmluvy v určitej forme, ktorá sa líši od pôvodnej formy právneho úkonu. V pochybnostiach sa príslušné rozhodovací orgány (napr. súdy) môžu riadiť pomocnými faktormi, ako sú napríklad okolnosti zmeny formy právneho úkonu, obchodné zvyklosti, správanie sa kontrahentov atď. V tejto fáze kontraktačného procesu sa opäť v plnej sile prejavuje nemecký doktrínálny rešpekt k autonómii vôle subjektov súkromného práva. Nemecké právo tak ani v tomto prípade nekladie

90 Hovorí sa tu o tzv. *pacta vestita* a rozoznávajú sa *pacta adiecta* (vedľajšie dohody), *pacta praetoria* (bezforemné dohody uznané pretorským právom) a *pacta legitima* (bezforemné dohody uznané neskorším právom cisárskym).

91 Právnu komparatistiku, z ktorej záverov vychádza aj táto subkapitola článku komplexne podáva práca Zweigerta a Kotza. V podrobnostiach viď: ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Preložil Tony Weir. 3th edition. New York: Oxford University Press, 1998, 714 s. ISBN: 0-19-826860-2.

92 Jedná sa o kontrakty reálne, ktoré vyžadujú predanie veci. Rímskoprávna náuka rozlišovala štyri typy, a to mutuum (zapožičanie), commodatum (vypožičanie), depositum (úschova) a pignus (zmluva o zástave ručnej).

93 Tak napríklad zmluva o pôžičke vzniká konsenzom ako každá iná zmluva, jej zamýšľané právne dôsledky však nastanú práve vtedy, keď k uzatvoreniu zmluvy a na jej základe pristúpi odovzdanie predmetu pôžičky veriteľom dlžníkov.

zbytočné prekážky pre efektívne završenie kontraktácie. I v prípade nemeckého modelu, podobne ako v celom platnom právnom poriadku, ako bude ostatné ukázané ďalej v tomto článku, platí, že pre to, aby písomná forma bola platná, musí byť i podpísaná. To znamená, že písomný právny úkon je v nemeckom ponímaní podpísaným (signovaným) právnym úkonom. Zásadne sa podpisy na jednej listine nevyžadujú⁹⁴.

V nemeckej právnej doktríne ďalej platí, že elektronická forma právneho úkonu je takmer vždy porovnateľná s formou písomnou. Podrobnejšie sa touto problematikou potom zaoberajú špeciálne ustanovenia BGB a ďalšie zákony (o elektronickom podpise atp.).

3.3 Anglo-americké obligáčne právo

Anglo-americké právo nepozná pojem obligáčného (záväzkového) práva v našom zmysle. Anglo-americké právo rozoznáva doktrínu tzv. *law of contract*⁹⁵, t.j. zmluvné právo a tzv. *law of tort*, t.j. deliktne právo.

Zmluva v anglo-americkom systéme vzniká dvojakým spôsobom. Obecne sa ku vzniku zmluvy požaduje (i) ponuka (oferta), (ii) tzv. consideration (protiplnenie), (iii) prijatie zmluvy (akceptácia), (iv) obojstranný úmysel dať vzniknúť právnemu vzťahu. Špecifickým a pre anglo-americký právny systém štylistickým prvkom vzniku kontraktu je tzv. consideration, o ktorom bude podrobnejšie pojednané ďalej v tejto časti článku. Anglo-americká právna doktrína iba výnimočne požaduje uzatvorenie zmluvy pod pečatou (angl. under seal). Takéto zmluvy, obvykle nazvané v angličtine ako deeds, vykazujú obrovskú formálnosť (nutnosť dodržať právom predpísanú formu) a abstraktnosť. K svojej platnosti tieto ujednania v podobe deeds nevyžadujú tzv. consideration a ich záväznosť plynie predovšetkým zo samotného zachovania predpísanej formy⁹⁶.

3.3.1 Právny inštitút consideration

Consideration je považovaná za tzv. cenu (protihodnotu) sľubu. Consideration predstavuje jeden z klasických inštitútov angloamerického zmluvného práva, ktorý pochádza približne z 13. storočia. Dodnes predstavuje „základnú náležitosť vynútiteľného záväzku“⁹⁷. Anglická doktrína práve uvedené označuje ako tzv. price of promise. Znamená to, že zmluva v právnom systéme common law nie je platná v dôsledku samotného prijatia ponuky, aj keď obe zmluvné strany mali úmysel založiť právny vzťah, ak neposkytne druhá strana oferentovi, alebo ak mu nesľúbi poskytnúť určiteľnú protihodnotu jeho sľubu. Jedno zo zásad consideration totiž je, že predpokladom platnosti zmluvy je to, protihodnotu

musí poskytnúť ten, resp. sľúbiť ten, kto sľub prijíma, tzn. v platnom právnom poriadku Českej republiky akceptant⁹⁸. Nestačilo by teda, keby ju poskytla tretia osoba na zmluve nezúčastnená a nestačí ani, že by bola daná kauza na strane toho, kto sľub činí (oferent). Tým sa consideration výslovne odlišuje od tzv. určitého predmetu dohody tak, ako ho rozlišuje práve kontinentálny právny systém. Tento predmet na rozdiel od consideration musí byť daný na strane oferenta, napriek tomu, že zo strany akceptanta nebola ani poskytnutá či ponúknutá protihodnota.

Požiadavka consideration je dôsledným uplatnením zásady rímskoprávnej náuky *do ut des, do ut facias* atd. (ako konštitutívny prvok zmluvy). Z tohto dôvodu je možné vysledovať viacero praktických implikácií práve uvedeného – napríklad, že anglo-americká doktrína nepovažuje v rámci systému common law darovanie⁹⁹ za zmluvu. Dôvodom je práve chýbajúca zložka – consideration.

Na strane je otázka, v čom vlastne consideration môže platne podľa anglo-americkej doktríny spočívať. Odpoveď je možné nájsť vo viacerých teoretických prácach predovšetkým anglosaských právnych teoretikov¹⁰⁰. Pre zjednodušenie je možné uviesť, že consideration môže spočívať prakticky v čomkoľvek, čo má pre oferenta nejakú hodnotu. Hodnota consideration však, a to nie je bez významu, nemusí byť rovnaká a dokonca ani primeraná hodnote toho, čo oferent poskytuje, resp. sľubuje poskytnúť. Consideration je síce podobná kauze, ako bolo uvedené vyššie, avšak neznamená požiadavku, aby zmluva bola úplne synalagmatická (vzájomne podmienená).

V návaznosti na vyššie uvedené je však pre úplnosť potreba i dodať, že rigidnosť požiadavku consideration a z toho eventuálne vyplývajúca tvrdosť práva do istej miery zmierňuje equity, v rámci ktorej bol v päťdesiatych rokoch dvadsiateho storočia vytvorený právny inštitút tzv. promisory estoppel¹⁰¹. Tento obecný inštitút vytvorený predovšetkým anglickou judikatúrou, je vo svojej právnofilozofickej podstate opakom pozitivistickej zásady *lex dura, sed lex*¹⁰². Je to konieckoncov procesný inštitút, ktorý v danom prípade znamená, že sa nemôže dovoliť nedostatku consideration ten, kto niekomu niečo sľúbil za účelom toho, aby sa druhý kontrahent za nejakým spôsobom zachoval, a druhý kontrahent tak, spoliehajúci sa na daný sľub, učinil. Tu teda nastáva akási ekvívna situácia, ako keby zmluva vznikla, i keď consideration nebola daná.

České zmluvné právo na koncepcii angloamerického consideration nespočíva. K tomu zrov. ustanove-

94 V podrobnostiach viď MARKESINIS, B.; Unberath, H.; Johnston, A. *Nemecké záväzkové právo*: Komparatívne pojednania. 2. ed. Oxford a Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006. s. 82.

95 K tomu podrobnejšie napr. v práci SALMOND, J.; WILLIAM, J. *Principles of the Law of the Contracts*.

96 Zrov. i ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Preložil Tony Weir. 3th edition. New York: Oxford University Press, 1998, 714 s. ISBN: 0-19-826860-2.

97 Zrov. napr. *Pennsy Supply, Inc. v. American Ash Recycling Corp.* of Pennsylvania, 895 A. 2d 595 (2006).

98 Angličtina tento proces označuje obratom „consideration moves from the promisee“.

99 Common law teda nepozná darovací zmluvu, nepozná však ani kontinentálny pojem *negotium mixtum cum donatione*, tzn. disimulovanú darovaciu zmluvu, ktorá by v českom platnom právnom poriadku (aj keď zastretá napr. kúpnu zmluvou), bola v každom prípade považovaná za zmluvu darovaciu. V danom prípade je totiž consideration daná, takže zmluva vznikla, ako bolo dohodnuté.

100 K tomu viď teoretické diela predovšetkým Simmondsa či Tunca.

101 Promisory estoppel znamená akúsi prekážku uplatnenia práva na žalobu, založenú na sľube jedného z kontrahentov.

102 Doslovný preklad tejto zásady právnych pozitivistov je možné vymedziť ako „tvrdý zákon, predsa zákon“.

nie § 488 ObčZ, podľa ktorého záväzkovým právnym vzťahom je (cit.) „*právní vztah, ze kterého věřiteli vzniká právo na plnění (pohledávka) od dlužníka a dlužníkovi vzniká povinnost splnit závazek*“. Na strane druhej je však potreba podotknúť, že určité vplyvy anglo-americkéj doktríny consideration je možné identifikovať i v rozhodovacej praxi českých súdov, konkrétne potom Najvyššieho súdu ČR. Ten napríklad vo svojom rozhodnutí z 30. apríla 2009¹⁰³ explicitne uviedol (cit.): „*Rozpor citovaného smluvního ujednání s dobrými mravy spočívá především v tom, že žalobkyně byla podle rámcové smlouvy povinna přispívat dovolatelce na otevření nových prodejen, avšak této její povinnosti podle skutkového zjištění odvolacího soudu neodpovídala žádná povinnost na straně dovolatelky [...]. Žalobkyně tak byla nucena přispívat na investiční náklady dovolatelky, aniž by se jí za to dostalo jakéhokoliv závazně ujednaného protiplnění [...]. Rozhodující z hlediska posouzení předmětného ujednání jakožto rozporného s dobrými mravy je však skutečnost, že žalobkyně tím, že byla podle ročních smluv povinna přispívat na náklady spojené s otevřením nových prodejen žalované, se podílela na nákladech žalované, ač je věcí každého podnikatelského subjektu, aby si své náklady podnikání hradil sám. Nemá totiž žádné opodstatnění, aby ve vztahu dvou samostatných podnikatelských subjektů přispíval jeden z těchto subjektů na investiční, či provozní náklady druhého subjektu.*“ V angloamerickom common law by vynútiteľnosť uvedeného záväzku zrejme vôbec neobstála práve kvôli absencii tu diskutovaného inštitútu consideration. Prirodzene, i Najvyšší soud nezriedka judikuje, že záväzky neobsahujúce protiplnenie môžu byť považované za rozporné s dobrými mravy podľa súkromnoprávných právnych predpisov.

3.3.2 Zmluvné podmienky, conditions, warranties

Zmluvné podmienky sa v anglo-americkom právnom ponímaní rozlišujú na tzv. conditions a tzv. warranties. Pojmom conditions je potreba rozumieť podmienky esenciálnejšieho významu pre daný kontrakt, podmienky základné, dôležitejšie, ktoré by z hľadiska rímskoprávnej náuky bolo možné označiť za tzv. *essentialia negotii* danej zmluvy. Warranties¹⁰⁴ je potom možné definovať negatívne, ako podmienky, ktoré práve uvedené vlastnosti nemajú.

Anglo-americkí sudcovia sú zvyknutí pri výklade zmluvných podmienok, zrejme viac než sudcovia kontinentálni, trvať na výslovnom znení zmluvy, na slovách daného zmluvného ujednania. To so sebou prináša druhú rovinu, a to je neprihliadanie k ujednaniám, ktoré v zmluve výslovne obsiahnuté nie sú. V anglo-americkom právnom myslení potom pre kontrak-

tácie platí zásada *clara pacta, boni amici*¹⁰⁵, ktorá nie je v kontinentálnom právnom systéme natoľko dôležitou. V praxi to znamená, že každý z kontrahentov zmluvy je povinný dôkladne formulovať zmluvné ujednanie tak, aby nezanechávalo priestor pre interpretáciu nie kýženým spôsobom. Preto je pre anglo-americkú doktrínu typické, že kontrahenti do príslušného znenia zvyknú zaniest všetky možné situácie, ktoré je potreba ošetriť po práve tak, aby nedochádzalo k možným negatívnym právnym dôsledkom. Základnou snahou tak je odstrániť pokiaľ možno všetky nejasnosti a problematické okruhy a pripraviť znenie zmluvného ujednania so všetkými, i teoreticko v úvahu prichádzajúcimi, situáciami. Prirodzene, predvídať všetky možné situácie nie je možné, i keď znenia anglo-amerických zmlúv bývajú značne komplikované, technicky previazané a súčasne dublujúce štandardné znenie príslušnej situácie tak, ako je táto legislatívne ošetrená v príslušnom zákone.

Ako riešenie vyššie uvedeného problému nemožnosti pamätať na všetky v úvahu prichádzajúce riešenie našla predovšetkým anglosaská doktrína riešenie v podobe tzv. *implied terms*. Jedná sa o podmienky, ktoré zo zmluvy vyplývajú, aj keď v nej nie sú uvedené výslovne (lat. *expressis verbis*, prípadne *expressis verbis imperativis*). Častokrát sú tieto implied terms obsiahnuté priamo v zákonoch a predstavujú mantinely pre príslušnú interpretáciu daných sporných otázok. Ako typický príklad je možné uviesť uznávané pravidlo – tzv. *caveat emptor* pri kontraktácii spočívajúcej v kúpnej zmluve. Toto kontrahentovi ukladá, aby sa po prevzatí kúpenej veci v prvom rade bez zbytočného odkladu presvedčil, či daný tovar dôsledne zodpovedá uzatvorenej zmluve. Táto zásada teda v praxi znamená, že vady tovaru, ale i nedostatky z nejasnosti zmluvy, pokiaľ ich kontrahent mohol pri zachovaní opatrnosti, ktorá mu je touto zásadou ukladaná, poznať, ide na vrub kupujúceho.

3.3.3 Zánik záväzkov zo zmluvy

Podľa anglo-americkéj právnej doktríny záväzky zo zmlúv zanikajú (i) splnením, (ii) dohodou strán – prepáčením či disolúciou, (iii) porušením zmluvy a (iv) následnou nemožnosťou plnenia či frustráciou. Je teda evidentné, že anglo-americká doktrína typizuje možnosti zániku záväzku užšie, ako napríklad česká doktrína. Podľa platného českého právneho poriadku totiž možnosť ukončenia záväzku existuje viacero¹⁰⁶.

Pojem frustrácia záväzku sa na rozdiel od ostatných vyššie uvedených pojmov definuje nie práve jednoducho. Dôvodom sú, ako bolo už ilustrované na začiatku tohto článku, zásadné principiálne odlišnosti niektorých právnych inštitútov anglo-americkéj právnej náuky. Preto bude asi pre účely tohto článku vhodné odkázať na súdne rozhodnutie v prípade *Paradine vs. Jane*, ktoré

103 Zrov. rozhodnutie Nejvyššího soudu ČR, sp. zn. 23 Cdo 2184/2007.

104 Pre vylúčenie akýchkoľvek pochybností znamená obrat warranties ďalšie zmluvné podmienky nevykazujúce povahu essentialia negotii. Nie je však v tomto rozbere možné vnímať tento obrat ako záruky, ktoré sa typicky objavujú pri zmluvných ujednaniach v rámci fúzií či iných akvizíčných projektoch (v takých zmluvách sa nezriedka objavujú ucelené kapitoly ako representations – prehlásenia a warrants – záruky poskytujúce druhému kontrahentovi informáciu o stave a kvalite vecí, práv a záväzkov pre príslušnú transakciu).

105 Doslovný preklad tejto latinskej zásady by mohol znieť ako „Jasné presné zmluvy (dohody) robia dobrých priateľov“.

106 Dôvodom je zrejme i skutočnosť, že v českom súkromnom práve sú dôvody zániku záväzku obsiahnuté ako v obchodnom zákonníku, tak v zákoníku občianskom. Navyše je tiež skutočnosťou, že vybrané spôsoby zániku záväzkových právnych vzťahov sa primerane aplikujú i na obchodnoprávne záväzkové vzťahy.

sa po jeho vydaní v roku 1647 stalo precedentným podkladom pre ďalšie rozhodnutia týkajúce sa kontraktácií. Vtedy v tomto prípade šlo o to, nájomca pôdy odmietol zaplatiť nájomné z toho dôvodu, že bol vojskom násilne vyhnaný z držby najatého pozemku. Nemal preto ako nájomca z tohto pozemku žiaden úžitok. Súd ho však vtedy aj napriek práve uvedenému odsúdil k zaplaceniu príslušnej čiastky. V danom prípade šlo o istú podobnosť s následnou nezavinenou nemožnosťou plnenia, ktorá býva považovaná za hlavnú. Viac podobnosti však prípad zrejme má s právnym inštitútom nemeckého Wegfall der Geschäftsgrundlage (odpadnutie podstaty právneho úkonu). Nešlo totiž o to, že by vyhnanie z držby bolo žalovanému nájomcovi zabránilo v zaplacení nájomu, ale o to, že bol zmarený dôvod, pre ktorý si príslušný pozemok nájomca najal. Toto známe rozhodnutie však bolo neskoršou judikatúrou, a to i napriek doktríne stare decisis, zmenené. Neskôr bolo súdmi uznané, že v dôsledku odpadnutia základu zmluvy (angl. tzv. foundation of the contract), teda v zmysle vyššie uvedeného Wegfall der Geschäftsgrundlage, záväzok zaniká. Týmto bola frustrácia ako dôvod zániku záväzku platne uznaná.

Čo sa týka nemožnosti plnenia, ako právneho inštitútu majúceho celkom zásadný dopad do záväzkových právnych vzťahov i v českom právnom poriadku, je možné k vyššie uvedenému rozboru týkajúceho sa anglo-americkéj právnej doktríny v stručnosti dodať nasledovné. Nemožnosť plnenia vyjadrená obecnou právnou zásadou lat. *impossibilia nulla obligatio*¹⁰⁷ v anglo-americkom práve neplatí. Vždy je nutné vychádzať zo záverov uvedených vyššie. V každom prípade je však potreba pre úplnosť dodať, že nezavinená následná nemožnosť plnenia (v angličtine tzv. impossibility of performance) zánik príslušného záväzkového vzťahu pôsobí.

3.3.4 Tort

Anglosaská a poťažne anglo-americká doktrína je natoľko špecifická, že niektoré obligáčne východiská vôbec v našom kontinentálnom ponímaní neexistujú. Takým prípadom sú aj tzv. torty, o ktorých bude pojednané nižšie. Pre analýzu v rámci tohto rozboru sú mimoriadne dôležité práve preto, že ako v našej náuke neexistujúci model kontraktácie predstavujú významnú časť obligáčného práva viacerých právnych systémov.

Oblasť práva tortov¹⁰⁸ zahŕňa široké spektrum deliktov¹⁰⁹ spáchaných jednou osobou druhej. Obrat „tort“ je odvodený od latinského slova „*tortum*“ a znamená civilný delikt. Do češtiny či slovenčiny sa však náležite preložiť nedá (jeho právny ekvivalent v našej právnej doktríne neexistuje). V ďalšom rozbere sa preto uspokojíme s prekladom civilný delikt, i keď s vedomím určitej nepresnosti. V tomto smere je

tak potrebné tort vnímať ako delikt spáchaný medzi stranami súkromného práva zahrnujúci práve tie delikty, ktoré vzniknú porušením povinnosti danej právom a nie príslušnou zmluvou uzatvorenou medzi kontrahentmi. Tort je civilným deliktom, pre ktorý právo stanoví opatrenie k náprave. Torty tvoria najrozmanitejšiu skupinu civilných deliktov predovšetkým v anglickom (anglosaskom) právnom systéme a ochraňujú široké spektrum záujmov proti rôznym typom narušenia.

„Právo tortov (anglicky tiež *law of torts* či *torts law*) je časť širšej podstaty súkromného práva, niekedy nazývaná tiež ako právo záväzkové (do tejto skupiny sa totiž právo tortov štandardne radí). Torty teda patria do súkromného práva, a konkrétne tej záväzkovej časti, ktorá nevzniká na základe zmluvnom, ale vzniká porušením právnej povinnosti. Tort je civilným deliktom, ktorého následkom je zodpovednosť škodcu za tento delikt a povinnosť jednak zastaviť nežiaduce jednanie (pokiaľ trvá), prípadne nahradiť škodu, a to materiálnu, nemateriálnu, či obe vo vzájomnej kombinácii.

Anglo-americké právo nepozná obecný pojem náhrady škody tak, ako je tento existentný v našom právnom poriadku v ustanovení § 420 občianskeho zákonníku. Podľa tohto ustanovenia v odseku 1 platí (cit.): „Každý odpovedá za škodu, ktorou spôsobil porušením právnej povinnosti.“ Odsek 3 potom dopĺňa, že (cit.): „Odpovednosť se zprístupí ten, kto dokáže, že škodu nezavinil.“, tzn. zodpovednosť podľa českého občianskeho práva je vybudovaná na princípe objektívnom a zavinenie sa predpokladá. Podľa anglo-amerického common law však zodpovednosť za spôsobenú škodu (povinnosť škodu nahradiť) vzniká, ako bolo naznačené už vyššie, vtedy, ak bola táto škoda spôsobená špecifickým spôsobom právom uznaným ako dôvod vzniku zodpovednosti za škodu. Takýmto dôvodom už tradične v anglo-americkéj doktríne je jednak breach of contract (porušenie medzi stranami zjednaného ujednania) a taktiež takzvaný a tu bližšie analyzovaný tort (civilný, mimozmluvný delikt). Pokiaľ ide o tzv. torts, je situácia zložitejšia, ako bude ilustrované v stručnosti ďalej.

V zásade je možné pre prehľadnosť tort členiť na tort, (i) o ktorom platí zásada *iniuria sine damno non est actionable*, tzn. tort, ktorý dáva vznik nároku iba vtedy, ak bolo zároveň dokázané, že protiprávnym úkonom, t.j. konkrétne protiprávnym zásahom do cudzieho práva, bola spôsobená škoda (vo význame *damnum emergens* a *lucrum cessans*) a (ii) tort, ktorý je *actionable per se*, tzn. tort, ktorý dáva vznik nároku sám o sebe, pričom nie je potreba vôbec zisťovať, či došlo k zásahu do cudzieho práva, resp. či takým zásahom bola spôsobená škoda.

V rámci obecných úvah pri analyzovaní obligáčnych otázok anglo-americkéj doktríny je problematika tortov o to komplikovanejšia, že jednotlivé torty vznikali postupne, vytvárala ich judičiálna prax a doktrínálne učenie, a preto nie je možné hovoriť o nejakom jednotnom ucelenom menovateli, ktorý by všetky torty presne unifikoval. K najmladším z hľadiska počiatku svojho pôsobenia v právnom poriadku sa obvykle radí tzv. negligence – tento obrat má dva základné významy: (i) nedbalosť, pričom v tomto zmysle je i v našom právnom

107 Táto rímskoprávna zásada fakticky vyjadruje, že neexistuje záväzok robiť nemožné veci, resp. nemožno sa zaviazovať na to, čo nie je možné (keďže nemožné nie je predmetom záväzku)

108 Zrov. napríklad CEROVSKÁ, Ida. *Komparácia inštitútov tortov a deliktov a ich kolízneho riešenia*. Diplomová práca. Masarykova univerzita. Brno, 2008.

109 Týka sa tak situácií rozličných, ako napríklad pošmyknutia sa v supermarkete, autonéhod, prežitie traumatickej situácie, napadnutia, ohovárania, až po poškodenie výrobkov či podanie nesprávnej (napríklad právnej) rady.

poriadku chápaný ako jedna zo zložiek zavinenia a (ii) samostatný tort, ktorý je v právnej doktríne anglosaského právneho systému odvodzovaný od precedenčného rozhodnutia Snemovne lordov ešte z roku 1932 v súdnom prípade *Donogue vs. Stevenson*¹¹⁰. V tomto zmysle je negligence zavineným spôsobením škody a svojou koncepciou sa asi najviac blíži obecným ustanoveniam kontinentálneho práva o zodpovednosti za škodu tak, ako je tento inštitút zakomponovaný v ustanovení § 420 občianskeho zákonníku (zrov. vyššie). Z povahy negligence, čo bolo akcentované i v samotnom znení cit. súdneho rozhodnutia *Donogue vs. Stevenson*, vyplýva, že k úspešnosti žaloby nebude postačovať dôkaz negligence ako formy zavinenia, ale i dôkaz, že v dôsledku zavinenia bola žalobcovi spôsobená škoda.

Na rozdiel od negligence, ktorý je najmladším a zrejme i najobecnejším a najmenej formálnym tortom v anglo-americkéj doktríne, je napríklad tort označovaný ako tzv. trespass považovaný za jeden z najstarších a veľmi formalizovaných. Samotný obrat trespass nemá v českom ani v slovenskom jazyku opäť žiadny vhodný ekvivalent a z hľadiska lexiky je fakticky nepreložiteľný. Preto bude pre vysvetlenie tohto inštitútu potrebné prísť k popisu deskripcii. Jeho význam obvykle didakticky vyplynie z legálnej definície, ktorú mu za týmto účelom poskytuje samotný common law, v ktorom je tento tort v angličtine charakterizovaný ako tzv. „*direct and forcible injury*“, teda priame a násilné porušenie práva. Pri tom vôbec nezáleží na tom, či k takému porušeniu došlo neoprávneným vstupom na cudzí pozemok, ublížením na tele, či ohováraním¹¹¹.

Prirodzene, výčet jednotlivých tortov nie je vyššie uvedeným stručným popisom v žiadnom prípade konečný. Anglo-americká doktrína rozlišuje i mnohé ďalšie špecifické prípady týchto civilných deliktov, ako napríklad *detinue* (neoprávnené prisvojenie cudzej veci), *defamation* (urážka na cti v dvoch formách – libel – pôsobiaca po dlhšiu dobu a slander – jednorázová urážka), *nuisance* (sem môžu patriť dopravné priestupky či susedské práva a ich porušenia), *malicious prosecution* (krivé obvinenie), *intimidation* (bezprávná vyhrážka) atď. Vždy však platí, že ten, kto je deliktom zasiahnutý, má plné právo brániť sa špecifickými žalobami tak, aby boli odstránené jeho následky. Tieto žaloby sú z procesného hľadiska zlučiteľné so žalobami na náhradu škody¹¹².

3.4 Teoretickoprávne východiská právneho jednanja, vôle a jej prejavu

Pojem právneho jednanja bol vytvorený¹¹³ vedou pandektného práva ešte v XIX. storočí. V duchu starorímskeho individualizmu zaisťuje právny poriadok osobám zmluvnú voľnosť upraviť svoje súkromné pomery podľa vlastného rozhodnutia. Táto voľnosť však nie je bez akýchkoľvek mantinelov. V tejto sfére individuálnej voľnosti je teda smerodajnou vôľou každého jednotlivca, na ktorého prejav viaže právny poriadok za účelom, aby vôľa bolo vyhovené, určité právne účinky. V podrobnostiach je možné opäť odkázať na teoretické práce najmä Otakara Sommera¹¹⁴.

V návaznosti na vyššie uvedené sa tak súkromná vôľa môže uplatniť v najrôznejších oblastiach práva súkromného, tzn. nielen napríklad pri uzatvorení manželstva, ale napríklad i pri zjednávaní zmluvy či partikulárneho kontraktčného ujednanja. Pod právnym jednaním je tak možné rozumieť tieto najrôznejšie akty, obsahujúce prejav vôle súkromnej.

Niet sporu v tom, že s matériou diskutovanou v tejto subkapitole úzko súvisí i problematika právnych účinkov. Jedným z najdôležitejších právnych účinkov je vznik subjektívneho práva. Otakar Sommer v tejto súvislosti výslovne uvádza (cit.): „*Komplex skutečnosti, na něž se váže (rozuměj právo subjektivně), zve se titulem tohoto účinku. ... Titulus ... značí jen skutečnosti, zakládající nárok na nabytí práva, kdežto modus jsou skutečnosti, jimiž právo samo vzniká. Patrná jest tato protiva při obligační smlouvě a tradici.*“ V majetkovom práve sa často potom hovorí o tzv. nadobúdajúcom právnom jednaní. Nadobudnutie práva (tzv. spojenie práva s daným subjektom, teda v danom prípade kontrahentom) v tomto kontexte potom môže byť originárne (pôvodné) alebo derivatívne (odvodené) – ak sa opiera o právo už existujúce. Môže byť konštitutívne alebo translatívne podľa toho, či ide o nadobudnutie práva nového alebo len o prenesenie práva existujúceho na nový subjekt (nového kontrahenta). V tomto prípade sa potom hovorí o sukcesii¹¹⁵.

Pokiaľ bude v ďalších častiach pojednané o právnom jednaní kontrahentov elektronických kontraktácií, je nutné si vyjasniť ďalšiu teoreticko-právnu kategóriu, ktorá sa pri jednotlivých právnych úkonoch takisto nezriedka objavuje. Ide o scudzenie¹¹⁶ a zaväzovanie. Právne jednanie, ktorým sa má spôsobiť zmena, prevod, alebo

110 Zrov. *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 56. Plný text tohoto súdneho rozhodnutia je dostupný napríklad na tejto webovej adrese: <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/donoghue.htm>, [citované dňa 18. februára 2010], prípadne v CONNOLLY, U., QUINLIVAN, S., *TORT. Cases and Materials*. Dublin: Thomson Round Hall, 2006, s. 29–36, ISBN 1 85800 443 8

111 Podľa predmetu útoku sa potom trespass rozdeľuje na (i) trespass to the person – neoprávnené ohrozenie života niekoho iného (assault), použitie násilia proti niekomu inému (battery) a tiež zbavenie či obmedzenie osobnej slobody (false imprisonment), (ii) trespass to goods – neoprávnené rušenie držby hnutelnej veci či (iii) trespass to land – neoprávnené rušenie pozemkovej držby (resp. vôbec držby nehnuteľnosti).

112 Tort je ako civilný delikt navyše zlučiteľný i s trestným činom. Je tak možné pripustiť napríklad jednočinný súbeh civilného a trestného deliktu, tzn. tým istým chovaním sa daný subjekt môže dopustiť ako skutku kvalifikovaného ako tort, tak zároveň trestného činu.

113 V tejto súvislosti je vhodné podotknúť, že Rimania nikdy nevytvorili abstraktný pojem právneho jednanja, ktorý by zahrnul všetky mysliteľné prípady ktoréhokoľvek oboru súkromného práva. Predovšetkým tak neexistuje termín, ktorý by zahrnul v sebe zmluvy vecné a obligačné a bol tak podkladom obcejnej teórie zmluvnej. Dokonca ani pojem *contractus*, ako bol uvedený vyššie, nie je širší než obligačná zmluva. K označeniu niektorých zmlúv, typicky trhu a nájmu, býval užívaný i termín *lex*. V rozmanitom ponímaní sa užíval i termín *negotium*, a to najmä k označeniu právnych jednaní tzv. obchodových ako rozdiel k právnym jednaniam bezplatným.

114 V ďalšom rozbere zrov. predovšetkým SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského, I. a II. díl.*, Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011, 356 s., ISBN: 978-80-7357-616-5.

115 Z teoreticko-právneho hľadiska sukcesia môže byť univerzálna alebo singulárna.

116 Scudzeniu je podobný rímsko-právny pojem *alienatio*, ktorý však v tomto smere nie je termínom totožným. Má sa ním na mysli skôr zmenšenie majetku bez zreteľa k tomu, či sa tak stalo právnym jednaním či inak.

zánik práva majetkového, nazýva sa právnym jednaním scudzovacím. Právne jednanie, ktorým sa k budúcemu scudzeniu zaväzujeme, nazýva sa právnym jednaním zaväzovacím¹¹⁷. Práve uvedené členenie je využiteľné pri všetkých typoch kontraktácií, bez rozdielu, či sa jedná o kontraktácie elektronické alebo nie. Vždy však je nutné právne jednanie vnímať ako jednanie, ktorému právny poriadok dáva priestor, aby v jeho rámci mohli vzniknúť právne účinky v zhode s vôľou jednajúceho. Jednajúci tak musí mať na mysli právne účinky svojho jednania, nie tak, že by mu účinky museli byť do podrobnosti známe, ale tak, že si je vedomý právnej relevancie svojho jednania (k právnemu jednaniu totiž nedôjde, ak je táto právna relevancia jednajúcim subjektom vylúčená).

Z hľadiska teórie kontraktu je ďalej možné vysledovať niekoľko základných teoretických náležitostí platného právneho jednania. Berúc do úvahy širokú varietu možných členení týchto náležitostí, pre ilustráciu bude v ďalšom rozbere vychádzané z nasledujúceho triedenia: (i) spôsobilosť kontrahentov k činom, (ii) prejav vôle, (iii) zhoda vôle s prejavom a (iv) právom uznaný obsah. Pre účely ďalších úvah je mimoriadne dôležité objasniť teoretickoprávne východiská práve prejavu vôle. Preto sa tejto problematike bude podrobnejšie venovať i nasledujúca subkapitola tohto článku.

Prejav vôle je nutnou súčasťou právneho jednania, nie však, ako bolo uvedené vyššie, súčasťou jedinou. Prejav vôle je nutné vnímať ako čin smerujúci k prejavu duševného deja¹¹⁸. Každý takýto prejav sa musí stať nejakou formou. Ak je určitá forma podmienkou platnosti právneho jednania, je toto jednanie formálne. Prastaré jednania civilného práva sú poväčšine formálne. Po rôznych výčitkách smerovaných na adresu ústnej formy¹¹⁹ (lat. *certa solemnity verba*) boli tieto jednania odprevádzané začasto rôznymi symbolickými aktmi. Nezriedka sa tak k platnosti jednania vyžadovalo pribranie svedkov (v rímskom právnom prostredí sa dokonca vyžadovalo jednanie procesného charakteru pred magistrátom). V modernom prostredí, obzvlášť v prostredí obchodníkov, sa náležitosti na formalizované jednania štandardne stierajú. I tak však forma právneho jednania má zmysel – núti k rozvahe pri zjednávaní príslušného kontraktu a uľahčuje tiež dôkaznú stránku tohto jednania. Najvýznamnejšími formálnymi právnymi jednaniami tak v právnej teórii sú:

a) *Gestum per aes et libram (nexum)* – historicky spočívalo v odvážaní medi v prítomnosti strán a piatich svedkov a v prenesení určitých formulí podľa kontraktneho účelu jednania. Vyskytovalo sa ako (i) *man-*

*cipatio*¹²⁰ pri predaji *rerum Mancipi*¹²¹, (ii) *nexum*¹²² pri založení pohľadávky zo zápožičky, (iii) *solutio per aes et libram* k zrušeniu záväzku z *nexa*. Neskôr toto jednanie bolo odpútané od svojej kauzy a stalo sa jednaním abstraktným, slúžiacim k prevodu vlastníctva na *res Mancipi*, k založeniu peňažného záväzku a jeho zrušeniu atp.

b) *In iure cessio* – vindikačný proces prevedený na oko vo forme legisakcie *sacramento*¹²³. *Injurecesia* je od počiatku jednaním abstraktným, pričom je ju možné užiť k prevodu alebo založeniu akéhokoľvek práva panstva nad vecou alebo osobou

c) *Stipulatio* – (pôvodne nazývaná *spensio*) jednostranná abstraktná zmluva učinená vo forme ústnej otázky veriteľa (lat. *stipulator*) a ústnej odpovedi dlžníka (lat. *promisor*)¹²⁴. Má povahu abstraktného kontraktu – tzn. prosté naplnenie formy dáva vzniknúť riadnemu záväzku, kauza stojí až na druhom mieste a stane sa predmetom skúmania iba k námietkam žalovaného.

Niet azda sporu v tom, že pre účely následnej právnej analýzy elektronických kontraktácií má nesporný význam i problematika listín. Ako sa k jednotlivým otázkam súvisiacim s týmto právnym inštitútom stavia právna teória, bude uvedené v stručnosti nižšie.

Na prvom mieste je potreba uviesť, že listiny o právnych jednaniach majú spravidla charakter listín dôkazných. Táto skutočnosť má eminentný praktický dopad i do jednotlivých aspektov elektronických zmlúv, ako bude uvedené v závere tohto článku. Nateraz je potreba vnímať, že písomná forma listiny ako podmienka jej platnosti sa vyskytuje fakticky výnimočne, a to buď podľa právneho predpisu práva civilného (v podmienkach českého platného poriadku teda podľa občianskeho zákonníka) alebo podľa vôle strán. V tomto smere nie je terminológia úplne jednotná, pretože na označenie listín používa niekoľko špecifických označení. Príkladne je možné uviesť obraty ako *tabulae* (akási doska pre zaznamenávanie jednotlivých právnych úkonov), *epistola* (list s nutne subjektívnym prehlásením odosielateľa s pozdravnou formulou na začiatku a dátumom na konci, *chirographum* (subjektívne štylizované kontrétne prehlásenie daného kontrahenta), *cautio* (čas-

120 Pre jednoduchosť je možné mancipáciu chápať ako prevod vlastníctva hnutelnej veci z ruky do ruky pred svedkami.

121 u týchto vecí platí zvláštny právny režim čo sa týka ich nadobudnutia do vlastníctva – štandardne v rímskom ponímaní museli byť prevedené slávnostnými formálnymi aktami

122 Jednalo sa o ústny právny úkon.

123 Táto žaloba mala všeobecný charakter v tom zmysle, že ju žalobca mohol použiť v každom prípade, pre ktorý nemal k dispozícii špeciálnu žalobu alebo špeciálny spôsob ochrany. Už z názvu je zrejmé jej osobitosť, ktorá spočívala v tom, že jeden z účastníkov, spravidla žalobca, v konaní *in iure* vyzval pred svedkami odporcu, spravidla žalovaného, aby každý z nich sľúbil určitú obeť (*sacramen-tum*) bohom (neskôr eráru), ak sa jeho tvrdenie v spore ukáže ako nepravdivé. Výška *sacramenta* vychádzala z hodnoty predmetu sporu. Pri *legis actio sacramento* boli známe dva postupy podľa toho, či predmetom sporu bolo absolútne právo (*legis actio sacramento in rem*) alebo relatívne právo (*legis actio sacramento in personam*).

124 Typickým príkladom môže byť otázka: „*Dare spondes?*“ a k tomu zodpovedajúca odpoveď „*Spondeo*“. Pokiaľ by dlžník odpovedal napríklad „*Fidepromitto*“ – Sľubujem, nie však tým istým slovesom, ktoré použil veriteľ, kontrakt by bol považovaný za neplatný.

117 V podrobnostiach zrov. tamtiež, str. 69.

118 K tomu bližšie zrov. kapitolu §15 z veľmi didaktickej práce SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského, I. a II. díl*, Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011, 356 s., ISBN: 978-80-7357-616-5.

119 Verbálne kontrakty sú ústne zmluvy, ktoré vznikali prednesením určitých právom stanovených slov. Z náležitostí formy týchto striktné formálnych kontraktov býva rímskymi právnikmi na prvé miesto kladená bezpodmienečná kongruencia medzi otázkou veriteľa a príslušnou dlžníka.

tokrát listina o určitej stipulácii), *instrumentum* (predstavuje akýkoľvek listinný dôkaz – napr. účty či iné doklady). Pre úplnosť je na mieste dodať i historický aspekt vyššie uvedeného – verejné listiny o súkromnoprávných úkonoch sa vyskytujú obvykle do tretieho storočia. Neskôr sú typické prehlásenia k súdu a zápisy do protokolov (lat. tzv. *profesio apud acta*) alebo pribrania verejného notára (lat. *tabellio*). Až takéto úkony (listiny) môžu slúžiť ako formálny základ pre platnosť právneho jednanja.

3.4.1 Formálne aspekty vôle a jej prejavu

Úvodom je potreba uviesť, že formálne právne jednanie, ktoré sa koná ústne alebo písomne, obsahuje výslovný prejav. Bezforemné právne jednanie sa môže stať prejavom výslovným alebo mlčky vykonaným. Cieľom výslovného prejavu je pochopiteľne prejať vôľu. Môže sa tak stať štandardne slovami, prípadne znameniami. Prejav vykonaný mlčky má iný cieľ než prejav vôle. Je však možné z neho logicky alebo na základe skúsenosti na prejav vôle súdiť. Podľa toho treba posudzovať právny význam mlčania, ktoré môže mať podľa okolností význam prejavu, najčastejšie súhlasu. Koncepcia súhlasu v súčasnom právnom poriadku Českej republiky nie je na tejto koncepcii dôsledne postavená (v podrobnostiach bude uvedené ďalej v tomto článku). V súvislosti s vyššie uvedeným je na mieste tiež podotknúť, že prejav vôle je výsledkom duševného procesu. V tomto smere je pre ďalšie úvahy dôležitá: 1. Prejavová vôľa, ktorá bezprostredne smeruje k danému činu. Je uvedením si prejavovacieho činu; a 2. Prejavová vôľa, teda vôľa úspechu, má za cieľ dosiahnuť určitý právne významný výsledok. Pri označení konkrétneho právneho konania predstava úspechu, a tým aj vytvorenie vôle úspechu, časovo predchádza prejavovacej vôli, ktorou je ukončený celý duševný proces. Pri tvorbe vôle úspechu budú pôsobiť rôzne motívy, hospodárske, sociologické ale aj iné. Ak má dôjsť k právnomu jednaniu (konaniu), musí sa medzi týmito motívmi objaviť predstava právneho výsledku. Až potom je jednanie charakterizované ako právne. Ostatné motívy okrem prejavenej vôle sú pre platnosť právneho jednanja prakticky bezvýznamné. Pokiaľ ide o právny výsledok, vytvára právny poriadok určité typy právnych jednaní, niektoré sú voľnejšie, niektoré viazanejšie. S vyhranenými typmi sa stretávame predovšetkým v oblasti práva osôb, ale v obligáčnom práve stanovené typy pripúšťajú rôzne odchýlky. Strany tak môžu voľne a individuálne tvoriť obsah právneho jednanja, ako bolo bližšie uvedené v predchádzajúcich subkapitolách tohto článku.

Pokiaľ budú v ďalšom právnom rozbere posudzované jednotlivé právne aspekty prejavu vôle, je nutné taktiež upozorniť na problematiku vnútorného formalizmu. V starom civilnom práve sa bolo možné stretnúť s tzv. vnútorným formalizmom právneho jednanja. Na rozdiel od vonkajšieho formalizmu, ktorý sa týka formy prejavu, sa pod vnútorným formalizmom rozumie formálne utváranie účinkov právneho jednanja. Určité slová právneho jednanja majú určité právne účinky bez ohľadu na skutočnú vôľu jednajúcich. Rozhoduje teda

*quod dictum est*¹²⁵ a nie *quod actum est*^{126 127}. Historicky, až v rímskoprávnej náuke z konca obdobia republiky¹²⁸, prihliada sa pri výklade právneho jednanja viac na vôľu jednajúcich. Tým však vzniká problém, ktorý je aktuálny i v dnešnom právnom živote. Ide o to, do akej miery sa musí zhodovať prejav s vôľou, najmä vtedy, ak je zhoda prejavu s vôľou požiadavkou platnosti právneho jednanja. V súčasnosti je tak možné hovoriť o zástancoch dvoch zásadne odlišných hľadísk, a to:

1. *Teória vôle*, ako sa tieto právne úvahy obvykle zvyknú označovať, si vyžaduje kvôli platnosti každého jednotlivého právneho jednanja vôľu.
2. *Teória prejavu* priznáva platnosť právnomu jednaniu i pri nedostatku vôle, ak by sa javil prejav jednajúcej strany druhej strane ako prejav vôle.

Zásadne je treba vychádzať z teórie vôle. Jej dôsledné uplatnenie by však viedlo k rôznym tvrdostiam, ktoré s ohľadom na bezpečnosť typicky obchodu a vzťahov s tým súvisiacich treba korigovať princípom prejavu. Preto princíp vôle možno naplno uplatniť len typicky pri právnych jednaniach v prípadoch smrti. V obchodných právnych jednaniach si musí jednajúci stať za svojím prejavom, ktorého zmysel je objektívne zrozumiteľný. Môže očakávať, že druhá strana dodrží slovo, čím aj prijala prejav, ktorý je každému jasný.

Skôr než sa predostrie otázka zhody prejavu s vôľou, je potrebné zistiť výkladom zmysel prejavu. Pre tento výklad nie je možné určiť všeobecne platné pravidlá. Najmä pri výklade právnych jednaní bezforemných treba postupovať individuálne. Napriek tomu si treba uvedomovať niektoré zásadne rozdiely, ktoré sa ostro črtajú pri výklade formálnych jednaní.

Pri dvojstranných jednaniach v rámci danej kontraktácie je potrebné zistiť predovšetkým to, či došlo ku konsensu. V prípade, ak sa prejavy nekryjú, jedná sa o viditeľný dissensus. Formálne jednanie je potom neplatné. Dissensus však môže byť i skrytý, ak sa síce prejavy kryjú, avšak každá z jednajúcich strán prikladá svojmu prejavu iný význam. Strana, ktorej bol prejav adresovaný, rozumie ponuke ináč než oferent, pretože sa mylí v obsahu oferty. Môže k tomu dôjsť najmä pri bezforemných právnych jednaniach preto, že sú prejavy strán buď nepresné, alebo sú objektívne dvojznačné. Akceptantov omyl sa môže dotýkať kauzy právneho jednanja (lat. *error in negotio*), oferantovej osoby (lat. *error in persona*) alebo samotného predmetu zmluvy (lat. *error in corpore*). Aj skrytý dissensus však má podľa vyššie uvedeného za následok neplatnosť zmluvy – k tomu zrov. klasickú zásadu rímskeho práva *non videtur, qui errant consentire*.¹²⁹

125 Rozhodujúcim je, čo bolo kontrahentom povedané (a nie fakticky realizované)

126 Opak vyššie uvedenej právnej zásady.

127 V podrobnostiach viď i MELZER, Filip. Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace. 1. vyd. Praha: C. H. BECK, 2009, 276 s., ISBN: 978-80-7400-149-9.

128 Názory sa vyskytli v slávnej centumvirálnej kauze Curiana, keď Q. Mucius Scaevola trval pri výklade testamentu na prejave, ale slávny rečník L. Licinius Crasus presadil kladenie dôrazu na vôľu.

129 Voľne by sa dala táto latinská zásada preložiť ako „mýliaci sa nie sú považovať“.

V prípade, ak došlo k zhode, je treba zhodný prejav strán vysvetľovať podľa jeho objektívneho zmyslu. Ako prejavenej platí to, čo druhá strana vedela alebo mala vedieť, to sa musí chápať ako zmysel prejavu. Prejav sa teda nevysvetľuje podľa individuálnej vôle jednajúceho, ale podľa toho, čo druhá strana mohla uznať ako skutočnú vôľu z prejavu jednajúceho. Význam použitých slov sa vysvetľuje podľa miesta, kde bola zmluva uzavretá. Vzhľadom na objektívny výklad nie je preto ani možné ako riadne učinенý prejav chápať právne jednanie vykonané zo žartu, počas hry, na javisku alebo na vyučovacie zámery apod.

Pri interpretácii spojenia prejav vôle v zmysle súčasného ustanovenia § 34 občanského zákoníku je možné vnímať taktiež nasledujúcu dichotómiu – vyššie uvedené spojenie predpokladá skutočnú vôľu jednajúceho kontrahenta, a preto je potom otázkou, akú právnu kvalitu potom musí vlastne táto vôľa mať¹³⁰. Postačí teda obecná vôľa jednať, vyžaduje sa vôľa s právnymi následkami alebo vôľa musí nutne smerovať priamo k právnym následkom, ktoré príslušný právny poriadok s takýmto právnym úkonom spojuje. V súčasnej právnej náuke niet sporu v tom, že v právnom inštitúte právneho úkonu, resp. v samotnom pojme prejav vôle, realizuje sa celkom iste toľko akcentovaný princíp autonómie vôle. Ten, simplifikovane uvedené, umožňuje samostatné rozhodovanie jednajúceho (kontrahenta) o jeho právnom osude. Pokiaľ by sa tento princíp realizoval v plnom rozsahu, mala by sa potom realizovať skutočná vôľa jednajúceho (kontrahenta) smerujúca k právnym následkom, ktoré príslušný právny poriadok s týmto prejavom spojuje (chcené a právnym poriadkom stanovené právne následky by tak museli byť totožné). Na strane druhej je však potreba podotknúť, že vyššie uvedené je mantinelizované ďalším právnym princípom. Ide tak o situáciu, keď sa v prípade adresovaných právnych úkonov môže princíp autonómie vôle môže dostať i do celkom vyhraného konfliktu s princípom ochrany dobrej viery príslušných adresátov tohto právneho úkonu. Práve tento princíp obmedzuje mieru, v ktorej sa vyššie uvedený princíp autonómie vôle uplatňuje¹³¹. Vyššie uvedené je dôležité v rámci ďalších úvah týkajúcich sa riadne učinенého prejavu vôle pri realizácii elektronických kontraktácií, a to predovšetkým pri ich modelovom type browse-wrap (viď príslušnú subkapitolu tohto článku).

3.4.2 Utváranie obsahu právneho jednanja

Právny poriadok utvára obsah právnych jednaní typicky, pričom každé z nich má podľa noriem objektívneho práva presne vymedzené účinky a je teda schopné dať vzniknúť jednotlivým nárokom. Avšak ani individuálne utváranie obsahu uznávaného typu právneho jednanja nie je celkom voľné. Pravidelne sa tak rozoznávajú

vajú určité celky, ktoré je možné ilustrovať nasledovným členením¹³²:

- a) *Essentialia negotii* – súčasti obsahu právneho jednanja, ktoré sú charakteristické pre jeho typ a bez ktorých by toto jednanie ako zamýšľaný typ bolo neplatné
- b) *Naturalia negotii* – okrem typického obsahu vyvolávajúceho charakteristický účinok právneho jednanja máva konkrétne právne jednanie spravidla rôznych ďalších obsah. Často však kontrahenti danej kontraktácie o týchto veciach nič nestanovia, a preto nastupujú ako presumptívne chcené účinky stanovené právnym poriadkom.
- c) *Accidentalialia negotii* – právny poriadok ponecháva kontrahentov v určitých medziach voľnosť odchýliť sa od toho, čo je stanovené o obsahu právneho jednanja a o jeho účinkoch. Takéto ustanovenia strán sa potom nazývajú ako accidentalialia negotii. Prirodzene je možné, že strany učinia na dohode o týchto častiach platnosť zmluvy závislou ešte v rámci uzatvárania právneho jednanja. Kontrahenti tak môžu i nepodstatný obsah právneho jednanja učiniť podmienkou platnosti právneho jednanja.

Vyššie uvedené poznámky je nutné vnímať tak, že právne jednanie sa nesmie priečiť zákazu, prípadne dobrým mravom. Jednanie by bolo nemravné, ak by bola nemravná jeho causa, a to či už smeruje k plneniu nemravnému alebo indiferentnému.

Utváranie obsahu právneho jednanja môže v procese danej kontraktácie zaznamenať i požiadavku na zaskomponovanie určitých podmienok ďalšieho jednanja, tzn. akýchsi výnimiek (lat. *conditio*). V zásade sa v tomto smere rozlišujú výnimky (podmienky) suspenzívne (odkladacie) – ak je na budúcej udalosti závislé nastúpenie účinkov a výnimky (podmienky) rezolutívne (rozvázovacie) – ak je na tejto udalosti závislé odpadnutie účinkov. Bez významu tiež nie je, obzvlášť v kontraktáciách cezhraničných, rozoznávanie podmienok na afirmatívne a negatívne. Afirmatívne podmienky znamenajú, že sa má stať zmena vo vonkajšom svete, resp. v prípade negatívnej podmienky, že sa táto zmena stať nemá (napr. neodobranie serverových riešení z konkrétnej linky dátového vedenia). Pri vytváraní obsahu právnych jednaní sa rovnako vyskytujú i ďalšie časové určenia. Pri právnom jednaní tak môže byť kontrahentmi ustanovené, že jeho účinky nastanú až od určitého času (lehota počínajúca – lat. *dies a quo*), alebo že v určitý čas prestanú (lehota končiacia – lat. *dies ad quem*). Takáto lehota môže samozrejme byť určená i podľa kalendára (lat. *dies certus an certus quando*), alebo nepriamo podľa udalosti, ktorá nastane síce určite v budúcnosti, ale nie je zatiaľ jasné, kedy presne (lat. *dies certus an, incertus quando*). Lehota počínajúca je bežným zjavom pri právnych jednaniach scudzovacích, ale rovnako i pri jednaniach zaväzovacích. Dies certus an certus quando, ako bolo uvedené vyššie,

zovaní za súhlasiacich“.

130 V podrobnostiach zrov. MELZER, Filip. Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace. 1. vyd. Praha: C. H. BECK, 2009, 276 s., ISBN: 978-80-7400-149-9.

131 Zrov. tamtiež.

132 V podrobnostiach viď SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského, I. a II. díl.*, Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011, 356 s., ISBN: 978-80-7357-616-5., str. 89 an.

býva pri obligáciách ponímaný ako lehota splatnosti (lehota má význam, že je doložený výkon obligácie).

Veľkou a doteraz nie uspokojivo vyriešenou otázkou pri právnom jednaní je i otázka právneho zastúpenia. Je zaiste dobre predstaviteľné, ako táto problematika môže mať celkom zásadné implikácie do samotného kontraktáčného procesu i v prípade elektronických kontraktácií. Preto je zrejme na mieste vysvetliť, aké v úvahu prichádzajúce prípady právneho zastúpenia právna teória obvykle rozlišuje.

O zastupovaní je možné hovoriť prakticky vždy, pokiaľ ide o zastupovanie cudzích právnych záujmov pri uzatváraní právneho jednaní. Pri priamom zastúpení¹³³ priamy zástupca uzatvára právne jednanie vlastným prejavom v mene tretej osoby (zastúpeného), ktorý sa stane priamo subjektom práv z takto vzniknutých jednaní. Priamy zástupca, aj keď prejavuje sám svoju vôľu, nie je teda stranou danej kontraktácie, a účinky jednaní sa ho teda nijak nedotknú. Zástupca musí jednať menom zastúpeného, nemusí sa však nutne jednať o právne jednanie výslovné, pretože postačí, pokiaľ je toto jednanie zrejme z okolností. Druhej strane zasa musí byť zrejme, typicky z okolností daného kontraktáčného procesu, že zástupca jedná menom zastúpeného. Zástupca musí byť k jednaniu samozrejme adekvátnym spôsobom legitimovaný. Takúto legitimáciu mu môže poskytnúť zákon, prípadne samotná plná moc. Plná moc je tak právnym jednaním jednostranným, oprávňujúcim zástupcu k pôsobnosti v právnej sfére zastúpeného. Interný pomer medzi zástupcom a zastúpeným býva upravený štandardne zmluvou, a to príkaznou, prípadne služobnou. Podľa tejto zmluvy je zástupca povinný obstaráť danú záležitosť. Plná moc je adresovaná tretím osobám, u ktorých má byť zástupca oprávnený uzatvárať právne jednanie menom zastúpeného. Plná moc môže byť udelená i mlčky. Vyššie uvedená mandátna zmluva iba, ako bolo uvedené, upravuje vnútorný pomer medzi zástupcom a zastúpeným a obsahuje inštrukcie, v akých medziach a k akému účelu je zástupca zaviazaný použiť oprávnenie plynúce z danej plnej moci. Medzi plnou mocou a samotným mandátom musí byť teda jasne rozlišované – prakticky sa táto nutnosť prejavuje potom pri prekročení oprávnenia z plnej moci a mandátu. Pre úplnosť je na mieste dodať, že v prípade, pokiaľ ten, kto plnú moc nemá (lat. *falsus procurator*) a vystupuje v príslušných právnych jednaniach, nemá takéto jeho jednanie žiadne právne účinky ani pre neho a ani pre toho, za koho vystupuje.

Pri nepriamom zastúpení náhradník uzatvára právne jednanie vo vlastnom mene, ale na účet zastúpeného. Jedná teda síce pre iného, ale nie za neho. Náhradník je potom stranou pri právnom jednaní v rámci príslušnej kontraktácie a účinky jeho jednaní vznikajú priamo jemu. Na zastúpeného budú potom prevedené v dôsledku vzájomného „vyrovnaní“ medzi náhradníkom a zastúpeným. V tejto súvislosti je potreba odlišovať inštitút tzv. posela (lat. *nuntius*), ktorý daného

kontrahenta nezastupuje, ale iba pomáha pri uzatvorení právneho jednaní. Neprejavuje svoju vôľu, iba prináša cudzí prvok ako taký. Jeho činnosť je obvykle faktická, takže si je možné predstaviť, že poselom môže byť i osoba za normálnych podmienok k iným úkonom nespôsobilá.

Od právneho zastúpenia v jednotlivých prípadoch kontraktácií je potreba odlišiť zmluvy v prospech tretích strán. Tieto sa v obligačných jednaniach vyskytujú celkom často, zaväzuje nimi jeden kontrahent druhého k plneniu v prospech tretej strany. Kontrahent tak jedná v úmysle opatriť pre tretiu osobu pohľadávku za druhým kontrahentom, avšak nejedná v jeho mene, ale menom svojim. Oba kontrahenti sú tak stranou daného kontraktáčného procesu. Odlišiť je potreba tiež špecifický prípad právneho jednaní, ktorým je tzv. *negotium gestio*, teda jednatelstvo bez príkazu. Jedná sa o obstaranie cudzích záležitostí bez príkazcu.

3.4.3 Vadnosť právneho jednania

Nie je možné vylúčiť, že v rámci kontraktáčného procesu dôjde k následku spočívajúcemu vo vadnosti právneho jednaní. V tejto súvislosti obecná civilistika rozlišuje v právnej teórii niekoľko druhov takéhoto vadného právneho jednaní. Ich správne pochopenie je nevyhnutné i pre lepšiu orientáciu v kyberpriestorových vzťahoch, v ktorých sa odohrávajú i samotné elektronické kontraktácie.

Najčastejšie sa objavujúcim dôsledkom vadnosti právneho jednaní je samotná neplatnosť¹³⁴. Neplatnosť nastane, pokiaľ nie sú splnené podstatné náležitosti tohto jednaní. Právne jednanie následkom tejto vady neprišlo tzv. k miestu (*negotium nullum, nullius momenti*), je od počiatku bez zamýšľaných účinkov, a to absolútne. Neplatnosť tak môžu uplatniť nielen samotní kontrahenti, ale ktokoľvek.

Relatívna neplatnosť trvá iba tak dlho, pokiaľ to vyžaduje ochrana určitých interesentov. Odpadnutím týchto interesentov právne jednanie relatívne neplatné takzvané konvaleskuje.

Neplatné právne jednanie sa nestane platným, ak sa chýbajúca podmienka jeho platnosti dostaví neskôr¹³⁵. Iba výnimočne nastane dodatočným splnením podmienok právneho jednaní jeho konvalescencia – napríklad je toto možné dodatočným schválením (lat. *ratum habere*) tretej osoby, ktorej zvolenie je podmienkou platnosti právneho jednaní, resp. niekedy tiež dodatočným potvrdením (lat. *comprobatio*) strany, ktorej nespôsobilosť jednaní dodatočne odpadla.

Obecne je tiež prípustná konverzia právneho jednaní neplatného v jednaní inom síce nezamýšľanom, ale smerujúcom k tomu istému cieľu ako jednanie neplatné, to však iba v prípade, pokiaľ sú splnené všetky náležitosti nezamýšľaného jednaní¹³⁶.

133 Nie je bez zaujímavosti, že rímske právo nepoznalo priame zastúpenie. Zástupca teda musel uzavrieť právne jednanie vždy vlastným menom. Priame zastúpenie bolo zásadne vylúčené v právnych jednaniach i v procese.

134 Sami rímskoprávní klasičtí jednotnú teóriu neplatnosti nikdy nevytvorili. Rovnako svetlo sveta nikdy neužrela jednotná terminológia v tejto oblasti.

135 V rímskoprávnej náuke sa tak uplatnila známa zásada „*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*“.

136 Ako príklad je možné uviesť situáciu, keď k tomu istému cieľu sú vytvorené dve právne jednaní, z ktorých jedno je formálne a druhé neformálne, pri-

Ďalším príkladom vadnosti jednaní môže rovnako byť i bezúčinnosť (neúčinnosť). Tá nastane v prípade, pokiaľ sa právnomu jednaniu, ktoré je platné, postaví nejaká prekážka, ktorá znemožní účinky tohto platného jednaní. Právne jednanie sa tým nestane dodatočne neplatným, ale neúčinným.

4. Základné právne otázky elektronickej kontraktácie

4.1 Dištančný aspekt právnych vzťahov vznikajúcich v prostredí internetu

Spoločenský vzťah v mnohých situáciách vzniká bez nutnosti súčasnej fyzickej prítomnosti jeho subjektov, či už prostredníctvom pošty, kedysi existujúceho telefónu, dnes veľmi často využívaného e-mailu, webového formulára atď. Historickým úskalím takto vzniknutého vzťahu je však časové oneskorenie medzi uskutočnením právneho úkonu jednej strany a jeho účinnosťou voči druhej strane. Možno hovoriť o účinnosti návrhu voči neprítomným stranám¹³⁷, ktorá tu nastáva okamihom doručenia oferty potenciálnemu akceptantovi, kdežto u jednaní medzi prítomnými kontrahentmi táto účinnosť nastáva ihneď. V niektorých prípadoch z vyššie demonštratívne uvedených spôsobov uzavretia zmluvy, je však z teoretického hľadiska možné, že takéto jednanie bude považované na jednanie medzi prítomnými - to pri súčasných znalostiach vedy a techniky zrejme predovšetkým pri použití webového formulára. Časové oneskorenie medzi momentom uskutočnenia oferty a jej prijatím do sféry vplyvu druhej strany je natoľko zanedbateľné, že ho možno v zásade ignorovať. V situácii, keď strany kontraktujúce prostredníctvom webového formulára, objektívne oprávnené počítajú s faktom, že sa oferta dostane do dispozičnej sféry akceptanta v podstate ihneď (automatickým spracovaním), má takéto jednanie výrazne blízko k jednaniu napríklad s použitím telefónu. V navrhovanej novelizácii občianskeho kódexu¹³⁸, ak bude prijatý, sa však zákonodarca, zdá sa, prikloní k inému, treba povedať jednoduchšiemu, poňatiu, keď za neprítomné strany považuje také, ktoré sa nevidia alebo nepočujú¹³⁹.

Pre dištančný spôsob uzatvárania zmlúv¹⁴⁰ však nie je rozhodujúce, či k jednaniu dôjde medzi prítomnými alebo neprítomnými, ale skutočnosť, že je pri ňom použitý prostriedok komunikácie na diaľku. Tým môže byť napr. reklamný katalóg, telefón (s ľudskou i bez ľudskej obsluhy), elektronická pošta i verejná komunikačná sieť (internet).

Elektronické uzatváranie zmlúv sa typicky uskutočňuje prostredníctvom tzv. poskytovateľov služieb informačnej spoločnosti.¹⁴¹ (tzv. Internet Service Providers - ISP). Sprostredkovanie prebieha najmä prostredníctvom dvoch hlavných typov ISP. Na prvom mieste možno spomenúť tzv. poskytovateľa internetového pripojenia (tzv. Internet Access Providers - IAP). Druhým typom sú tzv. hosťujúci poskytovatelia služieb (tzv. Hosting Services Providers - HSP), ktorí na svojom hard-disku poskytujú priestor hosťujúcim webovým stránkam a robia ich tak prístupnými vo virtuálnom prostredí na internete. Po technickej stránke dochádza k využívaniu sprostredkovateľa reprezentovaného nástrojom komunikácie (počítačom, softwarovým, hardwarovým vybavením). Od spomínanej skupiny sprostredkovateľov je nutné odlišovať tzv. poskytovateľov obsahu (tzv. Content Providers - CP či dokonca tzv. Value-added Service Providers-VASPO). Zásadným rozdielom totiž je, že CP nepôsobia ako sprostredkovatelia, ale sami sa podieľajú na tvorbe a podobe obsahu, a to predovšetkým tým, že vyberajú a upravujú informácie dostupné na webe¹⁴².

Pri kontraktácii prebiehajúcej v kyberpriestore je potrebné nazerať na čas a miesto čím ďalej tým viac odlišnejšie, než pri iných spôsoboch diaľkového uzatváranie zmlúv. Komunikácia sa vďaka vývoju technológie rapídne zrýchľuje, vzdialenosť medzi subjektmi stráca na význame, rovnako ako ich aktuálny umiestnenie¹⁴³. Odborná literatúra označuje daný stav ako *delokalizáciu spoločenských vzťahov na internete*¹⁴⁴.

Účastníkov právneho vzťahu nemusí zaujímať, kde sa ich spolukontrahent nachádza, ale problém môže vzniknúť, ak sú situovaní na území iného štátu, presnejšie, ak spadajú do jurisdikcie iného štátu. Slávny intelektuálny súboj sa na prelome tisícročí na túto tému odohral medzi významnými osobnosťami práva kyberpriestoru Goldsmithom¹⁴⁵ a Postom¹⁴⁶. Goldsmith zaujal konzervatívne stanovisko, Postom nazvané ako *Unexceptionalism*¹⁴⁷, keď tvrdil, že jednanie prebiehajúce v kyberpriestore je funkčne identické s jednaním pomocou iných prostriedkov, preto je možné otázky jurisdikcie a rozhodného práva riešiť podľa tradičných právnych mechanizmov, v strede s princípom teritoriálnej suverenity. Post mu však razantne oponoval poukazujúc na väčšiu mieru zložitosti vzťahov v kyberpriestore a ich osobitosti, spo-

čom prvé je pre nedostatok formy neplatné.

137 Vid' ustanovenie § 45 odst. 1 občianskeho zákoníku.

138 Zaujímavé tiež je, že vládny návrh občianskeho zákonníka prináša do českého právneho prostredia obdobu pravidiel *postal rule*, typického pre oblasť common law. K tomu vid' ustanovenie § 525 návrhu občianskeho zákoníku.

139 Vid' dôvodová správa k vládnomu návrhu občianskeho zákoníka k § 1808 až 1816.

140 Obrat dištančný spôsob uzatvárania zmlúv je používaný predovšetkým v súvislosti s ochranou spotrebiteľa, kde je kladený dôraz hlavne na informovanosť spotrebiteľov o podnikateľovi alebo príslušnom plnení.

141 V podrobnostiach vid' ustanovenie čl. 2 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2000/31/ES o niektorých právnych aspektoch služieb informačnej spoločnosti, zejména elektronického obchodu, na vnútornom trhu (smernice o elektronickom obchode).

142 Vid' RICCO, G., M.: Internet service providers liability in *Introduction to ICT law*, Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 57

143 A to aj v porovnaní s komunikáciou prostredníctvom mobilného telefónu, kedy môže účastníkov zaujímať napr. otázka roamingu.

144 Vid' POLČÁK, R.: *Právo a evropská informační společnost*. Brno : Masarykova univerzita, 2009, s. 55. Dostupné online na: http://www.polcak.com/polcak-pravo_a_evropska_informacni_spolecnost.pdf.

145 Vid' GOLDSMITH, J., L.: Against Cyberanarchy. *Chicago Law Review*, 1998, č. 65. Dostupné online na: <http://cyber.law.harvard.edu/property00/jurisdiction/cyberanarchy.html>.

146 Vid' POST, D., G.: Against Against Cyberanarchy. *Berkeley Technology Law Journal*, 2002, č. 1. Online dostupné na: <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol17/Post.stripped.pdf>.

147 Vid' tamtiež, str. 3.

čívajúce napríklad aj (i) v možnosti ponúknuť na predaj tovar či služby okamžite, (ii) s nulovými medznými nákladmi, niekoľkým miliónom ľudí, (iii) s takmer nulovou pravdepodobnosťou problému s reprodukciou či distribúciou ponuky, (iv) ktorá môže byť navyš uchovávaná, obnovená alebo preložená do iných jazykových verzií bez výraznejšieho časového oneskorenia alebo hraničných nákladov, (v) s tým, že aj príjemcovia môžu rovnako rýchlo a lacno zareagovať¹⁴⁸. Post volá po prehodnotení ustálených právnych pravidiel a všeobecne prijímaných princípov¹⁴⁹.

Hoci možno v súčasnosti sledovať rešpektovanie odlišnosti prebiehajúcich jednaní v kyberpriestore, nové všeobecne prijímané pravidlá doteraz vynájdene neboli, prím do značnej miery hrajú stále klasické hraničné ukazovatele. Treba mať na pamäti, že sa jedná o silne citlivú otázku dotýkajúcu sa samotnej suverenity štátu a pôsobnosti jeho moci, hoci v prípade zmluvných vzťahov nebude toľko táto problematika páľčivá, pretože je tu kladený významný dôraz na autonómiu vôle strán a ich voľbu¹⁵⁰.

Unifikácia právnych noriem týkajúcich sa rozhodného práva¹⁵¹ a príslušnosti súdu¹⁵² už prebehla na úrovni Európskej únie. Príslušné nariadenia sú postavené na klasických princípoch medzinárodného práva súkromného. Problematika právnych vzťahov vzniknutých na internete však, s ohľadom na podstatu dotknutej problematiky, musí byť podrobnejšie riešená i Súdny dvorom EÚ (ESD). V oblasti ochrany spotrebiteľa musela byť skôr či neskôr zodpovedaná otázka, podľa akých kritérií môže byť podnikateľ, ktorého činnosť je prezentovaná na jeho internetovej stránke, žalovaný v členskom štáte, na ktorého území má spotrebiteľ svoje bydlisko, ktoré bude určujúce pre stanovenie právomocí, v zmysle ustanovenia článku 15 odsek 1 písm. c) nariadenia Brusel I.¹⁵³ ESD v rozhodnutí veľkého senátu v spojených veciach *Pammer a Hotel Alpenhof*¹⁵⁴ poskytol národným súdom celý rad indícií, podľa ktorých má byť konkrétna kauza hodnotená. Medzi takéto indície podľa ESD patrí i) medzinárodná povaha činnosti, ii) opis cesty do sídla podnikateľa so začiatkom v iných členských štátoch, iii) použitie iného jazyka alebo inej meny, ako sú jazyk alebo mena, ktoré sú obvykle používané v členskom štáte, v ktorom má podnikateľ sídlo s možnosťou vykonať rezerváciu a potvrdiť ju v tomto inom jazyku, iv) uvedenie telefonického spojenia s medzinárodnou predvoľbou, v) vynaloženie nákladov na službu sponzorovaných odkazov na internete s cieľom uľahčiť

spotrebiteľom s bydliskom v iných členských štátoch prístup na stránku podnikateľa alebo jeho sprostredkovateľa, vi) použitie iného mena domény prvého rádu, ako je doména členského štátu, v ktorom má podnikateľ sídlo, a vii) uvedenie medzinárodnej klientely zložené zo zákazníkov s bydliskom v iných členských štátoch¹⁵⁵.

4.2 Problematika súdnej právomoci a rozhodného práva v prostredí kyberpriestoru

Ako bolo uvedené už vyššie, internet predstavuje v rámci kyberpriestoru globálnu sieť prepojení hardwarových i softwarových elementov. To so sebou nezriedka prináša pre právnikov množstvo nevyjasnených teoreticko-právnych otázok. Jednou z týchto základných kategórií je práva problematika jurisdikcie a pôsobnosti práva na internete.

Je nesporné, že existuje obrovské množstvo príkladov, keď si sami praktizujúci právnici pri každodennej aplikácii práva neuvedomujú, ako komplexná táto problematika v skutku je (napr. len jedna z tých najzákladnejších – kde vlastne končia hranice uplatnenia práva jedným štátom v podmienkach kyberpriestoru?). Vzniká množstvo vzájomných vzťahov a interakcií, pre ktoré je typická vysoká miera delokalizovanosti a s tým súvisiacaj decentralizovanosti. Bez záujmu nie je ani skutočnosť, že na internete vzniká celkom nová komunita subjektov prepojených vzájomne rôznymi väzbami. Tento nový element je nutné nielen zdefinovať, ale predovšetkým v jeho súvislosti nájsť také formy a mechanizmy, aby mohol právne aprobovaným (rozumej obecné právne aprobovaným) spôsobom fungovať, prípadne sa intra legem rozvíjať. Táto úloha je nesmierne ťažká a mnohokrát komplikovaná práve otázkou relevantnej jurisdikcie.

4.2.1 Právno-teoretické východiská internetovej jurisdikcie

S problematikou internetovej jurisdikcie nesúvisí iba otázka, ktoré právo je rozhodným (napr. pre uzavretie zmluvy, pre plnenie zo zmluvy, pre ukončenie zmluvného vzťahu či pre určenie autoritatívneho orgánu schopného rozhodovať v spore vzniknutom zo zmluvy atď.), ale rovnako zásadnou je i otázka vynútiteľnosti práva. Tá je dôležitá vo fáze, keď došlo k narušeniu riadnemu chodu spoločnosti, pokiaľ je táto jedným z kontrahentov danej kontraktácie (typicky trestný čin spáchaný pomocou internetu alebo priamo na internete). Autoritatívny zásah je tak v tomto smere plne oprávnený a spoločnosťou i žiaduci.

Na druhú stranu však platí prístup indiferentnosti k otázke, kde konkrétne je problém v danom momente lokalizovaný.

Internetová jurisdikcia musí adekvátne reagovať na viaceré problémy jasnými pravidlami. Ich stanovenie však v mnohých prípadoch determinuje práve onen široký rozsah problémov. Z tohto dôvodu bude nasledujúci výklad skôr istým návodom a prehľadom

148 Vid' tamtiež, s. 10.

149 Vid' tamtiež, s. 23.

150 Naopak silne citlivou bude najmä oblasť trestnoprávna. K tomu POLČÁK, tamtiež, s. 60–68.

151 Nařízení evropského parlamentu a rady (ES) č. 593/2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I), nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (Řím II).

152 Nařízení Rady (ES) č. 44/2001, o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (Brusel I.).

153 ESD sa musel tiež vysporiadať s otázkou, či pre to, aby táto činnosť bola za takú považovaná, postačí, aby uvedené stránky mohli byť konzultované na internete. Na ňu podľa očakávania odpovedal záporne.

154 Rozhodnutie ESD zo 7. decembra 2010, sp. zn. C 585/08 a C 144/09.

155 Naopak použitý jazyk alebo mena nepredstavujú podľa ESD podstatné faktory na účely posúdenia, či je činnosť zameraná na jeden alebo viacero členských štátov.

rôznych prístupov ku skúmaniu internetovej jurisdikcie. Vzhľadom ku skutočnosti, že primárne sa tento článok venuje teoreticko-právnym aspektom elektronických kontraktácií, bude nevyhnutné obmedziť sa výhradne pri skúmaní jurisdikcie na jej civilistický rozmer. Jurisdikcii v trestných veciach sa prehľadne venuje napr. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.¹⁵⁶

4.2.2 Problematika hraničných určovateľov v prostredí internetu

Jedným zo základných poznatkov medzinárodného práva súkromného je i skutočnosť, že príslušnosť súdu (jurisdikcia) je kvalitatívne inou skutočnosťou než samotné rozhodné právo¹⁵⁷. Často krát sa teda stáva, a to i na poli elektronických kontraktácií, že napr. súd Belgického kráľovstva aplikuje anglické právo. Pre určenie kritérií na toto zistenie právo ponúka inštitút tzv. hraničného určovateľa¹⁵⁸. Jedná sa o určitú právnú skutočnosť významnú pre daný okruh právnych vzťahov definujúcu merateľné kritériá k tomu, aby v prostredí internetu mohlo dôjsť k založeniu príslušnej jurisdikcie toho-ktorého štátu či k určeniu relevantného hmotného práva aplikovaného na tento okruh právnych vzťahov. Prax posledných niekoľko rokov si vyžiadala nasledujúce hraničné určovatele:

- A)Hraničný určovateľ Lex Patriae
- B)Hraničný určovateľ Lex loci delicti
- C)Hraničný určovateľ Lex loci solutionis

V súvislosti s vyššie uvedeným výčtom je vhodné poznamenať, že tieto hraničné určovatele sú považované za rozhodujúce temer vo všetkých právnych poriadkoch moderných štátov. Nejedná sa teda o špecifickosť platnú iba na území Českej republiky. Dôvodom pre toto konštatovanie je i skutočnosť, že európske štáty považujú v otázkach jurisdikcie unifikovanosť pravidiel za vec zásadného významu. Preto tento trend vyústil i do prijatia tzv. Nariadenia č. 44/2001 Brusel I.¹⁵⁹ Pre doplnenie ešte treba uviesť, že problematické momenty spojené s praktickou aplikáciou hraničných určovateľov pre podmienky toho-ktorého kontraktu je možné vyriešiť implementáciou (i v elektronickej podobe) prorogačnej doložky v texte kontraktu. Jedná sa o využitie možnosti dobrovoľnej voľby fóra – teda najčastejšie súdu, ktorý bude v budúcnosti oprávnený spor vzniknúť z kontraktu alebo v súvislosti s ním riešiť. Touto problematikou sa na komunitárnej úrovni zaoberá článok 23 Nariadenia Brusel I.¹⁶⁰ V podmienkach Českej republiky

sa potom jedná o § 37 odst. 2 zákona č. 97/1963 o medzinárodném právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů¹⁶¹. Týmto spôsobom je možné, za predpokladu že má prorogačná doložka všetky právne náležitosti a je tak platná, učiniť vôľu zmluvných strán nepochybne čo sa relevantnej jurisdikcie týka. Navyše, ak si kontrahenti želajú vopred rozhodnúť i voľbe práva, akým sa celý kontrakt či jeho časť budú od okamihu uzavretia dohody riadiť, môžu si zvoliť i *lex causae* daného medzi nimi uzatváraného záväzku. I táto voľba je výrazom autonómie vôle kontrahentov a znamená, že strany si v zmluve môžu zjednať prakticky všetko, čo spĺňa obecné teoretické požiadavky na platné predmet záväzku. V danom prípade teda voľba nesmie odporovať zákonu a ani obchádzať dobré mravy. Takto učinená voľba práva je na určení príslušného fóra, ako bolo načrtnuté už vyššie, celkom nezávislá. Strany však v oboch prípadoch musia byť veľmi obozretné a zvážiť prípadné dôsledky ich rozhodnutia (opäť sa teda uplatňuje zásada *vigilantibus iura*). Na tomto mieste je vhodné poznamenať, že ak sa jedná pri uzatváraní elektronického kontraktu obsahujúceho doložku o selekcii fóra (prorogačná doložka) alebo doložku o *lex causae* (voľba práva) o štandardnú zmluvu typu click-through či click-wrap¹⁶², druhý kontrahent často krát nemá možnosť do textu zmluvy možnosť žiadnym spôsobom zasiahnuť. Dalo by sa povedať, že sa tak i v podmienkach internetu jedná o tzv. adhéznú zmluvu, kde sú šance na priamy textový zásah do znenia príslušného kontraktu prakticky minimálne. Nižšie budú objasnené niektoré základné momenty jednotlivých v prostredí elektronických kontraktov typických hraničných určovateľov.

Ad A) Hraničný určovateľ Lex Patriae

V tomto prípade je príslušným pre rozhodovanie prípadného sporu štát, v ktorom má daný subjekt občianstvo – ak sa jedná o osoby fyzické či v ktorom je regis-

ktorých jeden alebo viacerí majú bydlisko v členskom štáte, dohodli, že súd alebo súdy členského štátu majú právomoc na riešenie sporov, ktoré vznikli alebo môžu vzniknúť v súvislosti s konkrétnym právnym vzťahom, potom má právomoc tento súd alebo tieto súdy. Táto právomoc súdu je výlučná, ak sa účastníci nedohodli inak. Takáto dohoda o voľbe právomoci musí byť buď: a) písomná alebo písomne potvrdená, alebo b) vo forme, ktorá je v súlade s praxou, ktorú medzi sebou zaviedli účastníci zmluvy, alebo c) v medzinárodnom obchode vo forme, ktorá je v súlade so zvyklosťami, ktoré sú alebo majú byť účastníkom zmluvy známe, a ktorá je v takomto obchode dobre známa a pravidelne dodržiavaná účastníkmi, ktorí uzatvorili zmluvu typickú pre daný obchodný vzťah. 2. Komunikácia elektronickou cestou, ktorá poskytuje trvalý záznam o dohode, sa považuje za „písomnú“. 3. Ak takúto dohodu uzatvorila účastníci, z ktorých žiadny nemá bydlisko v členskom štáte, súdy ostatných členských štátov nemajú právomoc na riešenie ich sporov okrem prípadu, že zvolený súd alebo zvolené súdy odmietli svoju právomoc vykonávať. 4. Súd alebo súdy členského štátu, ktorých právomoc bola zvolená listinou zriaďujúcou porúčnický fond („trust“), majú výlučnú právomoc v sporoch proti zriaďovateľovi, správcovi alebo oprávnenému, ak ide o vzťahy medzi týmito osobami alebo o ich práva či povinnosti vyplývajúce z porúčnického fondu. 5. Dohody alebo ustanovenia listiny zriaďujúcej porúčnický fond o voľbe právomoci sú právne neúčinné, ak sú v rozpore s článkami 13, 17 alebo 21 alebo ak súdy, ktorých právomoc sa má nimi vylúčiť, majú výlučnú právomoc podľa článku 22.

161 Pre názornosť je vhodné uviesť následovné presné znenie českého ZMPSaP: „Právomoc československých soudů v majetkových sporech může být založena také písemnou úmluvou stran. Věcnou příslušnost československých soudů nelze však takovou úmluvou měnit.“

162 Problematika zmlúv click-wrap, click-through či browse-wrap patrí do tzv. zvláštnych častí práva elektronických zmlúv.

156 Viď napríklad publikáciu tohto autora POLČÁK, R.: *Právo na internetu – spam a odpovědnost ISP*. Brno: Computer Press, 2007, str. 7 a nasl.

157 K tomu bližšie napr. KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno : Doplněk, 2004. 458 s. ISBN 80-7239-166-6.

158 Pre bližšie vysvetlenie problematiky hraničných určovateľov viď napr. Rozehnalová, Naděžda. *Základy mezinárodního práva soukromého*. In *Základy práva*. prv. Brno : MU Brno, 1992. od s. 210-214, 219 s. učebnice. ISBN 80-210-0462-2.

159 Konkrétne sa jedná o Nariadenie Rady (ES) č. 44/2001 z 22. decembra 2000 o príslušnosti a uznávaní výkonu súdnych rozhodnutí v občianskych a obchodných veciach. Toto nariadenie nemalo jednoduchú vývojovú cestu. Dá sa však poznamenať, že je nasledovníkom tzv. Bruselskej úmluvy.

160 Plný text tohto článku znie nasledovne: 1. Ak sa účastníci zmluvy, z

trovaný – ak sa jedná o osoby právnické. Tento určovateľ teda odkazuje na štát, ktorého je subjekt príslušníkom, resp. kde má svoj domicil (neplatí pri tom, či má daný subjekt i národnosť tohto štátu). Tento hraničný určovateľ nie je absolútny, a preto prednosť pred jeho použitím majú prípady tzv. zvláštnej (výlučnej) príslušnosti (napr. vecné práva k nehnuteľnostiam, práva duševného vlastníctva atď. Pre bližšie informácie je možné odkázať na čl. 5 a nasl. Nariadenia Brusel I.¹⁶³).

Ad B) Hraničný určovateľ Lex loci delicti

Význam tohto hraničného určovateľa je nevyhnutné vidieť v dvoch rovinách. Jednak sa jedná o príslušnosť v mieste, v ktorom došlo k škodnej udalosti a jednak pôjde i o miesto, v ktorom došlo k jednotlivým prejavom tohto poškodenia. Typicky sa tak bude jednať o miesto, kde došlo k porušeniu príslušnej právnej povinnosti najčastejšie zásahom do subjektívneho súkromného práva (napr. vlastnícke právo, v prostredí internetu potom práva vyplývajúce z duševného vlastníctva).

Analyzujúc litigačný rozmer, na základe tohto hraničného určovateľa je možné žalovať podľa starorímskej zásady *actor sequitur forum rei* (žalobca sa riadi súdom žalovaného), rovnako však i na súde v tom mieste, v ktorom (i) došlo k vzniku škodlivého následku, resp. (ii) mohlo dôjsť k vzniku škodlivého následku. Dôležité je na tomto mieste uviesť, že čl. 5 odsek 3 Nariadenia Brusel I. počíta automaticky i s potencialitou vzniku možného škodlivého následku. Takto nastavená konštrukcia môže implikovať, pochopiteľne, množstvo právnych eventualít. Prostredie virtuálneho sveta nie je v tomto smere výnimkou. Existuje preto celý súbor komplikácií predovšetkým so zreteľom na skutočnosť, ako správne určiť v prostredí internetu to miesto, kde škodlivý následok nastal alebo nastať mohol. Je pravdou, že *stricto sensu* by sme skutočne mohli dospieť až k absurdnému záveru (arg. *reductio ad absurdum*), že takýmto miestom môže

byť v konečnom dôsledku ktorýkoľvek svetový štát či ktorékoľvek miesto na zemi. Takýto prístup je nutné z teoreticko-právneho hľadiska odmietnuť. Ako bolo niekoľko krát potvrdené, z hľadiska práva ide o značný neuralgický bod, o vyriešenie ktorého sa snažili viaceré súdne orgány v rôznych štátoch sveta. Prelomovým bol v tomto aspekte chronicky známy spor pána Gutnicka proti spoločnosti Dow Jones. Základom sporu bolo zistenie, že škodlivý následok sa prejaví či môže prejavíť i v štáte odlišnom, v akom je registrované sídlo pôvodcu tohto škodlivého následku, pričom toto miesto sa stáva príslušným žalobným fórom pre podanie žaloby.¹⁶⁴

V súvislosti vyššie uvedeného je vhodné upozorniť rovnako i na nasledovné. Orgány ES sa otázkou jurisdikcie a hraničným určovateľom *lex loci delicti* zaoberali vcelku extenzívne. Prof. Bourgeois v tejto súvislosti pripomína, že historicky bolo na európskej pôde generovaných mnoho viac či menej presvedčivých teórií riešiacich problematiku jurisdikcie. Na tomto základe sa dá uzavrieť, že miestom škodnej udalosti je možné rozumieť i také miesto, v ktorom došlo ku komisívnemu či omisívnemu jednaniu, ktoré navdalo vznik škodnej udalosti. Žalobca sa potom v prípadnom spore, zjednodušene povedané, dostáva do role pomyselného „forum-shoppera“, keď mu je daná možnosť selektovať i viacero súdnych orgánov pre uspokojenie svojich nárokov. Pre jednu vec tak môže pochopiteľne vniknúť viacero konaní na viacerých súdoch. Otázka konkrétnej voľby súdu je na žalobcovi a je plne na jeho ekonomickom a právnom uvážení zhodnotiť výhodnosť každého takéhoto postupu. V tejto súvislosti je však nutné upozorniť, že vyššie uvedený výklad neneguje starorímsku zásadu pretavenú i do dnešného procesného práva – zásadu *litis pendencie*.

Aby však nedochádzalo k masívnemu zneužívaniu vyššie uvedených princípov v právnej praxi niektorých žalobcov, právo informačných a komunikačných technológií prinieslo pre otázky jurisdikcie druhý kľúčový judikát známy pod označením Zippo Mfr. Co. Proti Zippo Dot Com, Inc. meritórne riešiaci spor o právo z ochrannej známky¹⁶⁵. Vďaka tomuto rozsudku je pre otázky jurisdikcie a rozhodného práva možné uviesť takzvanú *Zippo škálu*, pomocou ktorej sa do popredia uvažovania o konkrétnej jurisdikcii dostáva i otázka spôsobu, akým ku škodnej udalosti mohlo dôjsť či došlo. Prípád Zippo bol mnoho ráz citovaný viacerými odborníkmi¹⁶⁶. Všetci sa v tejto súvislosti jednotne zhodujú, že judikát priniesol výhru pre všetkých editorov, autorov článkov, kreatívnych umelcov a ďalších. Tí by totiž pri napísaní článku, publikovaní názoru na pálčivú tému atď. museli vždy automaticky počítať so skutočnosťou, že môžu byť celkom isto žalovaní i v ďalších krajinách (vzhľadom na globálnosť internetu), o jurisdikcii

163 Plný text čl. 5 Nariadenia Brusel I. znie nasledovne: Osobu s bydliskom na území členského štátu možno žalovať v druhom členskom štáte 1. a) v zmluvných veciach na súde podľa miesta zmluvného plnenia, ktoré je predmetom žaloby; b) na účely tohto ustanovenia, ak sa účastníci zmluvy nedohodli inak, je miestom zmluvného plnenia, ktoré je predmetom žaloby: — pri predaji tovaru miesto v členskom štáte, kam sa podľa zmluvy tovar dodal alebo mal dodať, — pri poskytnutí služieb miesto v členskom štáte, kde sa podľa zmluvy služby poskytli alebo mali poskytnúť, c) ak sa neuplatní písmeno b), uplatní sa písmeno a); 2. vo veciach vyživového na súdoch podľa bydliska alebo obvyklého pobytu osoby oprávnenej na vyživné, alebo ak je vec spojená s konaním o právnom stave osoby, na súde, ktorý podľa právneho poriadku svojho štátu má právomoc vo veci konať, ak sa táto právomoc nezakladá výlučne na štátnom občianstve niektorého z účastníkov; 3. vo veciach nárokov na náhradu škody z iného ako zmluvného vzťahu, na súdoch podľa miesta, kde došlo alebo by mohlo dôjsť ku skutočnosti, ktorá zakladá nárok na náhradu škody; 4. vo veciach nárokov na náhradu škody alebo navrátenie do pôvodného stavu v súvislosti s trestným činom, na súde konajúcom v tejto trestnej veci, ak tento súd má podľa vnútroštátneho právneho poriadku právomoc konať v občianskych veciach; 5. vo veciach sporov týkajúcich sa činnosti pobočky, zastúpenia alebo inej organizačnej zložky na súde podľa bydliska pobočky, zastúpenia alebo organizačnej zložky; 6. v postavení zriaďovateľa („settlor“), správcu („trustee“) alebo oprávneného („beneficiary“) z poručníckeho fondu („trust“) vytvoreného zo zákona alebo na základe písomnej listiny alebo vytvoreného ústne a potvrdeného písomne na súdoch členského štátu, v ktorom má bydlisko porúčnický fond; 7. v spore týkajúcom sa zaplata odmeny požadovanej za záchranu nákladu alebo prepravného na súde, z úradnej moci ktorého tento náklad alebo prepravné boli: a) zaistené na účely zabezpečenia takejto platby alebo b) mohli byť takto zaistené, ale bola zložená kaucia alebo iná zábezpeka; pričom toto nariadenie sa uplatní, len ak sa tvrdí, že žalovaný má práva k tomuto nákladu alebo prepravnému alebo takejto práva mal v čase záchranu.

164 Pre viac informácií o tomto prelomovom judikáte (predovšetkým i za účelom pochopenia difamačnej podstaty žaloby pána Gutnicka) je možné odkázať na webovú adresu <http://www.austlii.edu.au/au/cases/vic/VSC/2001/305.html>.

165 Text rozsudku je dostupný napríklad na <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/finer/domain/dncases/zippo.htm>

166 Napríklad práca Prof. O'Brianna: O'BRIANN. *Zippo on the way to change internet?* Dostupné z www.jurisonline.com/articles/zippo_briann_text.php.

ktorých nemajú najmenšie poňatie. Dá sa teda uzavrieť, že v tomto svetle pôsobí judikát prípadu Zippo do istej miery protekcionisticky. Vždy však platí, že je nevyhnutné zvážiť konkrétny vzťah medzi škodnou udalosťou a škodlivým následkom na princípe *ad hoc*. V podmienkach českého právneho systému prichádza aplikácie do úvahy ustanovenie § 87 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, podľa ktorého je vedľa obecného súdu žalovaného v konaní príslušný tiež súd, v ktorého obvode došlo ku skutočnosti zakladajúcej právo na náhradu škody. Pod prizmou vyššie uvedených skutočností je tak nutné rozumieť multifaktorialitu otázok spojených s hraničným určovateľom *lex loci delicti*.

Ad C) Hraničný určovateľ Lex loci solutionis

Tento hraničný určovateľ kvalifikuje príslušnú jurisdikciu určením miesta, v ktorom bol záväzok splnený, resp. v ktorom splnený byť mal. Prakticky sa preto najčastejšie uplatňuje práve pri otázkach súvisiacich so zmluvným právom (jeho obligálny rozmer je najvýznamnejší). Vzhľadom na súčasné technické charakteristiky a hardwarové a softwarové štandardy internetu by sa dalo uviesť, že v prípade riešenia otázky tzv. applicable law (rozhodného práva) nepredstavuje táto skutočnosť zrejme zásadný problém. Vychádzajúc zo skutočnosti, že kontrakt je uzatváraný v prostredí kyberpriestoru, je možné v krátkosti poznamenať, že každý počítač (pracovná stanica), prostredníctvom ktorého sa takýto kontrakt uzatvára, je indexovaný v sieti, má priradenú svoju adresu atď., čím jeho technická dohľadateľnosť nepredstavuje obvykle problém zásadnejšie charakteru. Ťažkosti vo väčšine prípadov nečiní ani samotný kontrakt uzatvorený vo virtuálnom svete v prípade, ak je zjavné z príslušného typu kontraktu, akým právom sa daný vzťah medzi oboma kontrahentmi bude riadiť, resp. ktoré právo je príslušné pre riešenie sporu z tohto kontraktu vzniknutosť, prípadne ktorý súd strany zjednali ako príslušný pre rozhodovanie sporov vzniknutosť z uzatváraného kontraktu alebo v súvislosti s ním.

Ako problémovnejšia sa však javí situácia, ktorú rieši ostatne v čl. 5 odsek 1 písm. b) i Nariadenie Brusel I., keď miesto plnenia podľa na internete uzatvárannej zmluvy je mimo internet. V tomto prípade sa bude miestom plnenia z takto uzatvoreného internetového kontraktu rozumieť to miesto, kam podľa tohto kontraktu skutočne malo byť plnenie dodané, resp. kam toto plnenie (napr. rôzne tovary) dodané i bolo. V tejto rovine by bolo možné s istou dávkou abstrakcie konštatovať, že hraničný určovateľ *lex loci solutionis* predstavuje azda najväčšie interpretačné problémy. Je tomu tak preto, že za už vyššie spomenuté miesto plnenia zmluvy je skutočne dobre možné chápať miesto, v ktorom sa kontrahent v momente uzatvárania kontraktu skutočne nachádza, resp. kde má sídlo. Za toto miesto je rovnako dobre možné považovať i to miesto, odkiaľ má kontrahent oprávnený z daného kontraktu možnosť získať príslušné plnenie (napr. databázové informácie o produktoch atď.) – najčastejšie sa v praxi jedná o server-

rovú infraštruktúru. S ohľadom na vyššie uvedené je tak možné v zásade konštatovať, že tento hraničný určovateľ sa pre prax nejaví ako vhodný a preto by sa *de lege ferenda* mali hľadať iné cesty, ako pristupovať k skúmaniu relevantnej jurisdikcie v podmienkach kyberpriestoru.

4.3 Automatizovaná kontraktácia prostredníctvom automatizovaných agentov

4.3.1 Elektronickí agenti

Jednou z relatívne nových foriem elektronickej kontraktácie je realizácia elektronických obchodov prostredníctvom tzv. elektronických agentov¹⁶⁷. Hoci sa po technickej stránke jedná o softvérové aplikácie, je možné povedať, že ich vlastnosti sú blízke vlastnostiam ľudí ako živých kontrahentov. Ako príklad takýchto vlastností je možné v stručnosti uviesť: inteligenciu, autonómne konanie či dokonca aktívne jednanie. Ich existencia je v zásade výsledkom dlhoročnej práce s cieľom vytvorenia inteligentného systému, ktorý by asistoval ľuďom s bežnými úlohami v právnej praxi, vedel spracovať veľké množstvo rôznorodých dát a vybrať z neho tie dôležité particie, ktorých cieľom je uľahčenie vzájomnej komunikácie. Je rovnako skutočnosťou, že kontraktácia prostredníctvom automatizovaných agentov, t.j., ako bolo uvedené vyššie, špecifických softwarových aplikácií, je v súčasnej dobe ešte na počiatku svojho technologického rozvoja. Do budúcnosti je tak celkom jednoznačne možné očakávať, že s rozvojom vedy a techniky bude úmerne narastať i rozvoj automatických agentov.

Súčasní elektronickí agenti sa používajú ako sprostredkovatelia (z angličtiny tzv. „mediators“), a to najčastejšie v elektronickej obchode, pričom v kyberpriestore sa začínajú objavovať i viacerí elektronickí agenti, ktorí asistujú v rámci jednotlivých fáz nákupného alebo predajného procesu predovšetkým na verejných sieťach, ako je internet.

4.3.2 Charakteristika inteligentných agentov

Na rozdiel od pojmov ako je *záznam*, existuje množstvo definícií pojmu *inteligentný agent*, pričom žiadna z nich nie je považovaná za univerzálnu, či všeobecne akceptovanú. Z uvedeného dôvodu je zložitá nájsť takú definíciu pojmu *inteligentný agent*¹⁶⁸, ktorá by mohla byť chápaná ako jednoznačne správna a dostatočne všeobecná na to, aby mohla byť použitá v čo najširšom možnom kontexte. Je preto príhodnejšie ponechať na tomto mieste snahu o definovanie pojmu *inteligentný*

167 Podľa Russella a Norviga je agentom čokoľvek, čo môže byť vnímané ako niečo, čo si uvedomuje svoje okolie pomocou senzorov a ktoré na toto okolie dokáže následne reagovať. Ľudský agent používa ako sensory oči, uši a ďalšie orgány a na reagovanie má potom ruky, nohy, ústa a ďalšie časti tela. Robotický agent nahrádza tieto sensory kamerami ačiarovými kódmi a na následne reakcie používa rôzne druhy motorov. Softvérový agent má zakódované dátové vlákna ako svoje vnemy a následné reakcie. V podrobnostiach viď RUSSELL Stuart; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A modern approach*. Prentice Hall: New Jersey, 1995. [citované dňa 27.5.2011]. s. 31. Dostupné z: <http://aima.cs.berkeley.edu/>

168 Ani názov elektronický alebo inteligentný agent nie je jednotný. Mimo to sa používa napr. ešte: robot, softbot, knowbot, taskbot, autonómny agent, osobný agent, alebo osobný asistent.

agent stranou a zaoberať sa radšej jeho charakteristikou. Dôvodom tohto prístupu je okrem iného i skutočnosť, že inteligentní agenti nenašli doposiaľ ani žiadnu zákonnú (legálnu) definíciu v právnom poriadku Českej republiky.

Za základnú charakteristickú vlastnosť inteligentného agenta, ktorá ho odlišuje od iných elektronických nástrojov, môže byť považovaná jeho autonómia. Jeho procesy a správanie môžu byť založené tak na vlastnostiach, ktoré sú mu dané v rámci vytvárania definovaných činností agenta, ako aj na jeho vlastných získaných skúsenostiach z aposteriórneho jednania vo virtuálnom svete, ktoré získava práve v rámci vykonávania zverenej agendy. Chovanie tohto systému je potom vo výsledku odvodzované od jeho vlastných skúseností, na základe ktorých je inteligentný agent schopný vykonávať svoju činnosť bez priameho zásahu človeka. Inteligentný agent má navyše zároveň kontrolu nie len nad svojím konaním ale i nad svojim vnútorným stavom. Ďalšou základnou vlastnosťou elektronického agenta sú jeho sociálne schopnosti (z angličtiny tzv. *social ability*), čo znamená, že agent je schopný komunikovať s inými agentmi, prípadne ľuďmi ako živými kontrahentmi, prostredníctvom svojho vlastného jazyka a príslušného komunikačného rozhrania. Predposlednou základnou vlastnosťou agenta je jeho reaktivita, resp. schopnosť reagovať, tzv. *reactivity*, na určité prvky virtuálneho sveta. Agent tak vníma svoje okolie a odpovedá a adaptuje sa na zmeny, ktoré v ňom nastali. Okolím pritom môže byť skutočný svet, užívateľ prostredníctvom grafického rozhrania, skupina ďalších agentov, internet, alebo kombinácia vyššie uvedených. Poslednou základnou vlastnosťou agenta je jeho vlastná aktivita. Inteligentný agent je schopný iniciatívne zahájiť jednanie za účelom dosiahnutia cieľa, pričom táto vlastnosť sa stáva v poslednom období elektronickým agentom imanentná.

Pre niekoho môže mať ale agent ešte viac špeciálny význam, než sú jeho definíčné vlastnosti uvedené vyššie.¹⁶⁹ Agenti totiž môžu mať aj ďalšie vlastnosti okrem tých, ktoré boli uvedené vyššie. Jedná sa o vlastnosti ako napríklad:

- mobilita – teda schopnosť agenta pohybovať sa po elektronickom svete;
- vierohodnosť – predpoklad, že agent vedome neposkytne nepravdivé informácie;
- bezkonfliktnosť – predpoklad, že agent nemá konflikt záujmov ani iný sporný segment pôsobenia s iným agentom či iným kontrahentom;
- rozumnosť – predpoklad, že agent bude konať za účelom dosiahnutia svojich preddefinovaných cieľov a že naopak nebude konať tak, aby tieto ciele nedosiahol.

4.3.3 Úloha agentov ako sprostredkovateľov

Podľa CBB modelu¹⁷⁰ existuje 6 základných etáp v rámci obecného nákupného procesu odohrávajúcim sa v kyberpriestore, a to konkrétne: 1. potreba identifikácie, 2. tzv. z angličtiny *„product brokering“*, 3. tzv. z angličtiny *„merchant brokering“*, 4. vyjednávanie, 5. nákup a dodávka, 6. servis a ohodnotenie. Kedykoľvek má kupujúci kontrahent záujem uspokojiť svoju nákupnú potrebu, resp. získať príslušný statok, môže si vybrať z množstva alternatív nie len čo sa týka ním požadovaných charakteristík produktu, ale i čo sa týka potenciálnych dodávateľov daného statku. Po tom, čo si kupujúci vyberie produkt a jeho dodávateľa, nasleduje fáza vyjednávania o podmienkach, po ktorej nasleduje fáza nákupu a doručenia. Poslednou fázou je prípadný servis daného produktu a vyhodnotenie spokojnosti s prebehnutým nákupom a uskutočneným rozhodnutím. Elektronickí agenti súčasnosti môžu asistovať a asistujú v jednej alebo viacerých fázach vyššie ilustrovaného nákupného procesu, je ale obvyklé, že v niektorej z vyššie uvedených fáz nákupného procesu je ešte stále vyžadovaný zásah človeka či už na uskutočnenie definitívneho výberu produktu, alebo predajcu.

Na základe doterajšieho vývoja a posúdenia momentálnej situácie je ale možné predstaviť si zrejme takú budúcnosť virtuálneho sveta, v ktorej inteligentní agenti budú schopní sami iniciovať a realizovať obchody bez zásahu človeka. Jednalo by sa o také obchody, ktoré by potom neboli realizované len prostredníctvom strojov, ale priamo strojmi, bez zásahu alebo dozoru človeka. Takéto obchody však majú nie len svoje technické úskalía. V ďalšej časti tejto subkapitoly bude podrobnejšie preskúmaná otázka právnych aspektov spojených s elektronickými kontraktmi realizovanými inteligentnými agentmi.

4.3.4 Elektronickí agenti v rámci procesu formovania kontraktu

Tak, ako sa vyvíjajú počítače samotné, resp. ICT technológie obecné, vyvíja sa postupne i ich úloha v rovine pasívnych nástrojov, k aktívnym účastníkom obchodného procesu. V súvislosti s tým sa prirodzene vynára otázka či obchod, ktorý bol založený a riadený (z angličtiny *„generated and conducted“*) inteligentným agentom bez akéhokoľvek zásahu človeka, je právne záväzným právnym úkonom a pokiaľ áno, voči komu tak je (voči ktorému konkrétnemu subjektu). Oba veľké právne systémy, teda Common Law ako i kontinentálne právo, považujú za podstatné náležitosti platnosti kontraktu dve základné zložky, a to spôsobilosť a prejav vôle (v anglickej doktríne potom tzv. *„capacity“* a *„consent“*). Pre to, aby bol daný kontrakt platný a právne záväzný, musí byť učinенý medzi stranami, ktoré majú k tomu spôsobilosť stanovenú právnym poriadkom. Tieto strany (po splnení ostatných zákonom vyžadovaných náležitostí) sú potom

169 Viď napr. WOOLDRIDGE, Michael; JENNINGS, Nicholas R. 'Intelligent Agents: Theory and Practice', *Knowledge Engineering Review*. Vol. 10. Č. 2, Jún 1995, Cambridge University Press: 1995. [citované dňa 30.5.2011]. Dostupné z: <http://www.csc.liv.ac.uk/~mjw/pubs/ker95/ker95-html.html>

170 Consumer Buying Behavior model, ktorý je popísaný v MAES, Pattie; GUTTMAN, Robert H.; MOUKAS, Alexandros G. 'Agents that Buy and Sell: Transforming Commerce as we Know IT', *Communications of the ACM*, Marec 1999, Vol. 42, Č. 3. [citované dňa 27.5.2011]. s. 81-91. Dostupné z: <http://dl.acm.org/citation.cfm?id=295716>

viazané daným kontraktom, pretože súhlasili s tým, že ním budú viazané; inak povedané, strany, ktoré mali k prejavu vôle spôsobilosť (v zmysle angloamerického pojmu „capacity“), prejavili súhlasný prejav vôle.

Aj keď prakticky na každodennej báze je temer každý subjekt právnych vzťahov svedkom vzniku kontraktov uzatváraných osobami k tomu nespôsobilými, v súlade s platným právnym poriadkom môže kontrakty uzatvárať iba taká osoba, ktorá je právne spôsobilá k právnym úkonom. Spôsobilosť kontrahenta mať práva a brať na seba povinnosti je jednou z podmienok právnej záväznosti každého kontraktu. Toto tvrdenie mimo iné znamená, že tak môžu urobiť len ľudské bytosti, resp. fyzické osoby alebo právnické osoby definované zákonom. Z uvedeného pohľadu, berúc do úvahy fakt, že zatiaľ žiadny v tomto článku posudzovaný právny systém počítačom, stojom ani inteligentným agentom vyššie popísanú spôsobilosť nemá, sa otázka právnej záväznosti elektronických zmlúv môže javiť ako jednoznačne zodpovedateľná. Skutočnosť je však opačná.

Príkladom tohto celkom opačného pohľadu je napríklad náhľad Mazeauda¹⁷¹, ktorý uvádza, že nedostatok spôsobilosti k právam a povinnostiam, teda tzv. „*absence of personality*“, neznamená automaticky nespôsobilosť kontrahenta. Nespôsobilosť je naviazaná na osobu, a preto predpokladá tzv. „*personality*“. Skupiny alebo jednotlivci, ktoré legislatíva nerozoznáva, alebo ktorým túto „*personality*“ odobrala, nemajú právny život a nie sú preto osobami v zmysle práva. Medzi takéto osoby patria aj inteligentní agenti. Inteligentný agent nemá z hľadiska práva žiadne definované právne postavenie. Vyvstáva tak otázka ako môže existovať koncept kontraktualnej záväznosti kontraktov zjednaných bez zásahu ľudí, len prostredníctvom agentov a vynárajú sa tak i mnohé ďalšie koncepty súvisiace s touto problematikou.

4.3.5 Právna subjektivita „Legal personality“ inteligentných agentov

Jedným z najčastejšie uvádzaných riešení vyššie uvedenej otázky je obecné priznanie právnej subjektivity elektronickým agentom, a následného odvodenia k tomu príslušných zodpovednostných vzťahov. Priznanie právneho postavenia osoby inteligentným agentom je odôvodňované v zásade 3 krucialnými dôvodmi: (i) morálnym právom, (ii) sociálnou spôsobilosťou, (iii) právnymi zvykmi (angl. tzv. „*legal convenience*“).

Podľa niektorých názorových prúdov je subjekt, ktorý vníma alebo má vedomie, morálne oprávnený k tomu, aby s ním bolo zachádzané ako s osobou (právny subjektom) v zmysle práva. Uvedený koncept ale otázku inteligentných agentov nerieši, pretože nie je jednoznačné, či môžu mať alebo získať vlastné vedomie. Napriek tomu, že majú agenti prívlastky, že jednajú autonómne a že sú inteligentní¹⁷², ešte stále sme nie

blízko stavu, keď bude možno tvrdiť, že inteligentní agenti majú svoje vlastné vedomie. Argument na priznanie štatútu osoby v zmysle práva na základe sociálnej reality je založený predovšetkým na fakte, že na mnoho umelo vykonštruovaných osôb je nahliadané ako na osoby v akomsi extra-právnom ponímaní. Posledný argument je analógiou k priznaniu právnej subjektivity právnickým osobám. Prípadné priznanie právnej subjektivity pre agentov však otvára množstvo nadväzujúcich právnych otázok.

Ďalším problémom, ktorý by potom vyvstal by bola samotná identifikácia elektronických agentov. Jedná sa i o hardware alebo striktne iba software? Čo ak sa tento hardware alebo software nachádza na niekoľkých rôznych miestach a je udržiavaný a spravovaný rôznymi osobami? Tak, ako je to u obchodných spoločností, musel by i tu pravdepodobne vzniknúť nejaký register, kde by osoba, ktorá by chcela používať agenta v elektronickej kontraktácii, tohto zaregistrovala a zapísala seba ako subjekt za týmto agentom stojací.

4.3.6 Inteligentní agenti len ako komunikačný nástroj

V súčasne dobe je zrejme možné vysledovať i koncepcie, ktoré obhajujú právnu fikciu, že čokoľvek realizované elektronickými agentmi pochádza priamo od fyzickej alebo právnickej osoby, ktorá ich kontroluje. Elektronický agent je týmito koncepciami stavaný prakticky na rovnakú rovinu ako fax alebo telefón. V tomto prípade by bolo možné tvrdiť, že elektronický agent automaticky uzavrel kontrakt na účet osoby v ktorej záujme jednal. Tento pohľad však prináša riziko napríklad neočakávaného záväzku osoby, ktorá programuje, kontroluje alebo inak používa elektronického agenta. Je otázkou, do akej miery je možné zrovnávať napríklad elektronických agentov a ľudských „agentov“, vykonávajúcich svoje poslanie napr. na základe mandátnej zmluvy. Podľa doktríny common Law musí agent akceptovať svoj mandát a za týmto účelom tu musí byť súhlasný prejav vôle oboch strán. Tento koncept je u počítačov z povahy veci nereálny a preto niektoré hlasy navrhujú právnu fikciu takéhoto súhlasu.

V súvislosti s vyššie uvedeným je na mieste podoznieť, že podľa smernice č. 86/653/ES týkajúcej sa obchodného zastúpenia je obchodný agent niekto, kto vykoná príslušné plnenie na účet a meno inej osoby. Takáto úprava je v zásade rovnaká s právnou úpravou českou. Obecná teória v kontinentálnom práve je taká, že vzhľadom k tomu, že agent nejedná svojím menom a na svoj účet, nemusí mať osobne spôsobilosť na uzavretie kontraktu, a teda i nespôsobilá osoba môže byť agentom. Podľa Chitta¹⁷³ je podobný i systém v common law, keď hovorí, že agent nemusí mať plnú spôsobilosť uzavrieť kontrakt, stačí keď rozumie tomu, čo robí. Americká právna doktrína v súvislosti s elektronickými agentmi pertraktuje i niekoľko ďalších princípov, ktoré môžu byť relevantné u elektronických kontraktov realizovaných

171 Pierre Mezzeaud je významný francúzsky právnik a politik, prezident Ústavnej rady Francúzska.

172 I napriek tomu, že môžeme povedať, že počítače vedia hrať šach samostatne a poraziť svetových šampiónov, zostáva nesporným, že nie je možné jednoznačne prehlásiť, že počítače majú schopnosť sociálnej interakcie.

173 Zrov. napr. teoretické práce CHITTY, Joseph: *Treatise on Commercial Law*. London, 1818.

prostredníctvom elektronických agentov. Jedná sa predovšetkým o:

- a. princíp „*the notion of apparent authority*“ – osoba dáva agentovi dobrovoľne určité oprávnenia, ktoré môže na základe svojej vôle zmeniť a agent pôsobí podľa jej príkazov.
- b. princíp „*the doctrine of ratification*“ – pokiaľ tretej strane kontrahujúcej s elektronickým agentom nie je známe, že za agentom je jeho administrátor (zadávatel'), potom by táto neautorizovaná transakcia elektronického agenta nemala byť zadávateľom ratifikovaná (dodatočne schválená). Schválenie je možné iba pokiaľ tretej strane bola jeho existencia známa v dobe vykonania daného úkonu.
- c. princíp „*the theory of undisclosed principal*“ – pokiaľ je zadávajúca osoba neverejná, tak existuje akési právne vákuum, pretože nemôže táto zadávajúca osoba schváliť úkon agenta. Kontrakt je tak medzi agentom a treťou stranou.

Uvedené prístupy prinášajú veľké množstvo nielen právnych problémov, z ktorých za najvýznamnejšie je možné považovať:

- a. „*excess of authority*“ – tzn. neexistuje v súčasnosti jasná predstava o tom, čo sa stane ak budú elektronickí agenti konať nad rámec oprávnení, ktoré dostali za účelom dosiahnutia stanoveného cieľa;
- b. „*delegation*“ – tzn. neexistuje návod, ako riešiť situácie, ak elektronický agent prenesie z vlastnej iniciatívy nejakú časť agendy, ktorú vykonáva, na ďalšieho elektronického agenta, tzv. subagenta a tento potom uzavrie kontrakt, tzn. právny úkon v pôvodnom zadaní nepredpokladaný.
- c. „*ratification*“ – tzv. schvaľovací proces – tento sa neuplatní, pokiaľ tretia strana nevie o existencii toho, kto dal príkaz elektronickému agentovi. Keďže elektronický agent nemá právny subjektívitu, nie je zjavné, ako by sa v takom prípade postupovalo.

Právna úprava problematiky elektronických agentov, ako bolo naznačené už vyššie, prakticky v explicitnom právnom ponímaní neexistuje. Najďalej sa v tomto smere dostala americká právna doktrína, v ktorej sa právna úprava elektronických agentov dá vysledovať vo viacerých právnych predpisoch¹⁷⁴. Príslušné právne normy tak predovšetkým berú v úvahu, že agent nie je človek. Nie je to živý kontrahent. Z uvedeného dôvodu sú z jednania inteligentných agentov zviazané priamo strany, ktoré týchto elektronických agentov používajú.

4.3.7 Inteligentní agenti *de lege ferenda*

V návaznosti na vyššie popísanú problematiku inteligentných agentov, ich spôsobilosti jednať a prejavovať navonok vôľu a taktiež na vyššie uvedené teórie ponúkajúce riešenia tejto otázky, sa vynárajú problémy a otázky, ktoré je potreba predostrieť a postupne aj zodpovedať. Jednou z takýchto otázok je práve otázka postupu

v prípade zlyhania inteligentného agenta. Čo sa vlastne stane a ako sa bude postupovať v prípade keď jedna strana bude tvrdiť, že inteligentný agent zlyhal, resp. spravil nejakú chybu? Komu bude možné takúto chybu pripísať a kto za ňu bude niesť zodpovednosť? Bude to chyba programátora alebo používateľa?

Jedným z riešení navrhovaných pre účely vyriešenia tejto otázky je prípadné vytvorenie bezpečnostnej klasifikácie a certifikácie inteligentných agentov podľa danej úrovne bezpečnostných štandardov konkrétneho agenta. Na jednotlivých inteligentných agentov by boli kladené špecifické požiadavky a očakávania, tzn. v takej úrovni bezpečnostných štandardov, v akej by bolo možné zaistiť riadny a nerušený kontraktálny proces. Na strane druhej je nutné podotknúť, že takéto riešenie by celkom iste predpokladalo minimálne vytvorenie certifikačnej authority, ktorá by inteligentných agentov hodnotila, ďalej vytvorenie príslušných registrov a ďalších špecifických metodík, aby všetky procesy a s tým súvisiace synergické efekty prebiehali podľa očakávania.

5. Základný právny rámec elektronickej kontraktácie

Historický rámec obligáčného práva obecné bol podrobnejšie rozobrať v predchádzajúcich subkapitolách tohto článku. Na tomto mieste je potreba predmetnú problematiku rozšíriť o východzí právny rámec, v ktorom sa dnes elektronické kontraktácie fakticky profilujú a na podklade ktorého je ich možné právne skúmať podľa súčasnej právnej vedy. Pre zjednodušenie, majú v pamäti určité formálno-právne nepresnosti, bude na príslušné predpisy odkazované v zásade ako na právne normatívne akty. Na tieto právne normatívne akty bude potom v ďalšom rozbere nazerané ako na výsledok tvorby práva vzhľadom na jednotlivé „stupne“ ich historického vývoja (vzniku). Obzvlášť sa v tejto súvislosti v jednotlivých podkapitolách bude nutné vysporiadať s prehľadom právnych predpisov, ktoré prakticky mantinelizujú nimi právne arobovanú sféru práva elektronických kontraktácií. Dá sa tiež súhlasiť, že na takto ponímané právne normatívne akty je možné nazeráť aj z uhla právnej filozofie, lepšie povedané právnej teleológie, kde sú tieto nesmierne nápomocné práve svojím textovým znením pre rozhodovanie právotvorcu o ich prípadnej budúcej podobe, resp. možných zmenách. Vzhľadom na to, že takýto smer uvažovania implikuje mnohé ďalšie právne-filozofické momenty, bude nutné obmedziť sa predovšetkým na prehľad relevantných právnych predpisov (pochopteľne za predpokladu systematickej a konzistentnej rezervácie priestoru pre aktuálne prijaté, schválené a pre Českú republiku účinné predpisy *de lege ferenda*).

Pre úplnosť je na mieste potvrdiť už vyššie zmienené úvahy, že právna úprava elektronických kontraktácií vychádza prakticky z rovnakého pojmového, materiálneho, spoločenského a právneho základu, rovnakých princípov a právnych zásad¹⁷⁵ a rovnakých inštitútov

¹⁷⁴ Jedná sa predovšetkým o *U.S. Uniform Electronic Transactions Act* či *Uniform Computer Information Transaction Act*.

¹⁷⁵ Obecné platných a uznávaných princípov súkromného práva by bolo možné uviesť relatívne veľký počet. Rovnako platí, že podrobenie týchto prin-

súkromného práva, na ktorých obecne spočíva i (obligačné) záväzkové právo ako také.

5.1 Relevantná právotvorba v prostredí Českej republiky

Legislatívny rámec týkajúci sa elektronických kontraktácií je vymedzený v českom právnom systéme v súkromnoprávných kódexoch, a to v *občianskom zákonníku* (ďalej len ObčZ)¹⁷⁶ a *obchodnom zákonníku* (ďalej len ObchZ)¹⁷⁷. Legislatívnu bázu v tomto smere však tvoria i ďalšie relevantné právne predpisy. Jedná sa tak o *autorský zákon* (ďalej len AutZ)¹⁷⁸ a pre prípad trestnej zodpovednosti (čo je spravidla prípad skôr výnimočný) *trestný zákoník* (ďalej len TrZ)¹⁷⁹ a predpis procesnej povahy *trestný poriadok* (ďalej len TrP)¹⁸⁰. Legislatívna báza vzťahujúca sa k elektronickým kontraktáciám je omnoho širšia, čo bude demonštrované i ďalej v prípade ďalších rozoberaných okruhov.

Vzhľadom na charakter a povahu elektronických kontraktácií a jednotlivých súvisiacich otázok budú, z povahy veci, najčastejšie konzultované právne predpisy súkromnoprávnej povahy, pre samotné technikálie kontraktáčného procesu použijúc potom predovšetkým ustanovenia ObčZ. Ten, ako bolo naznačené na začiatku tejto kapitoly, je kľúčovým predpisom i pre zjednávanie zmlúv obecne. *De lege ferenda* sa naďalej uvažuje o posilnení jeho úlohy v tomto vývojom smere, a to prostredníctvom pripravovanej rekodifikácie¹⁸¹ súkromného práva v Českej republike.

Na tomto mieste sa problematika elektronických kontraktov dynamicky etabluje i do ďalšej polohy, ktorú predstavujú tzv. spotrebiteľské zmluvy. Tomuto typu zmlúv sa však v ďalšom pre ich špecifické posta-

venie (problematika spotrebiteľských zmlúv by sa dala v tomto svetle modelovo subsumovať skôr pod otázku jednotlivých konkrétnych druhov obchodov) tento článok venovať nebude.

Nie je možné opomenúť, že pre kontraktáciu ujednanú za použitia elektronických prostriedkov je často aplikovaný i ďalší kľúčový predpis, ktorým je *zákon o elektronickom podpise*¹⁸². Vzhľadom na to, že otázka podpisu ako prvku perfektosti kontraktu je pre právno-teoretické východiská problematiky elektronických zmlúv zásadného významu, je tejto matérii v intenciách vybraných otázok elektronického podpisu venovaná zvláštna časť tohto článku.

Z pochopiteľných dôvodov vyššie predstavený náhľad do relevantnej legislatívy nie je týmto konečný. Vzhľadom na dynamickosť vývoja mnohých spoločenských procesov (predovšetkým v oblasti informačných a komunikačných technológií) *ratione legis* byť v skutku ani nemôže. Z tohto dôvodu a pre prehľadnosť je ilustratívne uviesť ešte tri relevantné právne predpisy, ktorými sú zákon číslo 480/2004 Sb. o *některých službách informační společnosti*, druhým je notoricky známy zákon číslo 127/2005 Sb. o *elektronických komunikacích* a v neposlednej rade tiež zákon č. 300/2008 Sb., o *elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů*, ktorý bude podrobnejšie rozobrať ďalej v tomto článku. Špecifické a do istej miery i osobité miesto v tomto stručnom náčrte náleží i *zákonu o ochraně hospodářské soutěže*¹⁸³. Aplikácia tohto zákona prichádza logicky do úvahy až vo fáze postkontraktualnej. Vtedy na základe už vzniknutého kontraktu by mohlo dôjsť k obmedzeniu či narušeniu hospodárskej súťaže zákonom predpokladateľným spôsobom. Vzhľadom na to, že sa jedná svojím rozsahom temer o samostatné „právne odvetvie“, analýza tejto problematiky by mala vo väčšom rozsahu prislúchať hlbšiemu zamysleniu obzvlášť v rovine obchodno-právnej.

Z teoreticko-právneho hľadiska stojí možno za zmienku, že všetky vyššie uvedené právne normatívne akty by mali byť plne v súlade s normotvorbou európskych spoločenstiev. Sú harmonizované a niektoré z ich ustanovení boli transponované do právneho poriadku Českej republiky na základe smerníc európskych spoločenstiev, pretože upravujú materiu vykazujúcu cezhraničný (minimálne európsky) rozmer. Dá sa teda zhrnúť, že české právne prostredie s ohľadom na vyššie uvedené je v zmysle platnej legislatívy relatívne konzistentné.

5.1.1 Elektronické kontrakty v svetle občianskeho a obchodného práva

Ako vyplynulo už i z vyššie uvedených častí tohto článku, kľúčovými právnymi predpismi pre reguláciu kontraktácie ako v tzv. kyberpriestore tak i pre klasický spôsob zjednávania zmlúv sú občiansky zákonník a obchodný

cípov právnemu výskumu by bezosporu niekoľkonásobne presiahlo stanovený rozsah tohto článku. Preto je možné iba v krátkosti pripomenúť vybrané právne princípy, ako napr. princíp legality, zákonnosti, spravodlivosti či ochrany dobrých mravov, alebo tiež početné starorímske zásady – príkladne teda *pacta sunt servanda*, *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet* alebo *lex posterior derogat legi priori* atď. Uznávaný právny teoretik Viktor Knapp potom vo svojej publikácii *Velké právní systémy* okrem iného uvádza, že jednou zo základných axióm súkromného práva je i starorímska zásada *Neminem Laedere*. Tá sa de facto pretavila do právneho poriadku dikciou ustanovenia § 415 v súčasnosti platného občianskeho zákonníka. Prof. PrF MUNI Jan Hurdík zasa za jeden z najzákladnejších princípov v svetle práve uvedeného považuje tzv. autonómiu vôle. Tá, dá sa schematicky uviesť, bola pretavená do ústavného princípu definovaného zásadou, že *všetko je dovolené, pokiaľ to nie je výslovne zakázané*. Pre lepšiu a komplexnejšiu orientáciu v súvisiacich otázkach je možné v ďalšom odkázať na početné právno-filozofické publikácie.

176 Presne sa vráťane tzv. promulgačného listu jedná o zákon č. 40/1964, Občiansky zákonník, ve znění pozdějších předpisů

177 Presne sa vráťane tzv. promulgačného listu jedná o zákon č. 513/1991, Obchodní zákonník, ve znění pozdějších předpisů

178 Presne sa vráťane tzv. promulgačného listu jedná o zákon č. 121/2000, o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon)

179 Presne sa vráťane tzv. promulgačného listu jedná o zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

180 Presne sa vráťane tzv. promulgačného listu jedná o zákon č. 141/1961, o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů.

181 Práve uvedené si kladie za cieľ, aby normy súkromného práva boli obsiahnuté najmä v základnom súkromno-právnom predpise, teda v ObčZ (podobne ako tomu je vo väčšine krajín európskych spoločenstiev, napríklad i v Belgicku (pre bližšie informácie viď fundamentálny predpis súkromného práva Belgického kráľovstva - Burgerlijk Wetboek).

182 Presne sa vráťane tzv. promulgačného listu jedná o zákon č. 227/2000, o elektronickém podpisu a o změně některých dalších zákonů (zákon o elektronickém podpisu), ve znění pozdějších předpisů.

183 Presne sa vráťane tzv. promulgačného listu jedná o zákon č. 143/2001, o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů.

zákoník. Na tomto mieste bude vhodné uviesť iba niekoľko zásadnejších rozdielov vo vzťahu k aplikácii týchto kódexov pre skúmanú problematiku elektronických kontraktov, pričom vybrané charakteristiky týchto zmlúv budú v stručnosti objasnené primárne s akcentom na objektívnu povahu jednotlivých účastníkov týchto vzťahov.

So zrejším nadhľadom by sa dalo súdiť, že oba súkromnoprávne kódexy v Českej republike ponúkajú úpravu do istej miery podobnej matérie, miestami však konkurenčne. Občiansky zákoník sa tak použije v prípade, že vyvstane potreba regulovať majetkové vzťahy medzi fyzickými osobami navzájom (ďalej tiež ako „FO“), alebo vzťahy medzi FO a právnickými osobami (ďalej tiež ako „PO“). V konečnom dôsledku sú to i vzťahy na úrovni FO – štát. Pre sféru jednotlivých tu analyzovaných obligáčných charakteristík bude najpravdepodobnejšie užitie vzťahov v rovine FO – PO. Dôvodom pre túto skutočnosť je fakt, že najčastejšie v prostredí Českej republiky¹⁸⁴ dochádza k uzatváraniu synalagmatických elektronických zmlúv pri realizovaní obchodov v rovine FO na strane jednej a elektronickými obchodmi na strane druhej. Na druhú stranu je však vhodné upozorniť, že i na takto určené vzťahy sa môžu v určitých prípadoch aplikovať ustanovenia obchodného zákoníku¹⁸⁵ pre príslušný zmluvný typ (najčastejšie sa bude jednať o kúpnu zmluvu)¹⁸⁶. Môže tiež nastať nezriedka situácia, čo je v prípade elektronických kontraktov úkaz nie sporadický, že ObchZ neobsahuje relevantnú právnu úpravu. V takomto prípade sa následne ako subsidiárny predpis aplikuje ObčZ. Prof. Smejkal v tomto smere¹⁸⁷ uvádza, že princíp zmienený vyššie neplatí obrátene. To znamená, že v prípade absencie právnej úpravy v ObčZ sa na takto podanú otázku nebude môcť aplikovať dikcia ustanovení ObchZ. Pre lepšie pochopenie je názorné uviesť ešte jeden príklad: Za predpokladu, že zmluvní partneri uzatvárajú príslušný kontrakt podľa ustanovení ObchZ, a súčasne sa nechcú dostať do problematickej situácie, že by takýto právny úkon mohol byť postihnutý neplatnosťou, musia urobiť svoj prejav vôle tak, aby tento naplňoval zákonné predpoklady pre prejav vôle, t.j. tie obecné predpoklady, ktoré sú *in concreto* uvedené v ObčZ v § 37¹⁸⁸.

184 Takáto prax, ako uvádza Prof. Bourgeois, je bežná i v Belgicku.

185 Jedno z najdôležitejších ustanovení je v tejto súvislosti vskutku § 262 ObchZ. Ten stanoví, že: 1) Strany si môžu dohodnúť, že ich záväzkový vzťah, ktorý nespadá pod vzťahy uvedené v § 261, sa riadi týmto zákonom. Jestliže taková dohoda smeruje ke zboršeniu právneho postavení účastníka smlouvy, ktorý není podnikatelem, je neplatná. Čo sa týka formy (o ktorej bude v tomto článku na ďalších miestach ešte pojednané), stanoví odsek druhý citovaného paragrafu, že: Dohoda podľa odstavce 1 vyžaduje písomnú formu.

186 Kúpnu zmluvu v tomto ponímaní potom, ako jeden zo zmluvných typov, upravuje ObchZ vo svojom ustanovení § 409 a nasl.

187 Pre hlbšiu analýzu a ďalšie podrobnosti ohľadom tejto problematiky je možné odkázať na publikáciu SMEJKAL, V. a kol. *Právo informačních a telekomunikačních systémů*, 2. aktualizované a rozšířené vydání. Praha : C. H. Beck, 2004, str. 362.

188 V tejto súvislosti sa javí ako najvhodnejšie uviesť samotnú dikciu § 37 ObčZ. Táto v úprave vzťahujúcej sa k právnym úkonom expressis verbis stanoví, že (1) Právni úkon musí být učiněn svobodně a vážně, určitě a srozumitelně; jinak je neplatný. Další náležitosti je možno vyčíst z druhého odseku citovaného paragrafu: (2) Právni úkon, jehož předmětem je plnění nemožné, je neplatný. Technické otázky platnosti rieši potom tretí odsek citovaného paragrafu:

S ohľadom na vyššie uvedené je potrebné zmieniť i ustanovenie § 262 ObchZ, ktoré stanovuje, že kontrahenti si môžu na jeho základe zjednať použitie práve ObchZ (obchodno-právny režim), a to aj napriek tomu, že by sa ich záväzkový vzťah štandardne riadil režimom ObčZ. Z hľadiska právnej teórie a obecných základov obchodného práva pôjde o Prof. Bejčkom¹⁸⁹ definované tzv. fakultatívne obchody. Dôvodom pre tento krok zo strany zmluvných strán je nepochybne viacero (typicky väčšia zmluvná sloboda daného kontraktu, sankčné mechanizmy predpokladané obchodnou právnou úpravou atď.). Opäť je možné zdôrazniť, že použitie ObchZ je jednoznačne plne v súlade (tzv. *intra legem*) s naším právnym poriadkom i rozhodovacou praxou súdnych orgánov.

So zreteľom na vyššie uvedené, takto určený právny vzťah sa dotýka prípadu, keď na jednej strane vystupuje nepodnikateľský subjekt, resp. zjednodušene tzv. „nepodnikateľ“, (takto ho definuje¹⁹⁰ i Prof. Vladimír Smejkal), na strane druhej ako druhý kontrahent akýkoľvek podnikateľský subjekt (viď napr. ustanovenie § 2 odst. 2 ObchZ). V rámci procesu kontraktácie sú štandardne skúmané práva, povinnosti, jednotlivé plnenia či ďalšie ujednania, pričom tieto sa postupne stávajú integrálnou súčasťou príslušného kontraktu, a to, celkom pochopiteľne, podľa vlastného uváženia a obchodných zámerov príslušných kontrahentov (princíp zmluvnej voľnosti). Obmedzujúcim faktorom je v tejto súvislosti povinnosť dodržať kogentné ustanovenia zákona, t.j. tie ustanovenia, ktoré v prípade aplikácie obchodného zákoníku obligatórne stanovuje ustanovenie jeho § 263. Od týchto zákonov definovaných ustanovení sa nie je možné v ďalšom odchyliť ani vzájomným ujednaním kontrahentov. I v súčasnej právnej náuke platí, že akékoľvek kontraktčné ujednanie, aby mohlo byť platné, nesmie navyše odporovať zákonu (byť v rozpore so zákonom – tzn. lat. *contra legem*, resp. ho obchádzať – lat. *praeter legem*) a rovnako musí byť súladné s dobrými mravmi (lat. *secundum bonos mores*).

5.1.2 Vybrané aspekty procesu uzatvárania elektronických zmlúv

V prípade hlbšieho skúmania problematiky elektronických zmlúv by sme sa márne snažili nájsť zákonnú definíciu či legislatívnu skratku pre termín elektronická zmluva. Je preto nutné vychádzať z obecných rysov zakotvených predovšetkým v občianskom zákoníku. Tento prístup, zdá sa, nečiní v súčasnosti zásadné interpretačné nezrovnalosti. Rozbor uvedený nižšie preto ilustruje niektoré zásadné aspekty typické pre teoreticko-právne východiská zjednávaní zmlúv.

(3) Právni úkon není neplatný pro chyby v psaní a počtech, je-li jeho význam nepochybný. K otázkam platnosti či neplatnosti právnych úkonov je vhodné v krátkosti odkázať na ďalšie ustanovenia § 38 a nasl. ObčZ.

189 Prof. Bejček sa problematike kontraktácie (vrátane jej praktickým stránkam i potenciálnym neuralgickým bodom) dlhodobo venuje ako advokát i ako profesor na Právnickej fakulte Masarykovej univerzity.

190 Pre ďalšie vysvetlenie je bravúrne podaný výklad Prof. Smejkalom v jeho hlavnej monografii. Konkrétne v tejto súvislosti viď SMEJKAL, V. a kol. *Právo informačních a telekomunikačních systémů*, 2. aktualizované a rozšířené vydání. Praha : C. H. Beck, 2004, str. 357.

Elektronické zmluvy ako v súčasnosti platný a právom aprobovaný inštitút práva nie sú zďaleka tak nové ako by sa sprvu javilo. Prívlastok skutočnosti posledných rokov by tak s najväčšou pravdepodobnosťou nemohol byť náležitý. Pre podporu tohto tvrdenia je možné poukázať i na konkrétny príklad dnes už v našich podmienkach neexistujúceho telegrafu, ktorý ako jeden z prostriedkov technického charakteru umožnil celkom úspešný prenos informácií. Dalo by sa teda dovodiť, že vzhľadom na viac ako dvestoročnú históriu telegrafu (a následne potom i jeho nasledovníka – telefónu) je možné pravdivo označiť elektronické zmluvy ako fenomén 19. storočia. V súčasnej dobe jak občiansky zákonník, tak jeho pripravovaná rekodifikácia počíta s existenciou elektronických zmlúv a nie je preto nutné obávať sa, že by tento právny inštitút zostával bez právnej regulácie.

V tejto súvislosti je na mieste ešte jedna poznámka, a síce že *pro domo externo* je možné hovoriť o masívnejšom rozvoji vnímania elektronických zmlúv až po tom, čo bol v podmienkach Českej republiky legislatívne prijatý zákon o elektronickom podpise. Je síce pravdou, že dôvodov pre jeho prijatie bolo spočiatku niekoľko, avšak stále platí, že až tento legislatívny počin navdal vznik širších názorových koncepcií o zmluvnom práve obecné a o elektronických kontraktáciách ako takých. Do povedomia a aplikačnej praxe sa tak dostal širšej právnej verejnosti. O elektronickom podpise, jeho právnej úprave a praktickým otázkam z hľadiska teoreticko-právneho a rovnako i z hľadiska práva ICT bude pojednané v ďalšej kapitole tohto článku.

V nasledujúcich podkapitolách tohto článku budú načrtnuté niektoré základné elementy *intra legem* kontraktácie tak, aby boli odpovedajúcim spôsobom objasnené vybrané atribúty procesu zjednávania zmlúv a odstránené niektoré interpretačne problémové momenty.

5.1.3 Uzatváranie kontraktov v štádiu návrhu

Napriek tomu, že by sa možno začlenenie tejto kapitoly do textu článku mohlo zdať redundantné, je vhodné pripomenúť aspoň niektoré zásadné momenty. V tejto súvislosti platí, že sa nie je možné vyhnúť dichotomickému pomenovaniu dvoch centrálnych pojmov právnej teórie, a síce „*návrhu zmluvy*“ a „*výzvy k jednaniu*“. Tieto sú v prípade návrhu na uzatvorenie jednotlivých právne aprobovaných zmlúv najviac skloňovanými a bohužiaľ niekedy chybne vzájomne zamiňanými. V zahraničnej literatúre¹⁹¹ sa máme možnosť bežne stretnúť s anglickým označením „*invitation to bargain*“ alebo v latinčine tiež tzv. „*invitatio ad offerendum*“. Napriek tomu, že je možné predpokladať jasnosť v používaní týchto termínov v bežnej právnickej praxi, nie je bez významu v skratke na tomto mieste iba upozorniť z dôvodu predchádzania interpretačným omylom na nasledovné. Ak by sme pre

lepšie pochopenie problematiku elektronickej kontraktácie nateraz zúžili výhradne na otázku webových elektronických obchodov, prevádzkovanie takéhoto elektronického obchodu prostredníctvom internetu (niekedy sa stretávame i s označením tzv. *virtuálne obchodovanie*¹⁹²) nepredstavuje v skutočnosti *de lege lata* návrh zmluvy. Predstavovať návrh zmluvy, ako bude vysvetlené nižšie, ani nemôže.

Je to práve adresovaný právny úkon, ktorý je immanentnou súčasťou návrhu príslušnej zmluvy. Vysvetlenie, čo podľa zákonodarcu predstavuje právny úkon, je nutné hľadať v samotnom ObčZ, konkrétne potom v jeho § 34 a nasl. Ilustratívne pôsobí v tejto súvislosti nasledujúci príklad: Potom, či jeden z kontrahentov vyplní a následne odošle údaje vpísané do webového formulára na príslušnom serveri virtuálneho obchodu (tzn. druhého kontrahenta) samotný kontrakt platne ešte nevznikol. V tejto počiatočnej fáze sa totiž jednalo výhradne o výzvu k jednaniu (tzv. *invitatio ad offerendum*). Odpoveď na otázku, kedy bola zmluva medzi kontrahentmi uzatvorená, nie je z hľadiska právnej teórie zložitá. K jej uzatvoreniu došlo až následne, a to prostredníctvom potvrdzujúceho e-mailu, ktorý bol objednávacemu kontrahentovi zaslaný. Až jeho platným dorúčením je zmluva platne uzatvorená a naďalej medzi týmito stranami účinná. V tomto konkrétnom prípade je vhodné upozorniť, že časové rozpätie medzi odoslaním príslušných informácií v predpísanom formulári druhého kontrahenta a prijatím konfirmačnej e-mailovej správy o uskutočnenej objednávke nie je právne relevantné. Dá sa preto v súvislosti s práve uvedeným ilustratívnym príkladom zhrnúť, že vyššie popísaným bežným postupom je zjednaný kontrakt uzatvorený až následnou akceptáciou zo strany majiteľa (prevádzkovateľa) daného internetového obchodu.

I keď predmetom tohto článku nie je problematika tzv. e-commerce¹⁹³ (masa práva vrátane technických prostriedkov potrebných pre elektronicke obchodovanie), nie je možné opomenúť krátky komentár k tzv. business-to-business obchodom¹⁹⁴ demonštrujúcim ďalšiu

192 Tzv. *virtuálnym obchodovaním* (či obchodovaním vo virtuálnom prostredí, virtuálnom svete) sa predovšetkým myslí skutočný opak tradičného obchodovania realizovaného prostredníctvom „kamenného obchodu“. Nepochybné je na internete možné nájsť viacero druhov takéhoto obchodovania. Dalo by sa zjednodušene uviesť, že nateraz pôjde o orientáciu predne na vybrané podniky (tzv. B2B – Business to Business model) alebo o orientáciu priamo na tzv. *ultimate consumera* – konečného spotrebiteľa (tzv. B2C – Business to Customer). V tomto druhom zmienenom prípade musí z celkom jasných dôvodov obchodník ponúkajúci svoje služby prostredníctvom internetu splniť niekoľko kritérií, okrem iného je to i jasný a zrozumiteľný model uzatvárania obchodu – typicky prostredníctvom webových formulárov (viď ďalšie časti tohto článku).

193 Používaných definícií výrazu e-commerce je značné množstvo. Náznorou je pre tieto účely i definícia podaná Prof. Smejkalom. Dobré totiž spĺňa svoju funkciu pre odlišenie tzv. e-commerce od termínu e-business. E-commerce (tzv. Elektronicke podnikanie) tak znamená podporu niektorých oblastí podnikania prostriedkami ITS a príslušnými aplikačnými programami. Za súčasného stavu sa tak podľa Prof. Smejkalu jedná o oblasti riadenia vzťahu so zákazníkmi (tzv. CRM), ďalej o riadenie dodávateľských reťazcov (tzv. SCM) a rovnako i o riadenie znalostí (tzv. Knowledge Management). V ďalších úvahách sa potom Prof. Smejkal pridrižiava klasického vysvetleniu pomocou virtuálnych obchodných domov.

194 O *Business to business* obchodoch by bolo možné uviesť, že predstavujú jeden z modelov, ktoré sa bežne v súčasnosti zaužívali pre jednotlivé typy e-commerce. V podstate by sa dalo uviesť, že pôjde o obchod medzi podnikateľ-

191 Relevantných zdrojov existuje k tejto otázke nesporne mnoho. Predmetná otázka je okrem iného podaná veľmi prehľadne v: PACINI, C.; ANDREWS, CH.; HILLISON, W. To agree or not to agree: Legal issues in on line contracting. Illinois: *Business Horizont*, číslo January – February 2002, str. 44

rovinu elektronickej kontraktácie. Zo zreteľom na charakter týchto obchodov sa samozrejme nepohybujeme už na tak protekcionisticky stimulovanej a právnymi zárukami garantovanej pôde, ako tomu je v prípadoch elektronických zmlúv s nepodnikajúcimi subjektmi. V tomto prípade tak nastáva použitie relevantných ustanovení obchodného zákonníka, predovšetkým dikcie ustanovenia § 276¹⁹⁵, prostredníctvom ktorej legislatívca zakotvuje sféru právnych elementov súhrnne označovaných ako verejný návrh zmluvy. Tento je určený jednak vopred neurčenému okruhu osôb a súčasne spĺňa požiadavku na zákonný odkaz dikcie ustanovenia § 269¹⁹⁶. V tomto smere sa tak jedná predovšetkým o nutnosť zjednania aspoň podstatných častí zmluvy (tzv. *essentia negotii*).

K problematike návrhu k uzatvoreniu zmluvy náleží i pojednanie o písomnej forme právneho úkonu. K tomu viď podrobnejšie zvláštnu kapitolu tohto článku.

5.1.4 Uzatváranie kontraktov v štádiu prijatia návrhu

V predchádzajúcej časti bol priestor venovaný stručným východiskám spojeným so samotným návrhom pri uzatváraní zmluvy. V tejto súvislosti je celkom iste logickým pokračovaním, t.j. ďalším logickým štádiom pri kontraktácii, prijatie takéhoto návrhu. Nesporne by bolo možné uviesť mnoho príkladov z praxe, akými metódami k akceptácii návrhu na uzatvorenie zmluvy dochádza alebo dochádzať môže. Keďže z hľadiska teórie práva sa v evolúcii informačných technológií vyvinuli dva základné modely pre akceptáciu návrhu, je na tomto mieste ilustratívne ozrejmiť kľúčové momenty, na základe ktorých je možné objasniť obecné princípy akceptácie návrhu pre uzatvorenie zmlúv.¹⁹⁷ Z dôvodu prehľadnosti je vhodné rozdeliť túto kapitolu na dve časti. Dôvodom pre toto členenie je i skutočnosť, že z hľadiska teoreticko-právneho existuje rozdiel v prijatí návrhu na uzatvorenie zmluvy prostredníctvom formulárov na stránkach (nástenkách) *www*¹⁹⁸ a v prijatí pomocou použitia elektronickej pošty. Platí, že akceptácia návrhu pre uzatvorenie príslušnej zmluvy je rea-

lizovateľná i klasickými prostriedkami, z ktorých najtypickejšie si je možné predstaviť odsúhlasenie návrhu pomocou klasickej pošty.

V prostredí kyberpriestoru (typicky na internete) nie je jednoduché objaviť reprezentatívny prieskum (pozn.: o výskume v tomto smere ani vzhľadom na povahu subjektov a slúšaných vzťahov nie je možné hovoriť), ktorý by mohol potvrdiť či vyvrátiť praktické skúsenosti majiteľov internetových obchodov (tzv. e-obchodníkov), že majoritná časť transakcií uskutočnených v prípade jednoduchých elektronických obchodov sa odohráva predovšetkým za pomoci formulárov umiestnených na webových stránkach predávajúceho e-obchodníka. V tomto prípade tak nie je možné na základe kasuistického výzkumu podať obecné teoreticko-právne zhrnutie takýchto záverov. V každom prípade by sa však dalo konštatovať, že i takmer vo všetkých na internete realizovaných obchodoch, s ktorými sa je možné v dnešnej dobe stretnúť, uplatňuje sa vzájomná kombinácia komunikácie so zákazníkom prostredníctvom webového formulára nasledovaného výmenou potvrdzovacích zdení prostredníctvom elektronickej pošty.

Napriek tomu, že existuje široká varieta možností, ako môže vizuálne príslušný webový formulár vyzeráť, platí, že sa vo väčšine prípadov jedná o súbor graficky usporiadaných znakov, ktorých vizuál je predstavený vo forme členenia webovej nástenky do jednotlivých formulárových polí. Do týchto polí má potom potenciálny kontrahent (typicky kupujúci) možnosť vpísať pomocou počítačového vstupného zariadenia (prakticky pôjde napr. o klávesnicu) svoju prípadnú požiadavku (žiadost') – teda najčastejšie objednávku príslušných tovarov alebo služieb. Takýmto spôsobom „naklikané“ informácie o objednávke (žiadosti) sa vo formulároch objavajú na serveri majiteľa elektronickeho obchodu (jeho prevádzkovateľa) takmer okamžite (či v tak krátkej a časovo zanedbateľnej dobe, že táto skutočnosť je pre účely tohto ponímania nateraz *de minimis*). Nebude interpretačného sporu zrejme v tom, že sa nepochybne¹⁹⁹, na základe zrovnania, tento typ komunikácie veľmi a nie len náhodne podobá tzv. komunikácii „medzi prítomnými“ (rímsko-právna náuka hovorila o úkonoch tzv. *inter vivos*). Technicky vzaté je tak prejav vôle kupujúceho samozrejme odkomunikovaný (t.j. prenesený, doručený či priložený atď.) vzápätí po odoslaní takto predávajúcim vopred pripraveného virtuálneho formulára. Rovnako je možné v tomto smere súhlasiť s názorom, že podmienky tzv. rozumnej doby prijatia návrhu sú z hľadiska právno-teoretického rovnako bez výhrad splnené (v ďalšom je možné odkázať na nasledujúcu kapitolu).

Skrátene je tento druh komunikácie možné označiť za komunikáciu priamu. Táto skutočnosť potom značí, že sa v končenom dôsledku jedná o spôsob *a contrario* ku komunikácii pomocou elektronickej pošty. Vzhľadom na to, že právo je častokrát prosté pôvabnej jednoduchosti, ani v tomto prípade nezostalo tejto myšlienke nič

mi (k vysvetleniu skutočnosti, kto podľa aktuálnej právnej úpravy spadá pod túto definíciu, je možné odkázať na § 2 odst. 2 ObchZ), na ktorý sa podľa súčasného právneho poriadku Českej republiky uplatní ako na záväzkový právny vzťah ustanovenie ObchZ pre príslušný zákonný typ zmluvy. Ako praktický príklad vhodne posluží situácia, keď dôjde napríklad k dodávkam fitoutu od konkrétneho výrobcu do príslušných kancelárií obchodného zástupcu.

195 Tento konkrétne stanoví: (1) *Projev vůle, kterým se návrhovátelem obrací na neurčité osoby za účelem uzavření smlouvy, je veřejným návrhem na uzavření smlouvy (dále jen „veřejný návrh“), jestliže obsah odpovídá § 269.*

196 Odkazom sa ďalej dostaneme k dikcii § 269 ObchZ: 1) *Ustanovení upravující v hlavě II této části zákona jednotlivé typy smluv se používají jen na smlouvy, jejichž obsah dohodnutý stranami zahrnuje podstatné části smlouvy stanovené v základním ustanovení pro každou z těchto smluv.* V tejto súvislosti nie je bez významu ani odsek druhý citovaného paragrafu: (2) *Účastníci mohou uzavřít i takovou smlouvu, která není upravena jako typ smlouvy. Jestliže však účastníci dostatečně neurčí předmět svých závazků, smlouva uzavřena není*

197 K tomu viď bližšie i zaujímavé pojednanie Zangera: ZANGER, L. M. Electronic Contracts: Some of the basics. Dostupné z: http://www.mbc.com/db30/cgi-bin/pubs/LMZ-Electronic_Contracts.pdf.

198 *Nástenky www* nie je termínom novým. Ilustratívne ho v svojej publikácii užíva i Prof. Smejkal: SMEJKAL, V. Internet a §§ 2. aktualizované a rozšírené vydání. Praha: Grada Publishing, 2001, str.13.

199 V konkrétnostiach viď napríklad i VUČKA, J. Elektronické smlouvy – část I.: Obecně o uzavírání smluv elektronickou cestou. Dostupné na serveri IT Právo pod odkazom <http://www.itpravo.cz/index.shtml?x=71656>.

dlžné. Existuje niekoľko výnimiek, ktoré vylučujú konštatovanie, že kontraktovanie medzi prítomnými rovná sa kontraktácii pomocou web formulárov²⁰⁰.

5.1.5 Finálna fáza kontraktácie - uzatvorenie kontraktu

V predchádzajúcich kapitolách boli načrtnuté niektoré dôležité momenty týkajúce sa jednotlivých teoreticko-právnych krokov pre úspešnú kontraktáciu. V tejto súvislosti sa však nie je možné vyhnúť finálnej časti tohto procesu, ktorou je konečné uzatvorenie zmlúv. Táto fáza je bezosporu významná. Sama totiž predznamenáva, že príslušný kontrakt bol uzatvorený.

Stránkový priestor tejto kapitoly nedovoľuje hlbšiu analýzu tejto extenzívnej problematiky. Dôvodom pre túto skutočnosť je i fakt, že väčšina svetových jurisdikcií má v otázke uzatvorenia kontraktu rôzne nastavenú právnú úpravu. Z tohto titulu sa preto javí ako vhodné obmedziť sa na výklad charakteristický výhradne pre podmienky právneho poriadku platného na území Českej republiky bez ďalšej právnej komparácie. Dalo by sa uviesť, že relevantné zázemie opäť poskytuje česká civilistika – a to prostredníctvom občianskeho zákonníku. Jedná sa predovšetkým o dikciu ustanovenia § 44 ObčZ²⁰¹. Toto ustanovenie podáva na otázku, kedy je príslušná zmluva platne podľa práva uzatvorená, jasnú odpoveď. Touto skutočnosťou je podľa súčasnej právnej úpravy okamih nadobudnutia účinnosti návrhu príslušnej zmluvy. V tejto súvislosti je vhodné pripomenúť, že podobne ako väčšina európskych civilistických kódexov i český občiansky zákonník stojí v zásade na princípe dispozitívnosti. Z tohto dôvodu si preto zmluvné strany príslušného kontraktu účinnosť zmluvy definujú priamo v texte zmluvy a nezriedka sa od zákonom predpokladaného modelu odchyľujú. Takýto postup strán je možné v každom prípade odporučiť.²⁰² Rovnako bez významu nie je ani skutočnosť, že je stranám príslušného kon-

traktu vhodné odporučiť použitie bezpečného mechanizmu komunikácie, napríklad pomocou elektronického podpisu. Tento svojou podstatou nie len že znamená fixáciu obsahu zmluvy, ale vyjadruje i jeho nemeniteľnosť z hľadiska dostupných technických prostriedkov. Navyše ešte tento inštitút dokáže presne a nepochybne identifikovať príslušné strany daného kontraktu (v prostredí anonimizovaného kyberpriestoru sa tak táto vlastnosť javí rovnako významnou). Namietat by sa v tomto smere dalo napríklad použitím tradičného spôsobu zjednávania zmlúv medzi neprítomnými, a to pomocou požitia klasickej listovej pošty (v anglickom jazyku sa dokonca zaužíval i výraz „snail mail“ – pomalá (slimačia) pošta). Pochopiteľne, tento spôsob uzatvorenia kontraktu je dobre použiteľný v prípade, ak zmluvné strany počítajú s dlhším časovým úsekom, v ktorom nakoniec dôjde k finálnemu uzatvoreniu zmluvy. Tento spôsob kontraktovania, dá sa povedať, temer úplne vymizol z praxe medzinárodného obchodu a jeho použitie nie je tak časté ani pri obchodných kontraktáciách národných. Len ťažko by možné si predstaviť, že pri predaji akciovej spoločnosti ABC by si kontrahenti dokázali posilať jednotlivé návrhy zmluvnej dokumentácie či iné zdelenia prostredníctvom prevádzkovateľov poštových služieb v krajinách svojho sídla. Prakticky tento postup ani je možné odporučiť. Maximálne je možné v dnešnej dobe vidieť, že po uzatvorení kontraktu sa vybrané zdelenia posielajú napríklad elektronickou poštou a následne sú dopĺňované samotným písomným podaním zaslaným klasicou poštou.

S ohľadom na vyššie uvedené je preto vhodné zopakovať, že k tomu, aby mohlo dôjsť platne a úspešne k uzatvoreniu príslušnej zmluvy na internete, musí dôjsť k naplneniu dvoch základných predpokladov. Prvým je platný návrh zmluvy a druhým skutočnosť, že musí dôjsť k akceptácii (prijatiu) tohto návrhu. Rovnako však platí, že v prípade, že zmluvná strana takzvané mlčí, alebo je akýmkoľvek spôsobom nečinná (inaktívna), neznamená toto jej jednanie súhlas s návrhom medzi ňou a druhým kontrahentom uzatvárajúcej zmluvy (v tomto prípade ani *tacitný* a ani súhlas *per facta concludentia*).

Obecnou poznámkou k finálnemu uzatvoreniu tiež je, že si kontrahenti musia v rámci princípu *vigilantibus iura* (latinská zásada vyjadrujúca, že právo praje bdelym), ako bolo uvedené i vyššie, v praktickom živote dávať značný pozor na nové návrhy daného kontraktu. Častokrát sa totiž v praxi stáva, že si zmluvné strany nevšimnú či inak nepostrehnú zmien účinnejších druhým kontrahentom. Typicky je tento problém bežný pri rozsiahlych rámcových zmluvách na komplexné plnenia. V záplave pripravených verzií zmlúv potom dochádza nielen k chybám, ale i k opomenutiu skutočnosti, že sa v podstate jedná o nový návrh zmluvy. V tejto súvislosti je preto dôležité pripomenúť úpravu ponúkanú občianskym zákonníkom, ktorý v prípade uzatvárania zmlúv (pochopiteľne i zmlúv typických pre on-line kontraktácie) prostredníctvom svojho ustanovenia § 44 ObčZ v skratke konštatuje nasledovné: akékoľvek nové podmienky zo strany ktoréhokoľvek z kontrahentov, tzn. také podmienky, ktoré nejakým spôsobom modifikujú obsah

200 Len v krátkosti je možné načrtnúť jednoduchý príklad. Spoločnosť ABC prevádzkuje a je majiteľom webových stránok umožňujúcich prostredníctvom tu umiestnených web formulárov uskutočňovať elektronický obchod s bližšie nešpecifikovaným okruhom kontrahentov. Tieto formuláre budú následne vyplnené príslušným kontrahentom – spoločnosťou XYZ – za účelom objednávky príslušnej služby či tovaru od spoločnosti ABC a potom odoslané na server spoločnosti ABC. Okamžite potom server spoločnosti ABC síce formulár prijme, avšak pre tzv. traffic (z angličtiny sa jedná o relatívne častý serverový problém zahltienia jeho bufferu) sú informácie vyplnené spoločnosťou XYZ v príslušnom formulári spracované (napríklad prostredníctvom tzv. automatických triediacich systémov) až po určitej dlhšej dobe. V takomto prípade by sa s najväčšou pravdepodobnosťou nejednalo o uzatvorenie kontraktu medzi tzv. prítomnými a táto lehota by musela byť nutne v kontraktacom procese v plnom rozsahu zohľadnená.

201 Pre lepšiu orientáciu je vhodné uviesť presnú dikciu cit. ustanovenia: 1) *Smlouva je uzavřena okamžikem, kdy přijetí návrhu na uzavření smlouvy nabývá účinnosti. Mlčení nebo nečinnost samy o sobě neznamenají přijetí návrhu.* Opomenutí v tejto súvislosti nie je možné ani druhý odsek citovaného paragrafu: 2) *Přijetí návrhu, které obsahuje dodatky, výhrady, omezení nebo jiné změny, je odmitnutím návrhu a považuje se za nový návrh. Přijetím návrhu je však odpověď, jež vymezuje obsah navrhované smlouvy jinými slovy, jestliže z odpovědi nevyplývá změna obsahu navrhované smlouvy.*

202 Len malý exkurz pre porovnanie – v Belgicku podobné ustanovenie, ako uvádza Prof. Bourgeois, bolo do právneho poriadku Belgicka včlenené až novelou v roku 2000, ako odpoveď na hlasy požadujúce kodifikáciu úpravy, ktorá bola predtým v Belgicku chápaná ako obchodná zvyklosť (tzv. zaužívané obchodné pravidlo).

pôvodného návrhu (typicky teda v praxi vzájomné práva, povinnosti, nároky, množstvo, formu a spôsob dodávky tovaru či služby atď.) sa jednoznačne pokladajú podľa platného práva za úplne nový návrh. Pôvodný návrh zmluvy sa následne týmto spôsobom stáva *ipso iure* neplatným a právne sa ruší bez ďalšieho – je nahradený novým návrhom zmluvy.

5.2 Relevantná právotvorba na úrovni Európskych spoločenstiev

Legislatívny vývoj európskych spoločenstiev by sa dal s najväčšou pravdepodobnosťou charakterizovať ako komplexný a z hľadiska chronologického nazerania za dynamický. Pre lepšiu orientáciu v texte tohto článku a rovnako i z dôvodu poskytnutia lepšej schematickosti, je možné európsku právotvorbu rozdeliť do pomyselných dvoch skupín názorových platforiem (toto členenie je tak zrejme viac didaktické).

Tou zásadnou je, ako je zjavné už i z vyššie uvedeného a ako bolo už i niekoľkokrát potvrdené²⁰³, orientácia na ochranu spotrebiteľa (viď nižšie). Najzreteľnejšie táto platforma vyžaruje v prípade už spomenutých spotrebiteľských zmlúv (spotrebiteľského práva ako takého). Na pomyslenom druhom mieste je stále v praxi náročne uspokojivo uchopiteľná ochrana osobných údajov a s tým súvisiace právne aspekty.²⁰⁴ V tejto súvislosti problém vyvstáva najčastejšie skutočne v rovine praktickej, kde nutnosť presnej normotvornej dikcie je *conditio essentialis* pre praktické posúdenie relevantných okolností daného prípadu. To sú v skratke dve roviny, na ktoré Európske spoločenstvá kladú ostentatívnym spôsobom prostredníctvom jednotlivých nariadení a predovšetkým tiež smerníc najväčší dôraz.²⁰⁵

Na základe prejatia týchto predpokladov je možné uviesť stručný prehľad európskej právotvorby zohrávajúcej významnú úlohu v onom dynamickom prostredí ES. V tejto súvislosti je možné len krátko pripomenúť, že sa jedná o čisto ilustratívny prehľad a nie taxatívny výčet:

- Smernica Rady z 14. mája 1991 o právnej ochrane počítačových programov (91/250/EHS), Úradný vestník L122, 05/17/91, str. 42-46
- Smernica²⁰⁶ Európskeho Parlamentu a Rady

96/9/ES z dňa 11. marca 1996 o právnej ochrane databáz, Úradný vestník L 77, 03/27/96, str. 20-28

- Smernica Európskeho Parlamentu a Rady 2000/31/ES z dňa 8. júna 2000 o niektorých právnych aspektoch služieb informačnej spoločnosti, najmä elektronického obchodu, na vnútornom trhu („smernica o elektronickom obchode“), Úradný vestník L 178, 17/07/2000, str. 1-16
- Smernica Európskeho Parlamentu a Rady 1999/93/ES z dňa 13. decembra 1999 o zásadách Spoločenstva pre elektronické podpisy, Úradný vestník L013, 19/01/2000, str. 12-20

Práve uvedený prehľad jednotlivých smerníc korešponduje so snahou Európskych spoločenstiev regulovať právne aprobovaným spôsobom tzv. e-business či e-commerce. Na strane druhej je možné nižšie poukázať na niektoré smernice Európskych spoločenstiev sledujúce ako svoj hlavný cieľ ochranu spotrebiteľa. Opäť je dôležité uviesť, že výčet nie je taxatívny.

- Smernica Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES z dňa 20. mája 1997 o ochrane spotrebiteľa v prípade zmlúv uzavretých na diaľku, Úradný vestník L 144, 04/06/1997, str. 19-27
- Smernica Rady 93/13/EHS z dňa 5. apríla 1993 o neprimeraných podmienkach v spotrebiteľských zmluvách, Úradný vestník L 095, 21/04/1993, str. 29-34
- Smernica Európskeho parlamentu a Rady 98/6/ES z dňa 16. februára 1998 o ochrane spotrebiteľa pri označovaní cien výrobkov jemu ponúkaných, Úradný vestník L 080, 18/03/1998, str. 27-31
- Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom trhu, a ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 84/450/EHS, smernice Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 („smernica o nekalých obchodných praktikách“), Úradný vestník L 149, 11/06/2005 S. 0022 – 0039
- Smernica 98/27/ES Európskeho parlamentu a Rady z 19. mája 1998 o súdnych príkazoch na ochranu spotrebiteľských záujmov, Úradný vestník L 166, 11.6.1998, s. 51 – 55

5.3 Relevantná právotvorba na úrovni medzinárodných organizácií

Nesporným významom medzinárodných či nadnárodných organizácií je skutočnosť, že svojou činnosťou pôsobia mimo iné i ako integračný element prostredníctvom nimi vytvoreného práva.

203 V ďalšom by bolo možné odkázať napríklad na parlamentný výbor Európskeho parlamentu. Ten sa skúmaním tejto oblasti venuje profesionálne. [Citované 18. 5. 2008] Dostupné z: http://www.europarl.europa.eu/committees/imco_home_en.htm

204 Zaujímavým je v tejto súvislosti i teoreticko-právny návod, ako správne postupovať v priestore virtuálneho sveta pri zabezpečení ochrany osobných údajov. K tomu viď bližšie článok s názvom Privacy and the Internet: Traveling in Cyberspace Safely dostupný z: <http://www.privacyrights.org/fs/fs18-cyb.htm>

205 Nemenej zaujímavou prácou je v tejto súvislosti i práca Christophera T. Poggia skúmajúca koreláciu prameňov vzťahujúcich sa k vytvoreniu platného kontraktu v jednotlivých jurisdikciách. K tomu viď bližšie Poggi, CH. T. Electronic Commerce Legislation: An Analysis of European and American Approaches to Contract Formation, 41 Va. J. Int'l L., 2000, str. 224, 241

206 Všetky v tomto prehľade uvedené smernice je možné dohľadať na stránkach portálu ES pod webovou stránkou europa.eu.int, resp. v databáze CELEX [online databáze]. Dostupné na: <http://eur-lex.europa.eu/cs/index.htm>.

V tejto súvislosti je vhodné poukázať z hľadiska prameňov práva na Vzorový zákon o elektronickom obchode (z angličtiny tzv. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce) medzinárodnej organizácie UNCITRAL²⁰⁷. Pre presnosť a pre účely lepšieho pochopenia jedného z historických aspektov je tiež na mieste poznamenať, že tento vzorový zákon bol prijatý už na pôde Komisie Organizácie Spojených národov pre medzinárodné obchodné právo, a to už v roku 1996.

Organizácia spojených národov, a na to je dôležité poukázať, nie je jedinou inštitúciou medzinárodného charakteru, ktorá by mala možnosť zasahovať a ktorá by i reálne zasahovala do tvorby práva na medzinárodnej unifikáčnej úrovni. Rovnako pôjde i o organizáciu OECD²⁰⁸ – organizáciu považovanú ešte v minulosti za ekonomicky i právne vyspelý klub štátov s moderným právnym systémom a zdravým ekonomickým prostredím. Na pôde tejto organizácie vznikol okrem iného i kľúčový dokument s názvom *OECD eCommerce Guideline*. Šlo o usmernenie, častokrát transformované do národného právneho poriadku príslušného štátu, ktoré akcentovalo čestné obchodné a marketingové metódy, rovnako i nutné poskytnutie on-line vstupov (informácie týkajúce sa tovarov a služieb, uzatvárania kontraktov, medzinárodného a národného platobného styku či jurisdikcie a prípadného následného riešenia sporu)²⁰⁹.

S ohľadom na skutočnosť, že potreba adekvátne reagovať na súčasný stav vo svete kyberpriestoru, ktorý sa okrem iného premietá i do roviny elektronických kontraktácií, bude zrejme potreba prijať omnoho efektívnejšie nástroje, ako dosahovať požadovanú úroveň vzájomných vzťahov. V tejto súvislosti nie je možné vylúčiť, že vyššie uvedené medzinárodné inštitúcie príjmu novú orávnú úpravu o napr. elektronických agentoch, elektronických hrozbách a ďalších toľko pertraktovaných otázkach.

207 UNCITRAL by sa dal označiť za hlavný „právotvorný“ orgán systému OSN pre sféru medzinárodného obchodného práva. UNCITRAL bol Valným zhromaždením OSN inštruovaný tak, aby podporoval postupné zladovanie a zjednocovanie medzinárodného obchodného práva (práva medzinárodného obchodu), a to predovšetkým prípravou nových medzinárodných dohovorov, ďalej vzorových právnych predpisov či jednotných (unifikovaných) právnych predpisov. UNCITRAL má v súčasnosti tridsaťšesť členov zvolených Valným zhromaždením.

208 Organizácia OECD je medzivládnu organizáciou spolu tridsiatich ekonomicky najrozvinutejších štátov sveta, ktoré prijali princípy demokracie a trhovej ekonomiky. Táto organizácia vznikla v roku 1961 transformáciou Organizácie pre európsku hospodársku spoluprácu (OEEC), ktorá bola pôvodne zriadená v roku 1948 na realizáciu povojnového Marshallovoho plánu. OECD koordinuje v súčasnosti ekonomickú a sociálno-politickú spoluprácu jednotlivých členských štátov, sprostredkuje nové investície a presadzuje liberalizáciu medzinárodného obchodu. Podrobnejší popis je dostupný napríklad pod webovým odkazom na stránke <http://sk.wikipedia.org/wiki/OECD>

209 Špičkovú analýzu tejto problematiky, vrátane rozsiahleho exkurzu do bibliografického aparátu v tejto súvislosti ponúka Jennifer E. Hill z *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*. V tomto prípade sa jedná predovšetkým o medzinárodný aspekt danej problematiky. K tomu viď bližšie Hill, J. E. The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Dostupné z: <http://www.law.northwestern.edu/journals/njtip/v2/n1/1/>

6. Písomná elektronická kontraktácia

6.1 Úvodná poznámka k forme právneho úkonu v intenciách súčasnej právnej teórie

Úvodom je potreba uviesť, že právne otázky spojené s požiadavkami na písomnosť je možné v českom platnom právnom poriadku nájsť v najdôležitejšom civilistickom kódexe – občianskom zákonníku²¹⁰. Nikde v zákone nenachádzame presnú definíciu čo to písomná forma právneho úkonu vlastne je, prípadne čo tento právny koncept fakticky znamená. Odborná literatúra rovnako žiadnu reprezentatívnu definíciu, z ktorej by sa dalo vychádzať, neposkytuje. V tejto súvislosti je však celkom zásadným ustanovenie odseku štvrtého § 40 ObčZ zaoberajúce sa touto problematikou²¹¹. Toto ustanovenie vo svojom výčte zahrnilo *eo ipso* i elektronické prostriedky. Ich použitím je písomná forma právneho úkonu v plnom rozsahu zachovaná. Potrebné je však poukázať na situáciu, keď pôjde o kontrakt s prevodom nehnuteľností – v takomto prípade by bolo nevyhnutné aplikovať dikciu odseku druhého ustanovenia § 46²¹² ObčZ. Predtým, než dôjde k hlbšej analýze tohto ustanovenia, je potrebné v tejto súvislosti uviesť širší teoretickoprávny kontext predmetnej problematiky.

Súkromné právo totiž spočíva na zásade bezformálnosti²¹³ právneho konania, preto občiansky zákonník poväčšinou necháva formu prejavu vôle na konajúcom kontrahentovi. Výnimočne sa k platnosti právneho konania určité konkrétne formy požaduje. V tomto ustanovení sa rozlišuje medzi zákonnou a dohodnutou formou prejavu, a to podľa toho, či sa požiadavka osobitnej formy opiera o ustanovenia zákona, alebo o dohodu daných kontrahentov. Pre vzťahy v obchode pristupuje ešte písomná forma vyžadovaná aspoň jedným kontrahentom (zorv. predovšetkým ustanovenie § 272 ods 1 obchodného zákonníku). Ak však zákon pre právne jednanie určitú formu obligatórne predpisuje (zákonom požaduje), je jej dodržanie predpokladom platnosti právneho jednania. Keďže iba platné právne jednanie môže *de lege lata* spôsobiť právne následky, potom dodržanie predpisanej formy možno považovať aj za predpoklad účinnosti právneho konania.

210 V ďalšom texte tohto článku je vychádzané okrem iného z relevantných častí komentároveho genia občianskeho zákonníku. V podrobnostiach viď FIALA, J.; KINDL, M. a kolektív. Občiansky zákonník. Komentár I. díl. Praha: Wolters Kluwer, 2009, 1692 s. ISBN 978-80-7357-395-9

211 Konkrétna dikcia tohto ustanovenia stanoví: (4) *Písomná forma je zachovaná, je-li právní úkon učiněn telegraficky, dálnopísem nebo elektronickými prostředky, jež umožňují zachycení obsahu právního úkonu a určení osoby, která právní úkon učinila.*

212 Konkrétna dikcia tohto ustanovenia je nasledovná 2) *Pro uzavření smlouvy písemnou formou stačí, dojde-li k písemnému návrhu a k jeho písemnému přijetí. Jde-li o smlouvu o převodu nemovitosti, musí být projevy účastníků na téže listině.*

213 Zásada bezformálnosti tu nie je od pradávna – v najstarších dobách rímskeho práva boli platné výhradne právne jednanie uskutočnené v predpisanej forme. Ako bolo ilustované v predchádzajúcich kapitolách tohto článku, príslušné formy boli rôzne – napr. ústna (prednes určitých slov, niekedy s pripojením istých znamení. Postupne však boli formality skoro odstránené.

Požiadavka formy je v právnych predpisoch stanovená bežne u jednotlivých právnych konaní. Ak má byť dodržaná určitá forma, musia byť vo vyžadovanej forme zachytené aspoň podstatné náležitosti právneho konania (lat. *essentialia negotii*). Zákomom môže byť určitá forma prejavu predpísaná z rôznych dôvodov. Prof. Eliáš akcentuje, že pri danej forme často hrá významnú úlohu tradícia – napríklad pri poslednej vôli (§ 476 občianskeho zákonníku), prevodoch nehnuteľných vecí (§ 46 ods 1 občianskeho zákonníku), alebo v zmluvných dispozíciách s námornými loďami (§ 23 zákona č 61/2000 Sb. o námorní plavbe). Formalizované jednanie však prevažuje tam, kde má pre kontrahentov závažnejšie právne následky – kde forma slúži k ochrane tretích osôb alebo k udržaniu väčšej právnej istoty. Všeobecne je tak možné v rámci tejto problematiky zhrnúť, že forma plní tri základné funkcie: (i) varovnú, (ii) objasňujúcu a (iii) dôkaznú.

Varovná funkcia spočíva v ochrane pred ukvapenosťou. Požiadavka prísnejšie formy má konajúceho kontrahenta určitým špecifickým spôsobom varovať, vzbudiť v ňom určitú ostražitosť, aby svoje správanie nebral tzv. na ľahkú váhu. Zákon obecné vychádza z predpokladu, že i súdne konanie je vedené tak, aby sa predišlo neuváženému konaniu, prípadne konaniu, ktoré by nebolo myslené vážne s vedomím právnych následkov, s ktorými zákon uznanie určitých právnych skutočností spája.

Ďalšia funkcia formy právneho úkonu spočíva v možnosti objasnenia sporných bodov a tým fakticky i k ochrane bezpečia právneho styku v rámci procesu kontraktácie i v následných fázach. Na rozdiel od bezforemného a väčšinou aj ústneho jednania majú kontrahenti možnosť vrátiť sa k zachytenému prejavu vôle a pri nejasnostiach ho podrobiť ďalšiemu skúmaniu. Písomná forma u kontraktov navyše dovoľuje určiť presný okamih oddeľujúci „obyčajný“ kontraktačný proces a vznik právne záväznej zmluvy (v podrobnostiach viď ďalej). Niekedy je táto funkcia kombinovaná s funkciou ochrannou. Tak je tomu napríklad v prípade ustnaovania § 562 (dlžník nemusí plniť tomu, kto nepredloží veriteľovi potvrdenie o tom, že je oprávnený prijať plnenie) alebo v ustanovení § 569 (dlžník nemusí plniť, ak mu nevydá veriteľ písomnú kvitanciu).

Predpísaná forma plní, ako bolo uvedené vyššie, i funkciu dôkaznú. Zlepšuje sa totiž dôkazná situácia v prípadnom neskoršom súdnom, arbitrážnom či inom spore – vedie tak k zjednodušeniu a skráteniu súdneho konania. Z procesného hľadiska je dôležité rozdelenie listín na verejné a súkromné. Ak je o právnom jednaní vyhotovený notársky či exekučný zápis, jedná sa o verejnú listinu (zrov. ustanovenie § 134 občianskeho súdneho rádu v spojení s ustanovením § 6 notárskeho rádu a § 79 odsek 7 exekučného rádu). S verejnou listinou je spojená vyvrátiteľná právna domnienka jej pravosti a pravdivosti, čo sa týka najmä pôvodu listiny a doby obstarania listiny. Notársky alebo exekutorský zápis nie sú len obyčajnou formou právneho konania, ale je to predovšetkým proces, ktorý k tejto prísnej forme vedie. Zásadný rozdiel medzi súkromnou a verejnou listinou

spočíva v ich dôkaznej sile. Prává verejná listina môže byť zbavená svojej dôkaznej sily len tým, že osoba, ktorá túto listinu napadá, predloží dôkazy, ktorými preukáže nepravdivosť listiny (zatiaľ čo u súkromných listín je tomu naopak). Ak osoba popiera pravosť listiny, leží dôkazné bremeno o pravosti na tej osobe, ktorá zo skutočností v listine uvedených pre seba vyvodzuje priaznivé právne dôsledky.

6.2 Druhy súčasným právnym poriadkom určených foriem právneho jednania

Ak rozoznávame spôsob právneho jednania na konkludentný a výslovný, potom konkludentné právne jednanie je považované za bezforemné a v prípade výslovného právneho jednania občiansky zákonník stanovuje tieto základné formy – ústnu, všeobecnú písomnú a osobitnú písomnú formu (sprísnenú – s úradne overeným podpisom alebo vo forme úradného zápisu vyhotoveného notárom). Ako zvláštne sprísnenú písomnú formu stanovuje občiansky zákonník vlastnoručnú písomnú formu (pri poslednej vôli) a ako zvláštne sprísnenú ústnu formu ustanovuje zákon o rodine ústne svadobné vyhlásenie pred príslušnou zákonom určenou osobou. Sprísnená forma je stanovená tiež pre súhlasné prehlásenie rodičov pri určení otcovstva – musí byť uskutočnené pred matričným úradom alebo súdom (maloletý rodič ho musí uskutočniť vždy pred súdom – zrov. ustanovenie § 52 ods 1 a 2 zákona o rodine).

Ako zvláštne písomnú formu občiansky zákonník predpisuje notársky (úradný) zápis. Forma úradného zápisu je vyžadovaná v ustanovení § 40 ods 5, a to konkrétne k právnomu jednaniu v písomnej forme tých kontrahentov, ktorí nemôžu čítať a písať²¹⁴. V ďaleko širšej miere je forma notárskeho zápisu vyžadovaná v práve obchodných spoločností podľa obchodného zákonníka. V tejto súvislosti je vhodné rovnako podotknúť, že zvláštne písomnú formu s úradne overeným podpisom občiansky zákonník na žiadnom mieste nepožaduje²¹⁵.

Ak činí právne jednanie zástupca na základe dohody o plnej moci, predpisuje zákon pre niektoré prípady tiež formu plnej moci. Ak je potrebné, aby

214 Forma notárskeho zápisu je priamo v občianskom zákonníku striktné vyžadovaná iba u zmlúv modifikujúcich rozsah bezpodielového spoluvlastníctva manželov (§ 143a ods 1, 2, 3) alebo správu bezpodielového spoluvlastníctva manželov (§ 147), pri zriadení záložného práva podľa § 156 odsek 3, pri závetu maloletého (§ 476d ods 2), pri ustanovení správcu dedičstva (§ 480d ods 2), pri odvolaní správcu dedičstva a odvolaní súhlasu s ustanovením správcu dedičstva (§ 480d ods 4). Na výber je táto forma daná pri záвете (§ 476 ods 1 v spojení s § 476d ods 1, 3).

215 Táto forma sa však vyskytuje, prípadne vyskytovala napríklad v obchodnom zákonníku (§ 31 ods 3, § 32 ods 1, § 371 odsek 7, § 57 ods 1 a 2, § 60 odsek 1, § 63, 69d odsek 2, § 115 odsek 3, § 117a odsek 1, § 143 odsek 6, § 149a, 204 odsek 5, § 220b odsek 5, § 220p odsek 5, § 220u ods 3, § 709 odsek 3 obchodného zákonníku). Úradné overenie podpisu vykonáva notár podľa zákona č. 358/1992 Sb., Krajské úrady, obecné úrady obcí s rozšírenou pôsobnosťou, obecné úrady stanovené vyhláškou č 36/2006 Sb., újezdni úrady (zákon č 21/2006 Sb.) a advokáti podľa § 25a zákona č 85/1996 Sb. (Advokáti však iba v prípadoch, keď listinu sami spísali a jednajúci kontrahent ju pred advokátom vlastnoručne podpísal). Úradné overenie podpisu môže vykonať aj veliteľ lode (§ 35 zákona č 61/2000 Sb.) a konzulárne úrady a diplomatické misie – zrov. článok 3 a článok 5 písm. f) Viedenského dohovoru o konzulárnych stykoch – vyhláška č 32/1969 Sb.

právne jednanie bolo vykonané v písomnej forme, musí mať aj plnú moc písomnú formu (zrov. ustanovenie § 31 ods 4 občianskeho zákonníku). Otázkou, či je potrebné tiež úradné overenie podpisu splnomocniteľa na plnej moci, ak má byť právny úkon uskutočnený v tejto sprísnené písomnej forme, sa zaoberal Najvyšší súd pri posudzovaní platnosti zmluvy o prevode obchodného podielu. Súd uviedol, že účelom požiadavky úradného overenia podpisov je zvýšenie právnej istoty nadobúdateľa obchodného podielu, spoločnosti, ale aj tretích osôb o tom, že zmluvu uzatvára osoba, ktorá je majiteľom obchodného podielu. Tomuto účelu potom nepochybne zodpovedá, aby boli úradne overené nielen podpisy splnomocnencov na zmluve o prevode obchodného podielu, ale aj podpis na plnej moci na uzavretie takejto zmluvy. Len takýto postup totiž môže zabezpečiť účel sledovaný právnou úpravou, pretože zabezpečuje, že plnú moc podpísal spoločník, ktorý obchodný podiel prevádza. Nebolo by logické požadovať, aby splnomocnenec nechal overiť svoj podpis na zmluve o prevode obchodného podielu, a tým postavil naisto, že je skutočne osobou, ktorej svedčí udelená plná moc, bez toho, aby bolo naisto postavené, že osoba, ktorá plnú moc podpísala, je osobou oprávnenou takúto plnú moc udeliť. Pre vylúčenie prípadných pochybností je od požiadavky, aby bola pri právnom jednaní zachovaná určitá forma, potrebné odlišiť prípady písomného potvrdenia právneho jednania. Táto požiadavka nemá vplyv na formu samotného právneho jednania²¹⁶.

Na tomto mieste je rovnako potreba podotknúť, že zo zásady autonómie vôle vyplýva, že kontrahenti si môžu dojednať akúkoľvek formu právneho jednania aj pre prípady, keď právny predpis žiadnu formu nevyžaduje. Pre dojednania o takejto forme príslušného právneho úkonu sa nevyžaduje dodržanie žiadnej formy. V praxi sa najčastejšie realizuje dojednanie určitej formy vo vzťahu k budúcim zmenám či zrušeniu právneho jednania (napríklad požiadavka písomnej výpovede či písomného vytknutia väd plnenia). Kontrahenti v tomto smere nemusia voľiť iba právnu formu, ktorú užíva zákon, môžu si dojednať aj formu inú - napríklad právne konanie pred dvoma kontrahentmi určenými svedkami. Dohoda sa môže týkať tak právneho jednania, pre ktoré zákon žiadnu formu nepredpisuje, ale rovnako môže byť dohodnutá prísnejšie písomná forma v tých prípadoch, kde zákon vyžaduje len všeobecnú písomnú formu.

Právne jednanie, pri ktorom nebola dodržaná forma predpísaná právnym predpisom, je v zásade absolútne neplatné pre rozpor so zákonom. Oproti tomu právne jednanie, pri ktorom nebola dodržaná forma dohodnutá medzi kontrahentmi daného právneho jednania, je neplatné iba relatívne (zrov. ustanovenie § 40a veta tretia

občianskeho zákonníka). Ak je písomná forma nutná iba pre časť právneho jednania, bude neplatná len táto časť, nie celé právne jednanie (zrov. § 41). Zásada bezformálnosti, ktorá sa celým svetom kontraktácií prelína, však spôsobuje, že následky právneho jednania, ktoré je neplatné pre nedostatok formy, sú v určitom smere miernejšie než následky neplatnosti, ktorá nastala z iných dôvodov. Podľa ustanovenia § 455 ods 1 občianskeho zákonníku sa totiž nepovažuje za bezdôvodné obohatenie, ak bolo prijaté plnenie dlhu neplatného len pre nedostatok formy.

6.3 Základné východiská a medzinárodný kontext problematiky písomnosti elektronických kontraktov

O (ne)písomnosti kontraktov by bolo možné uviesť nepreberné množstvo odborných elaborátov, pričom táto téma by zrejme nebola ani v takom prípade uspokojivo vyčerpaná. I v tomto prípade platí, že právo ako relatívne konzistentný súbor noriem aspiruje na legitímnu reguláciu spoločenských vzťahov. Vo väčšine prípadov je však technický rozvoj v stave, keď pred právom akoby hral pomyselné prvé husle a právu nezostávalo nič iné, len právo dobiehať. Problematika formy právneho úkonu obecne je jedným z takýchto príkladov. Jednou z praktických ciest, ako sa tento vzájomným pomer zvykne v právnych poriadkoch zahraničnej právnej proveniencie riešiť, sú práve právne precedensy. Tie sú predne charakteristické pre krajiny ako USA, resp. pre krajiny s celkovo prevažujúcou doktrínou rule of law založenou na princípe common law. Takto právnou kultúrou vykreovaný precedentný systém nezriedka čelí i vnútorne kontradiktórnym produktom právnej vedy. Aj keď rozhodnutia amerických súdov teda znamenali často krát istý prielom v právnom ponímaní, dostali sa nanešťastie sporadicky i do vzájomného konfliktu a vyznievali tak v konečnom dôsledku veľmi rozporuplným spôsobom. Vzhľadom na právne otázky spojené s formou právneho úkonu je názorné poukázať na zaujímavú skutočnosť, že kým napríklad ešte v roku 1997 v americkom súdnom spore²¹⁷ medzi *Georgia Dept. Of Transportation* a spoločnosťou *Norris* súd rozhodol, že príslušné zdedenie či podanie výpovede pomocou faxu (rozumej pre podmienky súčasnosti i napr. internetu), kde sa dáta prenášajú pomocou krátkych dátovo-zvukových impulzných odoziev, prostredníctvom klasickej telefónnej linky, neznamená naplnenie formálneho požiadavku na písomnú formu, a to predovšetkým v takzvanom obvyklom (v tomto prípade v anglickom jazyku používanom termíne „customary“) zmysle, v inom spore, odohrávajúcim sa dokonca už o 11 rokov skôr, (konkrétne

216 Občiansky zákonník s písomným potvrdením počítá v prípadoch, ako je vysporiadanie spoluvlastníkov pri zániku podielového spoluvlastníctva (§ 141 ods 2 občianskeho zákonníku), potvrdenie záruky (§ 502 ods 2 občianskeho zákonníku), splnenie dlhu (prehlásenia o splnení platieb - § 569 ods 1 občianskeho zákonníku), potvrdenie o uplatnení práva (§ 627 ods 1, § 649, 655 odsek 2 občianskeho zákonníku), potvrdenie o prevzatí objednávky (§ 632 občianskeho zákonníku), potvrdenie o uzavretí zmluvy o obstaraní vecí (§ 734 občianskeho zákonníku), potvrdenie objednávky a prevzatie zásielky u zmluvy o preprave nákladu (§ 765 odsek 2, 3 občianskeho zákonníku).

217 Pre bližšie informácie o tomto prípade je ilustratívne odkázať napríklad na odkaz dostupný na http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/orders/1999/011000.html [citované 17. februára 2011]

218 Tzv. termín *Costomary doctrine* predstavuje ucelený a komplexný systém správania sa a konkrétnych prístupov k percepcii práva typického predovšetkým pre krajiny ako sú Veľká Británia či Spojené štáty americké. Táto problematika je natoľko extenzívna, že je praktické v tomto smere generálne odkázať na početné práce zaoberajúce sa viacerými aspektmi tzv. *costumary doctrine*. Obzvlášť je možné odporučiť početné práce anglických profesorov Petra Cooka a Warrena Norgradea.

sa jednalo o spor medzi spoločnosťou *McMillan Ltd* proti spoločnosti *Weimer Drilling & Eng. Co.*) americký súd rozhodol, že i tzv. mailgram (známka telegramu) v plnom rozsahu naplňuje predpoklady písomnej formy, a tým je i ujednanie platné a nezakladá vznik žiadnych prekážok. Tento príklad pôsobí provokatívne rovnako ako i niektoré ďalšie rozhodnutia amerických súdov, ktoré nezriedka rozhodovali dokonca a *contrario* i proti vlastným precedentným rozhodnutiam a našli si tak vlastný priestor výkladu práva.

6.4 Písomná forma právneho úkonu v českej právnej proveniencii

Písomná forma právneho konania je najčastejším typom zákonom predpísanej formy i podľa právneho poriadku českej právnej proveniencie. Tretí odsek ustanovenia § 40 občianskeho zákonníku²¹⁹ vymedzuje požiadavky, ktoré musia byť splnené, aby bola písomná forma zachovaná. Predpokladá sa splnenie dvoch základných náležitostí - listiny (písomnosti) a podpisu. Prvá veta stanovuje, že k platnosti právneho jednanja v písomnej forme je potrebný podpis jednajúceho kontrahenta. Pravidlo obsiahnuté v druhej vete umožňuje, aby bol podpis v určitých prípadoch nahradený. Ustanovenie tretej vety je najmenej interpretačne jasné. Ak sa totiž pohybujeme v oblasti súkromného práva, potom použitie obratu „môže“ robí toto pravidlo redundantným. Tretia veta ustanovenia má tak skôr proklamatívny charakter²²⁰. V tejto súvislosti je potreba ďalej poznamenať, že pravidlo obsiahnuté v treťom odseku vyššie uvedeného ustanovenia sa neuplatní vždy, keď zákon predpisuje písomnú formu. Aplikuje sa výhradne a len na právne jednanie²²¹. V judikatúre sa objavil názor, že písomná forma hmotnoprávneho jednanja je zachovaná aj vtedy, keď sa ústny prejav osoby uvedie v súdnom protokole. Tento názor je potrebné striktne a bez ďalšieho odmietnuť. Argumentácia je jednoduchá - chýba tu totiž celkom jednoznačne podpis jednajúceho²²².

Právne konanie, pri ktorom nebola dodržaná forma predpísaná právnym predpisom, je v zásade absolútne neplatné. Oproti tomu právne konanie, pri ktorom nebola dodržaná forma dohodnutá príslušnými kontrahentmi právneho konania, je neplatné iba relatívne (porov. § 40a vetu tretiu občianskeho zákonníku). Ak je písomná forma nutná iba pre časť právneho jednanja, bude neplatná len táto časť, nie celé právne jednanie (práve uvedené je možné dovodiť výkladom ustanovenia § 41 občianskeho zákonníku). Na mieste je zrejme

rovnako i podotknúť, že zásada bezformálnosti spôsobuje, že následky právneho jednanja, ktoré je neplatné pre nedostatok formy, sú v určitom smere miernejšie než následky neplatnosti, ktorá nastala z iných dôvodov. Podľa § 455 odsek 1 občianskeho zákonníku sa totiž nepovažuje za bezdôvodné obohatenie, ak bolo prijaté plnenie dlhu neplatného len pre nedostatok formy.

Vo vzťahu k (ne)písomnosti zmlúv v prípade, pokiaľ dochádza k ich zmenám, je možné v stručnosti podotknúť predovšetkým nasledovné: zákon stanovuje požiadavku na formu právneho konania, ktorým má dôjsť k zmene alebo zrušeniu skôr uzavretej zmluvy tak, že zmluva zachytená v písomnej forme, môže byť zmenená alebo zrušená zásadne iba právnym jednaním v rovnakej forme. Nezáleží na tom, či sa zmluva mení alebo ruší jednostranným právnym jednaním alebo obojstrannou dohodou medzi danými kontrahentmi. Napríklad pre odstúpenie od zmluvy všeobecne zákon nevyžaduje dodržanie osobitnej formy; ak bola však zmluva uzatvorená písomne, platí, že aj odstúpenie od tejto zmluvy musí byť písomné.

S problematikou písomnosti právnych úkonov súvisí i inštitucionálna snaha niektorých vybraných organizácií o etablovanie v praxi značne používaných nových právnych inštitútov elektronického sveta. Ako typický príklad týchto snáh je možné na tomto mieste spomenúť Pracovnú skupinu IV (Working Group IV) Komisie OSN pre medzinárodné obchodné právo (UNCITRAL). Tá sa na svojom 45. zasadnutí²²³ zaoberala z pohľadu písomnosti právnych úkonov obzvlášť zaujímavou problematikou elektronických cenných papierov²²⁴. K tomuto už vypracovala dokument nazvaný Právne otázky spojené s užívaním elektronických prevoditeľných dokumentov²²⁵ (ďalej označovaný ako „Dokument“).

Primárne je nutné pre vysvetlenie tejto problematiky zamerať sa na terminologickú stránku. V Dokumente zverejnenom IV. Pracovnou skupinou je používané pojmu *electronic transferable records*, doslovným prekladom by sme dospeli k obratu elektronické prevoditeľné dokumenty. V českom právnom poriadku podobný výraz nenájdeme, jeho obsahovo zhodným českým náprotivkom by však mohol byť obrat elektronický cenný papier²²⁶, ako elektronický ekvivalent prevoditeľných listín s inkorporovaným právom na peňažné plnenie (*transferable instrument*) alebo cenných papierov

219 Tretí odsek bol do občianskeho zákonníka včlenený zákonom č 509/1991 Sb. Pôvodná redakcia občianskeho zákonníka nič o podpise konajúceho kontrahenta neobsahovala. Napriek tomu bol samozrejme podpis nutnou náležitosťou písomného prejavu

220 Zákonodarcu sa tak prihlásil k modernému spôsobu právneho styku medzi kontrahentmi.

221 Napríklad ustanovenie § 53 odsek 6 občianskeho zákonníku ukladá dodávateľovi povinnosť poskytnúť spotrebiteľovi písomne určité informácie. Pri tom neuviedenie podpisu nepôsobí neplatnosť tejto povinnosti a informačnú povinnosť predpísaná cit. ustanovením tak bude riadne splnená.

222 Ak chce zákonodarcu výnimočne umožniť uskutočniť hmotnoprávne jednanie do protokolu, potom výslovne vyžaduje podpis tohto protokolu (zrov. ustanovenie § 41b občianskeho súdneho rádu).

223 Toto 45. zasadnutie IV. Pracovnej skupiny bolo na programe 10. - 14. október 2011 vo Viedni.

224 Cieľom IV. Pracovnej skupiny bolo nielen stanovenie všeobecných smerov, ale aj podpora implementácie Úmluvy OSN o zmluvách o medzinárodnej preprave tovaru úplne alebo čiastočne po mori (tzv. Rotterdamské pravidlá).

225 Viď <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V11/855/64/PDF/V1185564.pdf?OpenElement>.

226 Výraz „papier“ nie je nutné na tomto mieste zložito nahrádzať, keď pojem „zaknihovaný cenný papier“ nerobí právnej teórii ani praxi problém, hoci sa v skutočnosti jedná o „záznam v príslušnej evidencii“. V súčasnosti už v českom právnom prostredí platí materiálne poňatie cenného papiera, teda môže ním byť akákoľvek listina, spĺňajúca príslušné definíčné znaky, na rozdiel od poňatí formálneho, keď listinu za cenný papier musel vyhlásiť zákon, ako platilo predtým.

preukazujúcich oprávnenie osoby k určenému tovaru (*documents of title*)²²⁷.

České právne prostredie typicky rozdeľuje cenné papiere podľa podoby na listinné a zaknihované. Od zaknihovaných cenných papierov je možné na tomto mieste odhliadnuť, pretože na ne sa Dokument nezameriava. Pokiaľ ide o listinné cenné papiere, vyžadujú k svojej existencii vždy tzv. hmotný substrát, t.j. listinu²²⁸. Týmto hmotným substrátom nemusí byť vždy nutne listina²²⁹, ale bude to tak v prevažnej väčšine prípadov. Listina ako taká je hmotným predmetom, jej cennosť však spočíva v právach, ktoré sú do nej inkorporované. Avšak tieto práva sú s ňou späté natoľko, že bez nej nemôžu byť ani uplatnené ani prevedené. K prevodu cenného papiera dôjde jeho odovzdaním nadobúdateľovi, popr. pripojením rubopisu²³⁰.

S vizualizáciou právnych vzťahov sa išlo len ťažko ubrániť myšlienke nahradiť cennú listinu elektronickou formou. Vyvstáva otázka, či je elektronické prostredie na túto výzvu už pripravené. Odpoveď UNCITRAL je v tomto smere kladná. Už skôr sa na pôde OSN podarilo úspešne regulovať mnohé oblasti elektronického sveta. Problematiku písomnosti, podpisu, formácie kontraktu atď. rieši UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures, UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce či Úmluva OSN o používaní elektronických komunikácií v medzinárodných zmluvách. Pre oblasť cenných papierov sa však objavujú otázky nové.

Jedným z hlavných úskalí musí byť nutne spôsob realizácie prevoditeľnosti cenných papierov. U bežných listinných cenných papierov dochádza k ich fyzickému prevodu na ďalší subjekt, a tým sa dostáva do sféry jeho kontroly. Ak by bol cenný papier prijatý prostredníctvom elektronickej správy, príjemca by si nemohol byť istý, že tučet či tisíc identických správ nebol zaslaný tuctu alebo tisíci iných osôb. Hoci by bola integrita aj autenticita dokumentu zaručená, nevyriešeným problémom je otázka zabezpečenia jedinečnosti cenného papiera (tzv. *uniqueness*)²³¹, v tom zmysle, že bude (i) existovať len jeden jediný exemplár alebo (ii) že každá kópia bude dostatočne jasne identifikovateľná ako kópia²³².

Osvedčeným prístupom, ktorý užíva UNCITRAL na dosiahnutie základných požiadaviek hmotného sveta vo sfére elektronického prostredia, je tzv. metóda funkčnej ekvivalencie (tzv. *functional equivalence*). IV. Pracovná skupina sa jej aj tentoraz pridrižiava. Táto metóda je založená na analýze cieľov a funkcií tradičných kritérií

hmotného (papierového) prostredia s úmyslom zistiť, ako by tieto účely alebo funkcie mohli byť splnené prostredníctvom elektronickej techniky²³³. Je možné oceniť hlavne praktickosť uvoľneného prístupu, vďaka ktorému sa elektronický svet nestáva ničím úplne cudzorodým, keď je v prípustných, resp. nutných medziach zachovaná relácia s vžitými požiadavkami hmotného sveta.

Dokument IV. Pracovnej skupiny teda aplikuje danú metódu aj na otázky elektronických cenných papierov. Problém technickej jedinečnosti (*uniqueness*) navrhuje riešiť splnením požiadaviek (i) na zabezpečenie integrity a dostupnosti aspoň jedného exemplára prenosného elektronického cenného papiera a označiť tzv. autoritatívnu kópiu (*authoritative copy*) a (ii) na identifikáciu jeho vlastníka alebo držiteľa²³⁴.

Ad (i) Navrhujú sa dva prístupy, ako sa možno sa vysporiadať s problémom označenia autoritatívnej kópie. Prvým je možnosť *určenia založeného na uložení v spoľahlivom systéme*. Ide o uloženie kópie elektronického cenného papiera, označeného ako autoritatívny, v bezpečnom informačnom systéme, ktorý je špeciálne určený pre ukladanie a sledovanie daného typu elektronického prenosného záznamu, napr. pre konkrétny podnikateľský sektor. Druhou možnosťou je *určenie založené na overiteľnosti obsahu či lokácie*. V tomto prípade nemusí byť určená autoritatívna kópia uložená v registri, ale akúkoľvek kópiu možno overiť nahliadnutím do registra. Presnejšie, v totožných systémoch register uchováva autoritatívnu kópiu elektronického cenného papiera, ako aj totožnosť osoby, ktorá má nad ním kontrolu. V iných systémoch register obsahuje len digitálny podpis autoritatívnej kópie, ktorý je potom k dispozícii pre overenie integrity akékoľvek kópie, keď sa chce oprávnená osoba neskôr domáhať svojho nároku²³⁵.

Ad (ii) Rozpracovaná je aj otázka identifikácie oprávnenej osoby. Vo svete listinných cenných papierov je taká osoba označovaná ako vlastník, popr. držiteľ. IV. Pracovná skupina preberá koncept kontroly, kedy kontrola nad elektronickým cenným papierom je funkčným ekvivalentom držby. Odovzdania kontroly slúži ako náhrada za doručenie elektronického prevoditeľného záznamu, rovnako ako prevod držby, a popr. rubopisu, slúži na prevedenie listinného cenného papiera. K identifikácii *kontrolujúcej osoby* (*person in control*), teda osoby, ktorej bol elektronický cenný papier odovzdaný, alebo na ktorú bol prevedený, sa navrhujú tri alternatívy.

Prvá prichádza s tým, že *kontrolujúca osoba bude identifikovaná v samotnom cennom papieri* (tzv. *vyznačovací model*, angl. *token, model*). Zmeny vo vlastníctve by prebiehali prevedením vyznačenia priamo na elektronickom cennom papieri. Tento prístup vyžaduje existenciu systému, ktorý bude udržiavať dôkladnú kontrolu nad samotným elektronickým dokumentom, ako aj nad procesom prevádzania kontroly. Rovnako ako u listinného cenného papiera je teda potrebné technologických a bezpečnostných opatrení, ktoré by zabezpečili existenciu jedinečných autoritatívnych kópií, do ktorých

227 Majúc na pamäti možnosť neexistencie presne zodpovedajúcej terminológie v národných právnych poriadkoch, uvádza dokument UNCITRAL demonštratívny výpočet cenných papierov, ktoré patria do jednej alebo druhej skupiny. Medzi *transferable instruments* radí zmenky vlastné, cudzie zmenky, šeky, depositné certifikáty atď. Do skupiny *documents of title* spadajú skladovacie listy, konosamenty, doklady o naložení tovarov a iné.

228 Viď KOTÁSEK, J., PIHERA, V., POKORNÁ, J. et al.: *Kurs obchodního práva – Právo cenných papírů*, C.H.BECK, 5. vydání, 2009, s. 22.

229 V odbornej literatúre je známy prípad zmenky napísané dokonca na drevenom veke krabičky od cigár, viď ŠVAMBERG, G.: *Naše jednotné směnečné právo*, V. Palásek a Frant. Kraus, Praha 1941, s. 27.

230 V zvláštnych prípadoch u cenných papierov na meno dochádza k ich prevodu podľa občianskoprávných ustanovení o postúpení pohľadávky.

231 Viď Dokument, s. 6.

232 Tamtiež.

233 Viď vysvetlivka č. 51 Úmluvy OSN o používaní elektronických komunikácií v medzinárodných zmluvách.

234 Viz Dokument, s. 11.

235 Blížšie viz Dokument, s. 11-12.

nemôže byť nijako nežiaduco zasahované. Opačný prístup počíta s tým, že *kontrolovaná osoba je identifikovaná v samostatnom registri*²³⁶ (tzv. *registračný model*), ktorý je prevádzkovaný nezávislou tretou stranou. Elektronický cenný papier by v takom prípade obsahoval iba odkaz na príslušný register. Registračný model umožňuje vytváranie, vydávanie a prevádzanie elektronických cenných papierov na základe informácií zaslaných a zaznamenaných v centrálnom registri. Prístup do registra je možné podriaďovať zvláštnym podmienkam, ako zákonným, tak zmluvným. Registračný model môže fungovať ako funkčný ekvivalent jedinečnosti i držby²³⁷. V poslednom navrhovanom prístupe je *kontrolujúca osoba určená ako osoba s výlučným prístupom*. V takom prípade by odovzdanie kontroly vyžadovalo aj prenos možnosti exkluzívneho zabezpečeného prístupu.

6.5 Podpis ako obligatórna náležitosť písomnej formy

Platná právna úprava pre riadne dodržanie písomnej formy vyžaduje nielen písomné vyjadrenie vôle, ale aj podpis konajúceho kontrahenta. Podpis by mal predovšetkým zaručovať identifikáciu tohoto konajúceho kontrahenta (najmä voči adresátovi právneho jednania) a tiež pravosť podpísanej listiny. Podpis prirodzene umožňuje určiť, kto listinu vyhotovil. Podpísanie listiny tiež sťažuje jej falšovanie. I podľa súčasnej judikatury je písomný prejav vôle perfektný až podpisom konajúcej osoby (zrov. rozhodnutie sp. zn. Rc 28/61). Ak právne jednanie realizuje viacero osôb, nemusia byť ich podpisy vždy na tej istej listine (napríklad každý zo subjektov sa môže podpísať na inom rovnopise listiny). Ak ide o zmluvu, nemusí každá zmluvná strana podpísať celý text zmluvy. Stačí, že navrhovateľ podpíše ofertu a prijímajúci kontrahent potom podpíše akceptáciu. Výnimku z tohto pravidla môže stanoviť zákon – robí tak napríklad pre zmluvy o prevodoch nehnuteľností (zrov. druhú vetu ustanovenie § 46 ods 2 občianskeho zákonníku).

V prostredí Českej republiky občiansky zákonník používa pojem „podpis“, a to bez toho, že by bližšie označoval, čo za podpis vlastne považuje. Obecne je možné uviesť, že podpisom sa rozumie ručne písané priezvisko (meno) alebo iný identifikačný znak (pseudonym) osoby, ktorá podpis napísala. Vychádza sa zo všeobecne uznaného presvedčenia, že sa každý človek podpisuje zakaždým rovnako a podľa podpisu ho je možné kedykoľvek neskôr identifikovať²³⁸.

Požiadavka na vlastnoručnosť podpisu nie je v českom občianskom práve vyjadrený tak zreteľne, ako

je tomu napríklad v práve nemeckom (zrov. ustanovenie § 126 nemeckého občianskeho zákonníku). Avšak vzhľadom na logický výklad ustanovenia § 40 ods 3 občianskeho zákonníku možno súdiť, že podpisom je myslený len podpis vlastnoručný. Podpisom totiž nie sú iné (mechanické) označenia (napríklad odtlačok pečiatky, faksimile), ktoré môžu v určitých prípadoch podpis nahradiť (§ 40 ods 3 občianskeho zákonníku, veta druhá). Podpisom preto nie je ani meno a priezvisko napísané pod text v textovom editore a následne vytlačené. Vlastnoručnosť je tiež vylúčená v prípadoch, keď ruku konajúceho v prevažnej miere vedie pomocník (napríklad ak je jedináci kontrahent nemožný). Fyzická pomoc tretej osoby pri podpisovaní vylúčená úplne nie je (dovolená je napríklad podpora ruky, nie však vedenie celého podpisu), tzn. musí byť zachovaná minimálne individualita ťahu písma²³⁹. Podpisom je v prvom rade uvedenie mena a priezviska, väčšinou sa akceptuje aj prosté uvedenie priezviska. Obecne možno pripustiť aj pseudonym (ak je dostatočne známy a o identite podpisujúceho niet pochyb – akékoľvek fantazijné meno však nepostačuje). Ako podpis však nemožno *a priori* odmietnuť ani uvedenie samotného mena (napr. Tomáš), ak možno z obsahu právneho jednania nepochybne určiť daného jedináceho kontrahenta (tak tomu bude iste v prípade právneho jednania medzi blízkymi ľuďmi). Takéto riešenie zodpovedá aj snahe o nahliadnutie na právne jednanie v pochybnostiach skôr ako na platné, čo je v súlade s princípom autonómie vôle. Podpisom však nemôže byť iba uvedenie príbuzenského pomeru či iné blízkosti k adresátovi (napríklad „S úctou Váš ctený obchodný partner“). Podpis má totiž nielen identifikačnú funkciu, ale je symbolickým dovŕšením právneho konania. Symbolika podpisu spočíva v tom, že sa osoba týmto spôsobom hlási k predmetnému textu a dáva najavo svoj súhlas s ním. Podpis nemusí byť čitateľný. Často býva veľmi zjednodušený, ale napriek tomu si uchováva charakteristické znaky. Odbornou analýzou možno dospieť s relatívne veľkou istotou k záveru, či skúmaný podpis písala určitá osoba. Nesmie sa však jednať len o iniciálky, znamenia alebo iné skrátenie priezviska alebo mena. Malo by byť čitateľné aspoň začiatkové písmeno a z celkového výzoru ďalších ťahov by malo byť spoznatelné, že má ísť o podpis daného kontrahenta. Ak by sa za začiatkové písmeno nachádzala napríklad bodka, išlo by o iniciálky a nie o podpis. Na hodnotenie podpisov by sa malo nahliadať zrejme výkladom *largo sensu* – ak sa teda daný kontrahent podpisuje nečitateľne vždy, bolo by zvláštne, keby po ňom pri právnom jednaní bol vyžadovaný krasopisný podpis. Z praktického hľadiska možno odporučiť, aby k nečitateľnému podpisu bolo uvedené meno jedináceho čitateľným spôsobom (napríklad tlačným písmom).

236 IV. Pracovná skupina uvádza tri hlavné možné druhy registrových systémov: 1) Štátne registre (*Governmental registries*), 2) Centrálne registre (*Central registries*) – pre komerčné skupiny, ktoré vykonávajú svoje transakcie cez súkromnú sieť, a sú prístupné len svojim členom, 3) Súkromné registre (*Private registries*) – môžu fungovať cez otvorenú či polootvorenú sieť.

237 Viz Dokument, s. 15.

238 Ak sa človek podpíše napríklad ľavou rukou alebo tlačným písmom, aj keď je v skutočnosti pravák a pravidelne sa podpisuje písaným písmom, jedná sa o excus, ktorý nemôže racionalitu vyššie uvedeného záveru zvrátiť. Ak sa osoba nemôže napríklad z dôvodu úrazu podpísať rukou, ale naučila sa písať napríklad pomocou nôh alebo ceruzkou držanou v ústach, treba taký podpis uznať za vlastnoručný.

239 Podobne rozhodol Najvyšší súd (zrov. rozhodnutie z dňa 11. februára 1951, sp. zn. R 202/49), keď uznal za vlastnoručný podpis zostaviteľky, ktorá začala podpisovať spočiatku bez podpory, avšak pre telesnú slabosť sa jej nepodarilo napísať úplne a jasne nie krstné meno. Preto požiadala svedka, aby jej pri podpise pomohol. Svedok jej podržal ruku v lakti a s jeho pomocou zostaviteľka podpísala svoje priezvisko. Aj keď jej pri podpise pomáhal svedok, predsa tento podpis bol výsledkom vôle zostaviteľky a jej vlastnoručným jednaním.

Podpis musí byť umiestnený pod textom (odtiaľ jeho názov), nemôže sa nachádzať nad textom, alebo vedľa textu. Uvedenie miesta a času podpisania nie je obvykle vyžadované. Ak je príslušný dokument podpísaný bez ďalších formalít, jedná sa podľa doktríny o súkromnú listinu. S ňou nie je v žiadnom prípade spojená domnienka pravdivosti a pravosti (ako je tomu u verejných listín – porov. § 134 občanského súdného rádu). Je preto na tom, kto sa súkromnej listiny dovoľáva, aby dokázal jej hodnovernosť, prípadne pravosť podpisu na listine.

Pre ďalšie úvahy v kontexte virtualizácie kontraktácie je významné, že podpis môže byť nahradený mechanickými prostriedkami. Takéto nahradenie podpisu je možné v prípadoch, keď je to obvyklé. Bežný prípad sa posudzuje vzhľadom na charakter právneho jednania, na zavedenú prax strán, nie vzhľadom k prostriedku komunikácie. Ako napodobenina podpisu prichádza do úvahy pečiatka, faksimile (skopírovanie podpisu), naskenovanie podpisu a jeho vytlačenie na príslušnom tlačierenskom zariadení.

6.6 Nahradenie podpisu inými právom uznanými prostriedkami

Písomná forma je zachovaná, ak je právny úkon uskutočnený napríklad dnes už nefungujúcim telegramom alebo ďalekopisom²⁴⁰, prípadne elektronickou formou, ako bude objasnené nižšie v tejto subkapitole. Evolučným nástupcom ďalekopisu sa stal fax (faxový prístroj). Jeho názov pochádza z latinského *fac simile* (v preklade „rob podobne“). Rozdiel od ďalekopisu spočíva v tom, že neprenáša zakódovaný text, ale obraz²⁴¹. Z práve podaného je zjavné, že na začiatku stojí právne jednanie v písomnej forme (v klasickej podobe – originál listiny, zadania správy), ktoré je prenášané na určitú vzdialenosť. Preto je potrebné zdôrazniť, že o právne ujednanie v písomnej forme nepôjde, ak bude zaslaná faxová správa bez podpisu, prípadne, ak bol telegram zaslaný bez toho, aby bol na začiatku podpísaný jeho zadanie (či aby bol pripojený dohodnutý kód). Zákon potom priznáva vzniknutej kópii alebo záznamu rovnaké účinky, ako má originálne právne jednanie. Existujú však názory (napr. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.), ktoré práve uvedený záver sporujú tvrdiac, že kópia alebo záznam iba preukazujú existenciu písomnej formy – dajú sa použiť k preukázaniu, ale neide o písomnú formu ako takú. Analogicky práve uvedené platí napr. v prípade použitia kópie cenného papiera k jeho umoreniu nie sú dané zhodné účinnky ako pri originále.

Písomná forma je rovnako zachovaná, ak je právny úkon kontrahenta uskutočnený elektronickými prostriedkami, ktoré umožňujú zachytenie obsahu právneho jednania a určenie jednajúceho kontrahenta. Pri skúmaní tejto problematiky je potrebné bližšie obozná-

menie sa so zákonom č. 227/2000 Sb., o elektronickom podpise, pretože k tomu, aby bol naplnený požiadavok písomnosti, je potrebné elektronický dokument elektronicky podpísať. Aj tento elektronický podpis je možno nahradiť podľa ustanovenia § 40 ods 3 obč. zák., ak je to v občianskoprávnom styku obvyklé. Inou situáciou je elektronická kontraktácia uskutočňovaná prostredníctvom informačného systému dátových schránok, kde sa elektronický podpis vôbec nevyžaduje – v podrobnostiach viď zvláštnu časť tohto článku. Potreba dať elektronickej komunikácii právny rámec vyplýva z dvoch smerníc Európskeho spoločenstva. Smernica č. 1999/93/ES, o zásadách spoločenstva pre elektronické podpisy zakazuje členským štátom podmieňovať poskytovanie certifikačných služieb predbežným povolením. Namiesto toho má bezpečie právneho styku zaručiť zodpovednosť poskytovateľa certifikačných služieb za správnosť a funkčnosť osvedčenia v okamihu jeho vystavenia (zrov. ustanovenie článku 6 cit. smernice). Smernica členské štáty súčasne zaväzuje, aby zabezpečili, že elektronické podpisy založené na kvalifikovaných certifikátoch a vytvorené pomocou prostriedkov pre bezpečné vytvorenie podpisu (i) budú mať rovnaké právne účinky ako vlastnoručný podpis vo vzťahu k údajom vlastnoručne písaným alebo vytlačeným na papieri, (ii) budú pripustené ako dôkazy v súdnom konaní (článok 5 odsek 1 cit. smernice). Z toho vyplýva nutnosť považovať zaručený elektronický podpis za rovnoprávny s vlastnoručným podpisom, ako to nakoniec vyplýva z usntoavenia § 40 ods 4 občianskeho zákonníku. Smernica č. 2000/31/ES, o elektronickom obchode, obsahuje okrem všeobecných požiadaviek kladených na poskytovateľa služieb informačnej spoločnosti taktiež niektoré ustanovenia týkajúce sa tu sledovanej oblasti. Podľa článku 9 odsek 1 musia členské štáty zabezpečiť, aby právny poriadok umožňoval uzatváranie zmlúv elektronicky (podľa bodu 34 recitálu smernice členské štáty prispôbia svoje právne predpisy, ktoré by mohli brániť používaniu zmlúv elektronickou formou; to platí najmä pre formálne požiadavky). Tým však nie je vylúčená možnosť vyžadovať kvalifikovanú formu elektronického podpisu – čo vyplýva z bodu 35 recitálu smernice (členské štáty môžu ponechať alebo ustanoviť pre zmluvy všeobecné alebo špecifické právne požiadavky, ktoré možno splniť elektronickými prostriedkami, najmä požiadavky na bezpečnosť elektronických podpisov). Smernice v článku 9 odsek 2 dáva členským štátom právo vylúčiť uzatváranie niektorých zmlúv v elektronickej forme (zrov. tiež bod 36 recitálu smernice). Konkrétne sa jedná o zmluvy zakladajúce alebo realizujúce práva k nehnuteľnostiam, zmluvy, pri ktorých je zákonom predpísaná súčinnosť orgánov verejnej moci alebo osôb vykonávajúcich verejnú moc, zmluvy o zaistení, ktoré osoby uzatvárajú mimo svoju obchodnú alebo profesijnú činnosť, a zmluvy z oblasti rodinného a dedičského práva. Český právny poriadok pozná prípady, kedy nie je elektronická forma prípustená – napríklad závet, pri ktorej sa vyžaduje vlastnoručný podpis, alebo právne jednanie, pre ktoré je nutná forma notárskeho zápisu.

240 Ďalekopis je telekomunikačné zariadenie umožňujúce bezobslužný dátový prenos textových správ po špeciálnych alebo aj telefónnych linkách. Posledná telexová ústredňa bola v ČR vypnutá 1. 7. 2008.

241 Fax skenuje písaný text z papiera a pošle ho v binárnej forme pomocou telefónnej linky na iný faxový prístroj. Ten správu prijme a vytlačí jej kópiu na papier.

6.7 Elektronický podpis

Proces uzatvárania kontraktov vo virtuálnom svete, konkrétne teda v podobe elektronických zmlúv, nadobudol nový rozmer práve zákonom o elektronickom podpise.²⁴² Prijatie právnej úpravy tohto ešte stále relatívne nového, avšak minimálne praxou už úspešne zaužívaného, právneho inštitútu, bolo sprevádzané viacerými nie celkom prezieravými a vhodne vyargumentovanými názorovými predstavami o nutnosti právne regulovať sféru elektronických komunikácií práve prostredníctvom elektronického podpisu. Bol to končene až zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickom popisu, ve znění pozdějších předpisů (ďalej i ako „zákon o elektronickom podpise“), ktorý priniesol do českého právneho poriadku tento nový mechanizmus poskytujúci písomným kontraktom nový, do tejto doby neupravený, koncept (navyše tak došlo i k úprave poslednej vety dikcie § 40 ObčZ, konkrétne odstavca tretieho.²⁴³). Tento zákon transponoval do českej legislatívy smernicu Európskeho parlamentu a Rady 1999/03/ES z 13.decembra 1999 o zásadách Spoločenstva pre elektronické podpisy.

Úvodom je na mieste poznamenať, že elektronický podpis ako fundamentálny atribút elektronickej formy jednania a vzájomnej komunikácie je typickým v štyroch základných druhoch. Na rozdiel od vyššie uvedenej európskej smernice, ktorá zaviedla inštitút elektronického prostriedku do právneho poriadku Českej republiky, je česká právna úprava postavená na tzv. *technologickej neutralite*. To v skutku znamená, že právne dôsledky jednania príslušného kontrahenta sú spojené s akýmkoľvek elektronickým podpisom. Takéto poňatie technologickej neutrality nie je obsiahnuté v zhora uvedenej smernici (dokonca by sa dalo konštatovať, že smernica stanoví v čl. 5 pravý opak, keď preferuje tzv. zaručený elektronický podpis.). V tejto súvislosti je tiež dôležité uviesť, že i niektoré štáty Európskych spoločenstiev neobsahujú vo svojej národnej legislatíve princíp technologickej neutrality. Typickým príkladom okrem iného je i Belgické kráľovstvo.²⁴⁴ V týchto štátoch sa tak spájajú všetky právne úkony uskutočňované v elektronickej forme výhradne prostredníctvom zaručeného elektronického podpisu. Dalo by sa iba polemizovať nad tým, aké dôsledky pre samotnú kontraktáciu by oprotienie sa od princípu technologickej neutrality vyvstali v prostredí Českej republiky.

242 Na tomto mieste je vhodné generálne upozorniť, že v ďalších častiach uvedený text vychádza z matérie podanej komentárom k občianskemu zákonníku pod gesciou Prof. Švestku. Jedná sa o dvojdielnu publikáciu Švestka, J. - Spáčil, J. - Škárová, M. - Hulmák, M. Občanský zákoník I. Komentář. Praha, C.H. Beck, 2008

243 Aktuálne znenie § 40 odst. 3 ObčZ je nasledovné: *Písemný právní úkon je platný, je-li podepsán jednou osobou; činí-li právní úkon více osob, nemusí být jejich podpisy na téže listině, ledaže právní předpis stanoví jinak. Podpis může být nabízen mechanickými prostředky v případech, kdy je to obvyklé. Je-li právní úkon učiněn elektronickými prostředky, může být podepsán elektronicky podle zvláštních předpisů.*

244 Prof. Bourgeois v tomto smere pripomína, že flámska vláda v dobe prijímania tohto predpisu apelovala na technologickú neutralitu v použití elektronického podpisu. Nakoniec však došlo k transponovaniu príslušného znenia smernice v celom Belgickom kráľovstve.

Podpis písomných právnych úkonov sleduje v podstate trojaký funkciu²⁴⁵:

1. označenie toho, kto realizoval právny úkon (z tohto hľadiska ide o súčasť obsahu prejavu vôle, tj denotát príslušného oznámenia v sebe zahŕňa informáciu o tom, kto má byť považovaný za autora oznámenia) (podpis vykazuje tzv. „označovaciu funkciu“);
2. potvrdenie, že ten, kto príslušný právny úkon uskutočnil, tento právny úkon skutočne uskutočniť chcel a že ide o prejav jeho vlastnej vôle (nie nutne jeho vlastný prejav vôle) (z tohto hľadiska je podpis súčasťou obsahu samotnej - samozrejme prejavenej - vôle; prejav tejto vôle nemá za cieľ iba identifikáciu osoby, ktorej má byť právny úkon pripočítaný, ale má aj deklarovať obsah právneho úkonu ako prejav vôle práve tej osoby, ktorá právny úkon uskutočnila a pripojením svojho podpisu sa k nemu sama hlási) (podpis vykazuje tzv. „deklaračnú funkciu“);
3. overenie totožnosti konajúceho kontrahenta (z tohto hľadiska podpis nie je súčasťou ani samotné vôle, ani jej prejavu, ale jedným z dôkazov o tom, kto podpísal, poťažmo uskutočnil daný právny úkon) (podpis vykazuje tzv. „dôkaznú funkciu“).

Tieto tri rôzne funkcie môže elektronický podpis plniť v rôznej miere a rôznymi prostriedkami a v každom prípade inak ako bežný (rukopisný) podpis. Prvú funkciu, tj samotné označenie toho, kto má byť považovaný za osobu, ktorá uskutočnila právny úkon, môže plniť aj prostý elektronický podpis v zmysle ustanovenia § 2 písm. a) zákona o elektronickom podpise (ďalšie ďalej), t.j. údaje v elektronickej podobe, ktoré sú pripojené k dátovej správe alebo sú s ňou logicky spojené a ktoré umožňujú overenie totožnosti podpísanej osoby vo vzťahu k dátovej správe. V súčasnosti už prakticky nie je sporu v tom, že takýmto elektronickým podpisom môže byť aj meno pripojené k bežnému e-mailu v rámci elektronickej komunikácie, hoci takýto podpis umožňuje skôr iba určenie osoby, ktorá má byť považovaná za autora príslušnej správy (tj osoby, ktorá realizuje daný právny úkon), ako jednoznačné „overenie“ jej „totožnosti“ v zmysle ustanovenia § 2 ods a) zákona. V každom prípade takýto elektronický podpis (rovnako tak ako jeho vyspelejšie podoby) môže plniť funkciu podpisu potiaľ, pokiaľ touto funkciou je prosté označenie toho, kto urobil právny úkon.

Problematickejšie je, do akej miery môže elektronický podpis plniť druhú funkciu podpisu, tj deklarovať, že obsah právneho úkonu je skutočne prejavom vôle podpísanej osoby. Na rozdiel od bežného (vlastnoručného) podpisu elektronický podpis nepredstavuje nič, čo by bolo priamym odrazom osobnosti podpisujúcej sa osoby, tak aby určitá súčasť tejto osobnosti mohla byť zaznamenaná na príslušnom oznámení a vyhlasovať ich

245 V podrobnostech viď odborný článok Karla Čermáka publikovaný 21. marca 2003 na serveri itpravo.cz, dostupný pod odkazom: <http://www.it-pravo.cz/index.shtml?x=114821>

za oznámenie, ktoré má byť tejto osobe z jej vlastnej vôle pripočítané. Bežný elektronický podpis (napr. v podobe určitého mena a priezviska), tzn. jednoduchý elektronický podpis, je možno umiestniť za ľubovoľnú elektronickú správu bez ohľadu na to, kto túto správu vytvoril, kto ju odosiela a prípadne kto má v úmysle spôsobiť účinky, ktoré právo s takouto správou ako s právnym úkonom spája. Je to situácia podobná tej, keď pod text zmluvy alebo iný písomný prejav vôle na papieri je pripojené natlačené alebo strojom napísané meno určitej osoby, prípadne keď meno takejto osoby je pripojené k zneniu príslušného zdelenia obsiahnutého v príslušnom elektronickej pošte. Takéto nadpísané alebo natlačené meno nemožno považovať za spoľahlivé potvrdenie toho, že osoba označená takýmto nadpísaným alebo vytlačeným menom je skutočne osobou a chce byť považovaná za osobu, ktorá urobila príslušný právny úkon. Pripojenie takéhoto nadpísaného alebo vytlačeného mena preto nemôže plniť druhú zo základných funkcií podpisu, tj nielen označovať, ale aj určitým spôsobom kvalifikovane potvrdzovať, že príslušný právny úkon z vlastnej vôle urobila práve podpísaná osoba.

Na strane druhej je však na mieste podotknúť, že pre zaručený elektronický podpis je charakteristické, že bol vytvorený a pripojený k dátovej správe pomocou prostriedkov, ktoré podpisujúca osoba môže udržať pod svojou výhradnou kontrolou, a je k dátovej správe, ku ktorej sa vzťahuje, pripojený takým spôsobom, že je možné zistiť akúkoľvek následnú zmenu dát. Je to prostriedok podobný napríklad pečati alebo pečiatke. Samotná pečať ani samotná pečiatka doteraz súkromnoprávnej sfére nemohli nahradiť podpis, a to práve s ohľadom okrem iného na jeho druhú, tzv. „deklaračnú“ funkciu.

Ak teda zákon výslovne zaviedol možnosť používania elektronického podpisu (a to novelizáciou ustanovenia § 40 odsek 3 Občianskeho zákonníka), v praxi realizovanú práve zákonom o elektronickom podpise, je nutné pri ďalších úvahách o elektronickom (ale iba elektronickom) podpise z tohto platného právneho stavu vychádzať. Karel Čermák²⁴⁶ v tejto súvislosti dopĺňa, že zákonodarca, zrejme vzhľadom k tomu, že elektronický podpis má oproti bežnému podpisu niektoré výhody, pripustil určité oslabenie deklaračnej funkcie podpisu, a to práve a len vo vzťahu k elektronickému podpisu.

Tretiu, „dokaznú“ funkciu podpisu, tj overenie totožnosti konajúceho kontrahenta, môže plniť ako bežný (obyčajný) elektronický podpis, tak aj elektronický podpis v niektorej z jeho zaručených foriem (súhrnne ďalej ako zaručený elektronický podpis). Robí tak však trochu iným spôsobom ako bežný (rukopisný) podpis (k tomu bližšie v nasledujúcej kapitole tohto článku).

S ohľadom na vyššie uvedené je však nad rámec úvah Karla Čermáka²⁴⁷ potreba zrejme taktiež uviesť, že podpis ako právny inštitút plní i štvrtú funkciu, a tou je fixácia obsahu predmetného znenia textu. Je teda možné povedať, že akékoľvek zdelenie napísané pod podpisom, resp. za podpisom, bude nutné považovať za nenapísané.

6.7.1 Vybrané otázky jednotlivých druhov elektronického podpisu

Nezriedka sa stáva, že pojmy ako elektronický podpis a zaručený elektronický podpis sú chybné zamieňané. Tento postup je nutné vzhľadom na zákonnú súčasnú dikciu, ako bolo stručne naznačené už vyššie, odmietnuť. Zákon definuje elektronický podpis celkom jednoznačne, a to ako údaje v elektronickej podobe, ktoré sú k príslušnej dátovej správe²⁴⁸ pripojené, resp. ktoré sú s ňou logicky spojené a ktoré slúžia ako metóda k jednoznačnému overeniu identity príslušnej podpísanej osoby, a to vo vzťahu k dátovej správe. Značné spresnenie následne priniesla i novela zákona o elektronickom podpise zákonom č. 440/2004 Sb. Týmto právnym normatívnym aktom sa k vyššie uvedenému vysvetleniu elektronického podpisu pripojilo spresnenie tak, že sa pripojila požiadavka jednoznačného overenia. Dôvodom pre toto legislatívne spresnenie bola skutočnosť, aby jednoznačným spôsobom došlo k určeniu, či pripojenie mena a priezviska do správy elektronickej pošty predstavuje elektronický podpis a či odpovedá jeho zákonným charakteristikám. K tejto otázke je vhodné ešte podotknúť, že sa nejedná o jednoznačné overenie v absolútnom zmysle. Charakter elektronického podpisu tak môže mať k príslušnému textu správy či kontraktu pripojené vopred dohodnuté či inak zjednané heslo. Táto skutočnosť sa však nevzťahuje na naskenovaný podpis, ktorý je vyjadrený v elektronickej podobe a je pripojený k danej správe (k tomu viď výnimku podľa § 40 odst. 3 ObčZ – vysvetlenie v predchádzajúcej subkapitole). Právne významnou je i otázka, či je možné považovať za elektronický podpis taký podpis, ktorý bol technickými prostriedkami vygenerovaný (najčastejšie rôznymi software tretích strán) a slúži ako automatický podpis napríklad na rôznych automatických formulároch. Vzhľadom na vyššie uvedenú dikciu zákona č. 440/2004 je nutné takýto „podpis“ odmietnuť, t.j. takéto grafické vyjadrenie nebude naplňovať zákonné požiadavky kladené na elektronický podpis.

Ako bolo uvedené vyššie, ústredným teoreticko-právnym východiskom je v tejto súvislosti pojem *dátovej správy*. Na základe definície podanej samotným zákonom o elektronickom podpise²⁴⁹ je možné tiež uviesť, že dátová správa nemusí byť výhradne správou zaznamenanou písmom, čiže znakovým systémom používaným k zachyteniu rozličného obsahu prirodzeného jazyka (typicky latinkou či gréckou abecedou – alfabetou). Dátová správa rovnako nemusí vôbec (napr. zašifrovane) predstavovať či akýmkoľvek spôsobom vyjadrovať sémantické a syntaktické prostriedky prirodzeného jazyka. Plne v tejto súvislosti postačí, ak sa bude jednať o sémiotický celok (rôzne konštrukcie, funkcie, grafy či iné elementy typické pre elektronickú kontrak-

246 Vid' tamtiež.

247 Vid' tamtiež.

248 V tomto prípade je potreba odlišovať obecnú dátovú správu od dátovej správy ako špecifického inštitutu založeného zákonom č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonoch a autorizované konverzi dokumentu.

249 § 2 písm. d) zákona o elektronickom podpise stanoví: *Pro účely tohoto zákona se rozumí datovou zprávou elektronická data, která lze přenášet prostředky pro elektronickou komunikaci a uchovávat na záznamových médiích, používaných při zpracování a přenosu dat elektronickou formou*

táciu realizovanú medzi jednotlivými kontrahentmi). V tomto svetle je vhodné tiež pripomenúť, že nie každá dátová správa bude automaticky právnym úkonom. Právnym úkonom bude iba taká dátová správa, ktorú je možné považovať za prejav vôle smerujúci k vyvolaniu právnych následkov – teda určité právne relevantné zdelenie, ktorému je možné pripisovať právny význam. O takomto zdelení je možné mať potom za to, že je nadané takými charakteristikami, ktoré v medziľudskej komunikácii predstavujú prejav vôle smerujúci jednoznačne k vyvolaniu právnych účinkov – typicky teda pôjde o uzatvorenie príslušného kontraktu či o prijatie jednotlivého záväzku z neho plynúceho.

Zákon o elektronickom podpise obsahuje i definíciu pre zaručený elektronický podpis. Je ním, vychádzajúc zo zákonnej definície, taký podpis, ktorý je jednoznačne spojený s podpisujúcou osobou (signatárom) a rovnako taký podpis, ktorý umožňuje identifikáciu podpisujúcej osoby vo vzťahu k príslušnej dátovej správe. Ďalšou definíciou požiadavkou je i skutočnosť, že sa musí jednať o podpis, ktorý bol vytvorený a pripojený k príslušnej dátovej správe pomocou tzv. prostriedkov, ktorých môže signatár udržať pod svojou výhradnou kontrolou a ďalej taký podpis, ktorý je k dátovej správe (rozumej správe, ku ktorej sa vzťahuje) pripojený takým spôsobom, že na jeho základe je preukázateľne možné zistiť a následne overiť prípadnú následnú zmenu dát.

Obecne sa dá ďalej uviesť, že ak sa v praxi hovorí o problematike systému dvoch kľúčov, pôjde vždy o tento zaručený elektronický podpis. V rovine praktickej sa tak príslušná transakcia odohráva tak, že kontrahent za pomoci privátneho (súkromného) kľúča podpisuje príslušný elektronický dokument (napríklad kontrakt samotný). Odpovedajúcim postupom je potom činnosť adresáta v transakcii (v prípade kontraktácie najčastejšie pôjde logicky o obláta), keď tento za pomoci použitia tzv. verejného kľúča zisťuje podpisujúcu osobu a a eventuálne zásahy do doručovaného elektronického dokumentu (príp. zmluvy). Technicky vzaté je verejný kľúč automaticky pripojený k zasielanému dokumentu jedným z kontrahentov. Dá sa teda povedať, že je jeho priamou súčasťou. V tejto súvislosti je nutné na pravú mieru uviesť fakt, že pri použití zaručeného elektronického podpisu nie je dokument podpisovaný pomocou tohto druhu podpisu žiadnym spôsobom šifrovaný. Nesporne, pokiaľ kontrahenti prejavia záujem o bezpečnú komunikáciu, najčastejšie v praxi dochádza k výberu aplikácie tretej strany, ktorej software sa na zašifrovanie jednotlivých správ, dokumentov, či kontraktov použije.²⁵⁰ Inými slovami je teda možné uviesť, že i použitím zaručeného elektronického podpisu pri elektronickej kontraktácii je obsah príslušného dokumentu čitateľný bez nutnosti použitia akéhokoľvek hesla či iného autentizátora.

250 V tejto súvislosti je možné iba v krátkosti podotknúť, že v praxi veľkých spoločností sa najčastejšie používajú kryptovacie programy komerčného charakteru, ktoré po enkryptovaní príslušného súboru umožňujú relatívne stabilnú a vysokú bezpečnosť tohto súboru. Pomocou niekoľko bitového šifrovania tak dochádza k uzamknutiu príslušného dokumentu heslom, ktoré je známe obom kontrahentom a pomocou ktorého je následne po prijatí dokumentu možné tento dekryptovať.

Istú vyššiu formu bezpečnosti a adresnosti elektronického podpisu predstavuje tzv. zaručený elektronický podpis založený na kvalifikovanom certifikáte. Stručne povedané, v tomto prípade zákon stanovuje ďalšie pravidlá týkajúce sa predovšetkým vybavenia tzv. kvalifikovaného poskytovateľa certifikačných služieb. Rovnako sa tieto pravidlá týkajú i požiadaviek na bezpečnosť ako na strane kvalifikovaného poskytovateľa, tak i na strane technického prevedenia daného certifikátu. Celkom iste je teda na mieste, že i na zmluvu uzatváranú kvalifikovaným poskytovateľom s jednotlivými záujemcami o zaručený elektronický podpis založený na kvalifikovanom certifikáte, sú zákonom kladené vyššie nároky. Pri použití tohto vyššieho štandardu zaručeného elektronického podpisu platí nasledujúce: Pri použití zaručeného elektronického podpisu založeného na kvalifikovanom certifikáte a súčasne vytvoreného pomocou prostriedku pre bezpečné vytváranie podpisu je možné technicky overiť (a zákon túto skutočnosť upravuje dikciou § 6 a nasl. zákona o elektronickom podpise), že dátová správa či touto formou podpísaný dokument bola skutočne jednoznačne podpísaná touto osobou – teda osobou uvedenou na tomto kvalifikovanom certifikáte. Takto nastavená konštrukcia tak technicky i právne umožňuje jednoznačným spôsobom a preukázateľne identifikovať podpisujúceho kontrahenta, čo celkom zásadne, dá sa povedať s dokonalou určitosťou, zvyšuje kvalitatívne úroveň danej komunikácie vo všetkých jej aspektoch.

V podmienkach Českej republiky je situácia zákonom *de lege lata* nastavená v prospech posledne menovaného druhu elektronického podpisu, a síce zaručeného elektronického podpisu založeného na kvalifikovanom certifikáte. Zmyslom tejto konštrukcie je v súčasnosti poskytnúť čo najväčšiu hodnovernosť, adresnosť a určitosť v jednotlivých zúčastnených subjektoch pri realizácii komunikácie vo vzťahu k orgánom štátnej správy, resp. vo vzťahu orgánov štátnej správy k jednotlivým subjektom. V prípade komunikácie vo vzťahu s orgánmi štátnej správy dikcia zákona, konkrétne § 11, vyžaduje, aby takýto certifikát pochádzal od akreditovaného poskytovateľa. Často krát sa v súvislosti pomenovania tohto druhu elektronického podpisu stretávame i s označením tzv. uznávaný elektronický podpis. Súčasná platná legislatíva nie je postavená na podmienke *sine qua non* spočívajúcej na tom, že uznávaný elektronický podpis sa bude v komunikácii s orgánmi štátnej správy aplikovať vždy a bez ďalšieho. I keď na tomto mieste nie je možné podať vyčerpávajúci prehľad situácií, v ktorých sa tak deje, ako vhodné sa preto javí iba nasledujúce stručné generálne zhrnutie ilustrované jednoduchým rozdelením. Typicky v reálnom živote používania uznávaného elektronického podpisu dochádza k praxi, že tento je vyžadovaný štátnymi orgánmi obzvlášť v prípade rôznych podaní v správnom konaní vedených podľa zákona č. 500/2004 Sb., správny rád, ve znění pozdějších předpisů. Takto istým spôsobom rigidný prístup potom nie je vyžadovaný napríklad v postupe podľa zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, podľa ktorého nie je vyžadovaný uznávaný elek-

tronický podpis (napr. v prípade podania sťažnosti či inej žiadosti).

6.7.2 Elektronické značky a súvisiace otázky

Tento rovnako ešte stále relatívne nový právny inštitút priniesol do právneho rámca českej legislatívy až vyššie uvedený zákon č. 440/2004 Sb. Elektronická značka, stručne povedané, je z hľadiska technologického v podstate zhodná s elektronickým podpisom. Ostatne zo samotného textu zákona jasne vyplýva, že jednotlivé zákonné požiadavky kladené na zaručený elektronický podpis sú temer zhodné s požiadavkami kladenými na elektronické značky. Pre kontrahentov je dôležité, že sa jedná o digitálny podpis *sui generis*, pričom pre vlastné vytváranie tohto druhu podpisu (rozumej vytváranie elektronických značiek), resp. prijímanie dátových správ ním označených nie je nutné vynakladať ďalšie finančné náklady na zakúpenie dodatočného software tretej strany. Z technického hľadiska by sa dalo konštatovať, že nie je rozdiel medzi elektronickou značkou a zaručeným elektronickým podpisom.²⁵¹ Tento rozdiel je však v rovine právnej. Veľmi zjednodušene povedané, elektronický podpis je možné vytvoriť zo zákona iba fyzickou osobou – podobne ako podpis vlastnoručný napríklad na papier. V prípade elektronickej značky však dochádza k tomu, že elektronickou značkou označujú jednotlivé dátové správy nielen fyzické osoby, ale i osoby právnické (vrátane organizačnej zložky štátu). Na tomto mieste je vhodné uviesť poznámku, že elektronickú značku si je asi najlepšie možné predstaviť ako akýsi odtlačok úradnej pečiatky. Štátne orgány sú tak schopné vydávať príslušné listiny v plnom rozsahu v elektronickej podobe, pričom takéto dokumenty je možné označovať elektronickou značkou – tým sa, nepochybne, aj naďalej vydávanie takýchto dokumentov urýchľuje a zjednodušuje. Navyše, práve uvedené dokumenty je možné podpisovať pomocou elektronických značiek plne automatizovane, t.j. bez akejkoľvek dodatočnej nutnosti a po vhodnej bezpečnostnej parametrizácii overovať príslušný obsah každej takto označenej dátovej správy (dokumentu). Slovanami zákona sa teda jedná o údaje v elektronickej podobe, ktoré sú pripojené k dátovej správe alebo sú s ňou logicky spojené a ktoré spĺňujú nasledujúce požiadavky – a) sú jednoznačne spojené s označujúcou osobou a umožňujú jej identifikáciu prostredníctvom kvalifikovaného systémového certifikátu, b) boli vytvorené a pripojené k dátovej správe pomocou prostriedkov pre vytváranie elektronických značiek, ktoré označujúca osoba môže udržať pod svojou výhradnou kontrolou, c) sú k dátovej správe, ku ktorej sa vzťahujú, pripojené takým spôsobom, že je možné zistiť akúkoľvek následnú zmenu dát. Pri hľadaní teleológie príslušnej zákonnej normy a dôvodov jej právnej aprobácie je nápomocná predovšetkým dôvodová správa. Dôvodová správa k zákonu č. 440/2004 jasne určila, že prínosom elektronických značiek je nasledujúca skutočnosť: Elektronickými značkami môžu byť dátové správy označované tak, že je iniciovaná funkcia prostriedku, ktorý ich

vytvára, pričom označovanie potom môže prebiehať bez dodatočnej priamej súčinnosti príslušnej označujúcej osoby (kontrahenta)²⁵². Týmto aspektom sa i elektronická značka odlišuje od zaručeného elektronického podpisu. Elektronický podpis je totiž vytváraný, ako bolo naznačené vyššie, vždy fyzickou osobou, a to pre jednu konkrétnu dátovú správu. Z práve uvedeného potom celkom jednoznačne plynie veľká výhoda použitia elektronických značiek. Jedná sa predovšetkým o praktickú možnosť využiť elektronické značky všade tam, kde je nutné dôveryhodným, pochybnosti nevzbudzujúcim spôsobom označiť veľké balíky dátových správ predovšetkým v krátkom čase. Pri takomto spôsobe označovania dátových správ vo veľkom objeme by vytvorenie zaručeného elektronického podpisu pre každú takúto dátovú správu predstavovalo pre jednotlivých kontrahentov zbytočné personálne i časové zaťaženie. S najväčšou pravdepodobnosťou by došlo i k neúmernému finančnému zaťaženiu. Elektronické značky, ako jasne vyplýva z vyššie uvedeného, implikujú pri ich používaní i ďalšiu výhodu – nie je pri nich nutné používať kvalifikovaný certifikát. Tým sa ich použitie v praxi elektronických kontraktácií stáva omnoho operatívnejšie.

V teoreticko-právnej rovine tohto stručného rozboru nie je rovnako bez významu, že z hľadiska perfekcie právneho úkonu zákon zakladá vyvrátenú právnú domnienku v tom zmysle, že ak kontrahent (osoba označivšia dátovú správu) príslušným spôsobom signoval dátovú správu, má sa za to, že tak učinil automatizovaným spôsobom bez toho, aby došlo k priamemu overeniu konkrétneho obsahu jednotlivých správ a rovnako aby s týmto vyjadril svoju vôľu.

Interpretáciou *stricto sensu* by zrejme bolo pomocou použitia *argumenta ad absurdum* možné dospieť až k úvahe, že občiansky zákonník, hovoriac výhradne o elektronickej podpise, nespojuje účinky podpisu právneho úkonu s elektronickými značkami. I keď tento záver vyznieva značne rozporuplne, z hľadiska súčasnej platnej právnej úpravy je potrebné s týmto názorom zrejme súhlasiť. Dôvodov pre túto skutočnosť je viacero. Jedná sa však predovšetkým o fakt, že dokonca ani zákon o elektronickej podpise v obecnej rovine nestavia elektronický podpis a elektronickú značku na rovnaký významový piedestál. Istou výnimkou by mohla byť iba situácia, pokiaľ by sa porovnali uznávaný elektronický podpis (viď vyššie) s elektronickou značkou založenou na kvalifikovanom systémovom certifikáte, ktorý bol vydaný akreditovaným poskytovateľom certifikačných služieb. V podrobnostiach je nutné odkázať na dikciu § 11 odst. 2 zákona o elektronickej podpise. Ďalej tiež platí, že na podporu vyššie uvedenej úvahy je možné argumentovať miestami až rigidným rozlišovaním príslušných zákonných noriem medzi elektronickou značkou a elektronickým podpisom či rovnako medzi označovaním (označujúcou osobou) a podpisovaním (podpisujúcou osobou). Dalo by sa teda skutočne prisvedčiť vyššie uvedenej úvahe, že elektronické značky

251 Pre bližšie informácie viď napr. Molnar, D. Signing Electronic contracts. Dostupné z: <http://xrds.acm.org/article.cfm?aid=351096>

252 K tomu viď napr. Hurewitz, B. J. Electronic Signature Standards Create Contracting Options. Dostupné z: <http://library.findlaw.com/2002/Oct/24/132370.html>

de lege lata nemajú automaticky účinky podpisu tak, ako ho chápe občiansky zákonník. Výnimkou je v tomto smere opäť iba založenie písomnosti podľa už vyššie analyzovanej dikcie § 40 odst. 3 ObčZ. Napriek tejto skutočnosti však elektronické značky majú svoj jedinečný praktický význam vo virtualizovanom svete elektronických kontraktácií.

6.7.3 Elektronické podpisovanie

Obecne platí, že dátová správa v zmysle zákona o elektronickom podpise je podpísaná za predpokladu, že je opatrená elektronickým podpisom. Z hľadiska zákona o elektronickom podpise je zákonodarcom predpokladaná domnienka, že za predpokladu, ak sa nepreukáže opak, platí, že podpisujúci kontrahent sa pred podpísaním tejto dátovej správy s jej obsahom zoznámil.²⁵³ Význam tejto vyvratiteľnej domnienky spočíva predovšetkým v litigačnej fáze prípadného sporu medzi kontrahentmi, a to vo fáze dokazovania. Ako vyplýva z občianskeho zákonníku pre úpravu omylu²⁵⁴ alebo vážnosti právneho úkonu, samotnú existenciu právneho úkonu nie je možné spochybniť výhradne na základe skutočnosti, že kontrahent, ktorý právny úkon činí, sa dostatočne nezoznámil s jeho obsahom (typicky teda napr. s textom obchodných podmienok).

Na mieste je tiež poukázať na skutočnosť, že ak vlastnoručný podpis je možné označiť ako neoddeliteľne spojený s jednajúcim kontrahentom, o elektronickom podpise toto nie je možné konštatovať. Spojenie podpisu a jednajúcej osoby tu totiž absentuje. Z dôvodu zvýšenia právnej istoty potom zákon pamätá i na tieto situácie, keď jednoznačne *expressis verbis imperativis* stanovuje, že podpisujúci kontrahent musí napr. zaobchádzať s prostriedkami a rovnako i s dátami pre vytvorenie zaručeného elektronického podpisu s náležitou starostlivosťou, a to takým spôsobom, aby nemohlo dôjsť k ich neoprávnenému použitiu. Pochopiteľne, pri bežnej podnikateľskej činnosti môže dôjsť k tomu, že práve uvedené povinnosti budú príslušným kontrahentom porušené²⁵⁵. V takomto prípade sa bude postupovať podľa obecných ustanovení občianskeho zákonníku o náhrade škody podľa § 420 a nasl. občianskeho zákonníku. V tomto prípade pôjde na strane príslušného kontrahenta o zodpovednosť za zavinenie. Liberácnym dôvodom pre podpisujúceho kontrahenta v tejto súvislosti však môže byť skutočnosť, ako stanovuje ďalej zákon, že ten kontrahent, ktorému škoda bola spôsobená, neuskutočnil všetky úkony nevyhnutné k overeniu,

že zaručený elektronický podpis je skutočne platný.²⁵⁶ Zákon bližšie nestanoví, čo si *de lege lata* možno predstaviť pod týmito úkonmi. Dalo by sa však vychádzať z ustanovení vyhlášky č. 496/2004 Sb., o elektronických podateľných, v platnom znení. Tá okrem iného stanoví štruktúru údajov kvalifikovaného certifikátu, na základe ktorých je možné podpisujúceho kontrahenta pri prijímaní dátových správ prostredníctvom elektronickej podateľne jednoznačne identifikovať.

Čo sa týka zodpovednosti poskytovateľov certifikačných služieb, ktorí v prípade elektronických kontraktácií zohrávajú pochopiteľne rovnako dôležitú úlohu, je táto zodpovednosť opäť postavená na tzv. občianskoprávnej zodpovednosti vychádzajúcej z dikcie § 420 ObčZ. Táto zodpovednosť by prichádzala do úvahy za predpokladu, že došlo k škode, ktorá bola spôsobená porušením právnych povinností uložených poskytovateľovi certifikačných služieb vydávajúceho kvalifikované certifikáty. I v tomto prípade však existuje pre poskytovateľa možnosť, ako sa tejto občianskoprávnej zodpovednosti zbaviť. Neodpovedať tak bude poskytovateľ v prípade, ak škoda vyplývala z použitia kvalifikovaného certifikátu a ktorá vznikla v dôsledku nedodržania obmedzenia jeho použitia.

Vo všetkých zhora uvedených prípadoch však kontrahenti musia v plnom rozsahu počítať i s obecnou prevenčnou povinnosťou stanovenou § 415 ObčZ. Nedodržanie tejto povinnosti jedným z kontrahentov by, celkom nepochybne, bolo v prípadnom spore k tiazii tohto kontrahenta. V tomto zmysle je dôležité upozorniť i na skutočnosť, že napriek tomu, že zákon o elektronickom podpise v § 5 počíta so zodpovednosťou toho kontrahenta, ktorý disponuje prostriedkami pre vytváranie zaručeného elektronického podpisu, zodpovedným bude v prípade vzniku škody i ten kontrahent, ktorý zneužije prostriedok pre vytváranie bežného (klasického) elektronického podpisu. Takáto zodpovednosť bude založená na základe vyššie spomenutej obcej prevenčnej povinnosti, a tiež i na základe § 42 a § 420 občianskeho zákonníka²⁵⁷.

V súvislosti s vyššie uvedeným si je možné dovoliť i konštatovanie, že zneužitie prostriedku k vytvoreniu elektronického podpisu treťou osobou nevedie z teoreticko-právneho hľadiska k vzniku platného právneho úkonu, z ktorého by jasne vyplývalo, že ním je príslušná osoba viazaná. Navyše je nutné poznamenať, že porušenie povinností stanovených platnými právnymi predpismi adresátom právneho úkonu, tzn. tým kontrahentom, ktorému mu bol doručený typicky návrh na uzatvorenie zmluvy, pri samotnom overovaní platnosti kvalifikovaného certifikátu je spojené výhradne so zbavením zodpovednosti za škodu. Rovnaké pravidlo sa potom uplatní i v prípade, ak v rámci danej elektronickej kon-

253 § 3 cit. Zákona stanoví presne, že: *Dátová správa je podepsaná, pokiaľ je opatrená elektronickým podpisom. Pokiaľ sa neprokáže opak, má sa za to, že se podepisující osoba před podepsáním datové zprávy s jejím obsahem seznámila.*

254 Ohľadne omylu právneho úkonu § 49a ObčZ stanoví: *Právní úkon je neplatný, jestliže jej jednající osoba učinila v omylu, vycházejícím ze skutečnosti, jež je pro jeho uskutečnění rozhodující, a osoba, které byl právní úkon určen tento omyl vyvolala nebo o něm musela vědět. Právní úkon je rovněž neplatný, jestliže omyl byl touto osobou vyvolán úmyslně. Omyl v pohnutce právní úkon neplatným nečiní.*

255 Zákon stanoví, že: *Podepisující osoba je povinna a) zacházet s prostředky, jakož i s daty pro vytváření zaručeného elektronického podpisu s náležitou péčí tak, aby nemohlo dojít k jejich neoprávněnému použití, b) uvědomit neprodleně poskytovatele certifikačních služeb, který vydal kvalifikovaný certifikát, o tom, že broží nebezpečí zneužití jejich dat pro vytváření zaručeného elektronického podpisu.*

256 § 5 odst. 2 cit. Zákona presne stanovuje: *Za škodu způsobenou porušením povinností podle odstavce 1 odpovídá podepisující osoba podle zvláštních právních předpisů. 1a) Odpovědnosti se však zproští, pokud prokáže, že ten, komu vznikla škoda, neprovedl veškeré úkony potřebné k tomu, aby si ověřil, že zaručený elektronický podpis je platný a jeho kvalifikovaný certifikát nebyl zneplatněn.*

257 § 42 ObčZ odkazom na § 420 ObčZ stanoví, že: *Vznikne-li pro neplatnost právního úkonu škoda, odpovídá se za ni podle ustanovení tohoto zákona o odpovědnosti za škodu.*

traktácie chýbala jedna z jej základných zložiek, a síce vôľa k právnomu úkonu. Táto situácia môže nastať vtedy, ak bol elektronický podpis použitý omylom, resp. iba náhodou. V tejto súvislosti potom bude nevyhnutné v prípade sporu prihliadať k existencii dobrej viery tretích osôb – podobne ako tomu bude v prípade, že právnomu úkonu bude chýbať jeho vážnosť (napr. právny úkon uskutočnený v žarte). Celkom pochopiteľne potom bude bremeno dokazovania tejto skutočnosti ležať na tom kontrahentovi danej elektronickej kontraktácie, ktorý tvrdí, že k zneužitiu došlo.

V čase prijímania zákona o elektronickom podpise akcentovali viaceré otázky bezpečnosti a identifikovateľnosti jednotlivých osôb používajúcich elektronický podpis. Dalo by sa jednoznačne tvrdiť, že cieľom týchto snáh bolo rovnako i nastaviť celý mechanizmus podpisovania elektronických dokumentov tak, aby v plnom rozsahu boli zachované práva tretích osôb a aby tieto tretie osoby boli v rámci procesu transakcie i chránené. V tomto svetle zákonodarca reagoval dikciou § 12 zákona o elektronickom podpise, z ktorého celkom jasne plynie, že jednotlivé zákonom definované obmedzenia musia byť tretím stranám zjavné. Jedná sa predovšetkým o prípad, ak je konkrétny podpis obmedzený rozsahom svojej použiteľnosti (čo vyplýva z kvalifikovaného certifikátu), či ak je napríklad elektronický podpis v danej transakcii použitý iba v prípade, že jej výška neprekročí istú definovanú hranicu. Prekročenie tejto výšky hodnoty transakcie či porušenie vyššie uvedenej povinnosti nepredstavuje automaticky neplatnosť právneho úkonu v prípade, ak fyzická osoba jednajúca svojím vlastným menom prekročí túto výšku či ak táto fyzická osoba prekročí obmedzenie na použitie pre právnickú osobu. Podpisom totiž táto fyzická osoba zaväzovala samú seba. Na tomto mieste je však celkom zásadné uviesť, že kým fyzická osoba môže mať niekoľko elektronických podpisov, právnická osoba nemôže mať podpis elektronický, ale môže byť iba držiteľom certifikátu, pričom podpisujúcou osobou je opäť iba osoba fyzická. Prekročenie obmedzenia potom môže znamenať, že daný právny úkon bude neplatný, ak fyzická osoba koná ako zákonný zástupca právnickej osoby²⁵⁸ (tzn. jedného z kontrahentov). Práve uvedené zodpovednostné vzťahy bude nutné posudzovať vzhľadom na ich charakter vždy ad hoc, pretože v praktickej rovine elektronických kontraktácií môže dochádzať k celej variete možností právnych presahov *extra legem* nielen na úrovni podpisujúceho kontrahenta, ale i podpisovaného a rovnako i na úrovni poskytovateľa certifikačných služieb atď. K zodpovednostným vzťahom je pre úplnosť vhodné ešte dodať, že sa v plnom rozsahu aj v prostredí kyberpriestoru uplatní dikcia § 33 odst. 2 ObčZ²⁵⁹. Každá osoba,

ktorá použije prostriedok/prostriedky pre vytvorenie elektronického podpisu *contra legem* či *in fraudem legis*, a takto bude konať bez platne vystavenej plnej moci (prípadne prekročí udelené oprávnenie založené touto plnou mocou), bude z tohto svojho konania zaviazaná sama (pochopiteľne za predpokladu, že príslušný právny úkon vznikol). Sporné otázky prináša i situácia, ako bolo naznačené už vyššie, ak fyzická osoba pri používaní elektronického podpisu podpisovala svojím pseudonymom. V tomto smere český zákon o elektronickom podpise stojí na premise nediskriminácie elektronickej formy pospisovania od klasickej (listinnej) formy. V prípade, ak teda kontrahent použije pri elektronickej kontraktácii (jednotlivých právnych úkonoch s ňou súvisiacich) elektronické prostriedky, bude mať takto učinенý pseudonym zásadne rovnaké účinky, ako pseudonym použitý pri podpise klasického listinného dokumentu. V oboch prípadoch však opäť platí zákonná požiadavka na určiteľnosť jednajúcej osoby (kontrahenta).

6.7.4 Záverečná poznámka k elektronickému podpisu

S ohľadom na stručné pojednanie o elektronickom podpise je vhodné uviesť i niekoľko málo poznámok vzťahujúcich sa na medzinárodný rozmer elektronických kontraktácií. Jednoduchou komparáciou elektronického podpisu a podpisu tradičného je možné dospieť k názoru, že kým tradičný podpis nemá teritoriálne obmedzenia (za predpokladu že bol uskutočnený plne *intra legem*), elektronický podpis týmito obmedzeniami zaťažovaný byť môže. Toto sa však priamo nedotýka európskej dvadsať sedmičky, v rámci ktorej je uznávanie zaručených elektronických podpisov založených na kvalifikovanom certifikáte v podstate právne garantované. Predpokladom pre túto skutočnosť je však, aby tento kvalifikovaný certifikát bol vydaný poskytovateľom certifikačných služieb, ktorý je riadne domicilovaný v niektorom členskom štáte Európskej únie. Zákon potom ďalej pamätá i na situácie, ak bol kvalifikovaný certifikát vydaný poskytovateľom neusadeným na území Európskej únie, a to svojou dikciou § 16.²⁶⁰

Do istej miery neuralgickým teoreticko-právnym problémom je i v svetle vyššie uvedeného situácia, ak jedna strana nedisponuje potrebným softwarovým vybavením k finalizácii e-kontraktu²⁶¹. V takomto

258 Typicky sa tak deje na základe právneho zastúpenia podľa dikcie § 20 odst. 2 občianskeho zákonníka či § 15 obchodného zákonníka.

259 Toto ustanovenie občianskeho zákonníka stanoví nasledovné: *Prekročil-li zmocněnec při jednání své oprávnění jednat za zmocnitele nebo jedná-li někdo za jiného bez plné moci, je z tohoto jednání zavázán sám, ledaže ten, za koho bylo jednáno, právní úkon dodatečně bez zbytečného odkladu schválí. Neschválí-li zmocnitel překročení plné moci nebo jednáni bez plné moci, může osoba, se kterou bylo jednáno, na zmocněnce požadovat buď splnění závazku nebo náhradu škody způsobené jeho jednáním.*

260 § 16 zákona o elektronickom podpise stanoví: (1) *Certifikát, který je vydán poskytovatelem certifikačních služeb usazeným v některém z členských států Evropské unie jako kvalifikovaný, je kvalifikovaným certifikátem ve smyslu tohoto zákona.* (2) *Certifikát, který je vydán jako kvalifikovaný ve smyslu tohoto zákona v jiném než členském státu Evropské unie, je kvalifikovaným certifikátem ve smyslu tohoto zákona, pokud a) poskytovatel certifikačních služeb splňuje podmínky práva Evropských společenství 1) a byl akreditován k působení jako akreditovaný poskytovatel certifikačních služeb v některém z členských států Evropské unie, b) poskytovatel certifikačních služeb usazený v některém z členských států Evropské unie, který splňuje podmínky práva Evropských společenství (pozn. autora: Zákon má v tejto súvislosti na mysli Smernicu Európskeho parlamentu a Rady 99/93/ES z 13. decembra 1999 o zásadách Spoločenstva pre elektronické podpisy), prevezme zodpovednosť za platnosť a správnosť certifikátu ve stejnému rozsahu jako u svých kvalifikovaných certifikátů, c) to vyplývá z mezinárodní smlouvy.*

261 Situáciu je možné načrtnúť na tomto príklade: Spoločnosť ABC prejaví záujem obchodovať so spoločnosťou XYZ. Zašle jej preto ponuku so svojím produktovým portfóliom k vyjadreniu, či bude možné vzájomnú spoluprácu

případe je sporná i situácia, ak skutočne druhý kontrahent v momente doručenia dátovej správy nedisponoval potrebnou softwarovou výbavou v podobe platného kľúča a túto použil pre dátovú správu až následne, teda po určitom čase, aké právne následky jednanie takéhoto kontrahenta prináša. V tejto súvislosti by tak vzhľadom na obecné právne princípy (typicky nemožnosť konvalidovať právny úkon) a tiež teoreticko-právne východiská malo jednoznačne i pre e-kontraktácie platiť, že takýto adresovaný právny úkon bude platne učinенý až v tom momente, keď kontrahent začal reálne disponovať príslušným kľúčom, prípadne momentom, keď získal možnosť týmto kľúčom disponovať. Takýto právny úkon sa až touto skutočnosťou dostal do právnej sféry adresáta, t.j. v tomto prípade kontrahenta danej e-kontraktácie. Výčet problematických situácií však vyššie uvedeným nie je konečný. Rovnako tiež platí, že azda najboľavejšia stránka elektronických podpisov je ich preukázateľnosť po tom, čo vyprší ich systémový certifikát. V judikatúre takýto prípad zatiaľ nebol riešený. Obecne je však možno predpokladať značné obtiaže pri získavaní relevantných dôkazných prostriedkov.

Pre úplnosť je v súvislosti s elektronickými podpismi všetkých druhov vhodné dodať, že administratívnu pôsobnosť zákona o elektronickom podpise v súčasnosti neuskutočňuje ani Úrad pre ochranu osobných údajov, ani bývalé Ministerstvo informatiky, ale pôsobnosť bola prenesená v plnom rozsahu na Ministerstvo vnútra. Tento ústredný orgán štátnej správy je potom zodpovedným subjektom i na úseku elektronickej kontraktácie prostredníctvom dátových schránok.

Teoreticko-právne východiská elektronického podpisu majú i praktický dosah, a to predovšetkým v prípade litigačnej fáze danej kontraktácie. Tá je inštruovaná práve procesom dokazovania, kde pri analýze elektronických podpisov je nutné aspoň v skratke poukázať na niekoľko významných momentov. Bežný (obyčajný) elektronický podpis (teda, ako bolo uvedené vyššie, pripojenie mena a priezviska alebo iného označenia konajúcej osoby za prejav vôle v elektronickej podobe) môže za dátovú správu pripojiť prakticky ktokoľvek. Ako uvádza i Karel Čermák²⁶², ani analýzou použitých elektronických prostriedkov nie je možné vôbec zistiť, kto taký podpis pripojil. Nanajvýš sa dá zistiť, z ktorého počítača bola dátová správa, ktorá obsahovala takýto podpis, odoslaná. To však ešte nevypovedá nič o tom, kto tento počítač na odoslanie správy fakticky užil, resp. či dátová správa predstavuje platný právny úkon osoby, ktorej meno je k nej pripojené, t.j. či na vytvorenie a odoslanie správy s údajmi došlo na základe slobod-

nej a vážnej vôle tejto osoby a či sú teda splnené všetky požiadavky pre platný právny úkon. Všetky tieto právne významné skutočnosti bude v praxi nutné preukazovať dostupnými dôkaznými prostriedkami, tzn. v každom konkrétnom prípade napríklad najskôr výpoveďami osôb, ktoré sa na odoslaní, resp. vytvorení dátovej správy podieľali alebo mu boli prítomné, či už tieto osoby budú v pozícii svedkov alebo účastníkov konania. Situácia tu bude z dôkazného hľadiska omnoho ťažšia ako pri preukazovaní pravosti vlastnoručného podpisu, pretože analýza samotného podpisu nebude poskytovať žiadne vodítko pre určenie, či pripojenie podpisu zodpovedá vôli podpísanej osoby (ako zhora naznačené, predmetom tohto dokazovania pri používaní elektronického podpisu nebude, či podpis skutočne je „pravý“, t.j. či ho pripojila podpísaná osoba, ale či pripojenie podpisu zodpovedá vôli podpísanej osoby realizovať príslušný právny úkon). V prípade zaručeného elektronického podpisu nebude situácia o mnoho iná. Nepopierateľnou dôkaznou výhodou zaručeného elektronického podpisu určite je, že umožňuje viesť ľahko dôkaz o tom, že elektronický podpis bol pripojený k dátovej správe v tej jej podobe, v akej je elektronicky podpísaná, tzn. že od okamihu podpisu nedošlo k zásahom do jej obsahu (fixácia integrity obsahu). Zatiaľ čo v prípade vlastnoručného podpisu bolo možné grafologickou analýzou s určitým (relatívne vysokým) stupňom istoty určiť, či podpis uskutočnila určitá fyzická osoba, zaručený elektronický podpis (vrátane zaručeného elektronického podpisu vydaného na základe kvalifikovaného certifikátu) umožňuje zistiť (s ďaleko väčším stupňom istoty), či pre vytvorenie elektronického podpisu bolo použité určitých technických prostriedkov. Analýzou samotného elektronického podpisu už nie je možné viesť dôkaz k tomu, či týchto technických prostriedkov skutočne použila oprávnená osoba, tj osoba s príslušnými technickými prostriedkami, resp. či použitie týchto technických prostriedkov vyjadruje slobodnú a vážnu vôľu tejto osoby. Túto nevýhodu elektronického podpisu z hľadiska dôkazného by bolo možné eliminovať zrejme zavedením zákonnej domnienky, že ak je preukázané pripojenie elektronického podpisu určitej osoby k dátovej správe, má sa za to, ak nie je preukázaný opak, že príslušný právny úkon podpísala táto osoba. Ako vidno, muselo by sa jednať o domnienku vyvrátiteľnú dôkazom opaku, pričom dôkazné bremeno by v takom prípade ťažilo osobu, ktorá popiera, že príslušný právny úkon skutočne podpísala podpísaná osoba, tzn. poukazuje na neoprávnené použitie prostriedkov pre vytvorenie elektronického podpisu. Takúto zákonnú domnienku však nezakotvuje ani zákon o elektronickom podpise, ani občiansky zákonník, ani iný právny predpis.

Ak zákon o elektronickom podpise stanovuje, že použitie zaručeného elektronického podpisu založeného na kvalifikovanom certifikáte a vytvoreného pomocou prostriedku pre bezpečné vytvorenie podpisu umožňuje overiť, že dátovú správu podpísala osoba uvedená na tomto kvalifikovanom certifikáte (zrov. ustanovenie § 3 ods 1), jedná sa len o konštatovanie určitej skutočnosti bez normatívnych účinkov.

na základe pripravovanej rámcovej zmluvy realizovať. Spoločnosť ABC sa domnieva, že jej obchodný partner disponuje kľúčom k rozlúšteniu elektronického podpisu. Spoločnosť XYZ síce dátová správa dorazí, avšak táto ju vzhľadom na absenciu softwarového kľúča pre „rozkódovanie“ podpisu nie je schopná žiadnym spôsobom spracovať. Právny úkon uskutočnený spoločnosťou ABC tak bude nutné považovať za neuskutočnený a teda neplatný. Pre úplnosť je však nutné uviesť, že za predpokladu, že spoločnosť XYZ si je schopná obstaráť pomôcky na to, aby sa s právnym úkonom spoločnosti ABC oboznámila (a je to na nej možné i spravodlivo požadovať, pretože táto možnosť obstarania si reálne existuje), bude takýto právny úkon možné považovať z hľadiska platných právnych predpisov českého právneho poriadku zrejme za platný.

262 V podrobnostech viď tamtiež.

6.8 Právne aspekty click-wrap zmlúv

6.8.1 Click-wrap zmluvy ako model elektronických kontraktov

Click-wrap zmluvy predstavujú špecifický typ elektronických kontraktov, u ktorých pravidelne vystávajú teoreticko-právne úvahy o ich platnosti a právnej záväznosti. Preto budú v tomto článku podrobené stručnému rozboru.

Click-wrap zmluvy sa v prostredí kyberpriestoru vyskytujú relatívne často, ak nie práve najčastejšie. U zmlúv typu click-wrap, ďalej potom i click-through a browse-through pôjde predovšetkým o tzv. „pravé“ (z angl. „core“) on-line zmluvy. Najtypickejším výrazom týchto zmlúv, pre ktoré sa stali toľko právne skloňvanými, je vo svetle internetu tlačidlo „Súhlasím“ v jednotlivých možných variantách, vyjadrujúce kladné stanovisko k podmienkam daného návrhu kontraktu. Stručne povedané, toto tlačidlo slúži na uzatvorenie zmluvy.

V súčasnosti je možné konštatovať, že tento typ elektronických zmlúv si získal priazeň súdov od samého počiatku v zmysle favorizácie tohto typu kontraktového ujednania ako platnej a vynútitelnej zmluvy. Vo všetkých vedných oboroch ľudského poznania je prakticky nemožné podať konkrétne vysvetlenie skúmaného definienda tak, aby boli postihnuté všetky aspekty spojené priamo či nepriamo s týmto definiendom. Koncept click-wrap zmlúv nie je v tomto smere, z dôvodov čisto logických, výnimkou. Istou simplifikovanou cestou je podať najskôr jazykovú interpretáciu tohto konceptu elektronických kontraktov. V tomto prípade potom z angličtiny „click“ znamená klepnúť, konkrétne teda klepnúť myšou (či iným polohovacím zariadením – napr. touchpad, trackpoint atď.) a „wrap“ znamená v prenesenom význame uzatvoriť, zavrieť, uskutočniť, zrealizovať, previesť príslušný akt (teda vyjadriť súhlas s návrhom zmluvy). Historickým výkladom je možné vysledovať ďalší poznatok, že dôvodom vzniku tejto formy kontraktu bolo vytvorenie možnosti uzatvárať elektronické zmluvy na podklade jednoduchého klepnutia pomocou polohovacieho zariadenia, čím dôjde k vyjadreniu, ako bolo naznačené vyššie, súhlasu so zmluvou a jej jednotlivými parametrami.

Zmyslom tejto formy kontraktov je umožniť skutočne širokému množstvu kontrahentov uzatvárať zmluvy pre ten-ktorý stanovený účel anticipovaný zmluvnými stranami. Sporu dnes už nie je v tom, že „klasický“ spôsob zjednávania zmlúv je nezriedka pre „dnešnú dobu“ určitou predovšetkým časovou a technickou prekážkou, brzdou v rýchлом rozvoji podnikateľskej činnosti. Jednoducho si je tak možné predstaviť, že dominantný americký výrobca operačných systémov sa rozhodne vydať jednu zo svojich softwareových záplat programového kódu, pričom nie je reálne možné, aby danú spustiteľnú aplikáciu distribuoval v klasickom kamennom obchode na DVD diskoch a vyžadoval tak od svojich zákazníkov čas na dopravenie sa do príslušného obchodu, čas strávený nájdením presného produktu, čas strávený pri zaplattení tohto software a vystavení dokladu potvrdzujúceho kúpu, čas na cestu

späť atď. Nielen z týchto dôvodov je preto ďaleko jednoduchšie a praktickejšie, keď daný softwarový produkt ponúkne na svojej domovskej webovej nástenke, pričom potenciálni zákazníci si po odsúhlasení licenčných ujednaní kliknutím na virtuálne tlačidlo (napr. označenom ako „Súhlasím“) stiahnu konkrétny adresár či súbor do vlastného počítača. Práve načrtnutý prístup sa najčastejšie uplatňuje v praktickom živote elektronických kontraktácií v prípade veľkých korporácií, pretože takéto spoločnosti budú, resp. budú mať záujem *a priori* obchodovať s veľkou plejádou subjektov na druhej strane kontraktnej relácie.

Veľká varieta subjektov na jednej strane kontratu si rovnako z technického hľadiska, ale najmä z právneho, zasluhuje i odpovedajúci prístup, ktorý vhodne ponúkajú štandardizované typy zmlúv (i keď interpretatívne nie najpresnejšie, ale pre jednoduchosť možno azda používať anglickú skratku *SFC – Standard Form Contracts*). Tieto SFC, v svetových obchodných transakciách nemalo ráz využívané²⁶³, majú viaceré prednosti, čo je, samozrejme, hlavným dôvodom ich masívneho využívania. Pôjde napr. o časovú pružnosť pri zjednávaní konkrétnych plnení danej click-wrap zmluvy, podstatné zníženie transakčných nákladov pri danej obchodno-právnej operácii, veľmi dobrá využiteľnosť pri už spomenutých masových obchodoch (kde na jednej strane je veľký počet subjektov).

Click-wrap zmluvy sa tak uskutočňujú prostredníctvom webovej nástenky (stávajú platnými) tak, že kontrahenti elektronicky zmluvu „podpisú“ kliknutím na ikonu, resp. virtuálne tlačidlo s názvom „I agree“ („Súhlasím“) alebo jednoducho „Yes“ („Áno“) či „Confirm“ („Potvrdzujem“). Dá sa uviesť, že podpisom (kliknutím) vyjadrujú súhlas so znením týchto štandardných podmienok (SFC), pričom jedná sa o súhlas jednoznačný, nemeňteľný a častokrát nereverzibilný. Analógia s práve uvedeným sa dá vysledovať aj v doktríne common law, kde sa hovorí v podstate o prístupe *take-it-or-leave-it*²⁶⁴, teda kontrahent súhlasí, a vstúpi do kontraktu, alebo nesúhlasí, a preto do kontraktu nevstúpi a nie je ním žiadnym spôsobom viazaný.²⁶⁵

Keďže pre reálny biznis je pre podnikateľské subjekty určite jednoduchšie a praktickejšie získať súhlas s obchodnými (licenčnými) podmienkami proti-strany tak, že strana klikne na vopred na web stránke pripravené tlačidlo, väčšina outletových obchodov, resp.

263 Z praxe by sa dalo konštatovať, že veľká väčšina korporátnych subjektov funguje na princípe poslanie SFC proti-strane, ktorá následne doručené znenie upravuje, reviduje a v prípade, že zmluvné strany dospejú k zhode o obsahu daného kontratu, kontrakt sa stáva podpisom platný. S problematikou SFC súvisí i otázka adhéznosti zmlúv, t.j. nemožnosti odchýliť sa od vopred daných podmienok. Tento aspekt elektronických kontraktov je typický práve v prípade, ak na strane jednej vystupuje korporátny subjekt a na strane druhej fyzická osoba. Problematikou adhéznosti zmlúv sa komplexne venujú viaceré práce napr. Prof. Bejčka či Prof. Dediča, na ktoré je v tejto súvislosti vhodné odkázať.

264 K tomu viď bližšie článok: Walker, R.: *Take It Or Leave It: The Only Guide To Negotiating You Will Ever Need*. The Daily Resource For Entrepreneurs. [citované 14. marca 2011] Dostupné z <http://www.inc.com/magazine/20030801/negotiation.html>

265 Táto problematika súvisí i s otázkou tzv. predzmluvnej zodpovednosti, ktorú však súčasné občianskoprávne a obchodnoprávne kódexy neupravujú. Konzistentne by tieto otázky mali byť obsahom až pripravovaného nového občianskeho zákonníku pod gesciou Prof. Eliáša.

požičovní áut či konsolidovaných virtuálnych obchodov stále požíva tento typ elektronickej kontraktácie za najvhodnejší a najmenej prekážkový²⁶⁶.

Na mieste je nutné ešte dodať, že súdy nemali a nemajú problém s vynútiteľnosťou click-wrap zmlúv, odkazujúc vždy na to, že kontrahent vyjadril svoj súhlas byť viazaným s tými-ktorými obchodnými podmienkami klepnutím na tlačidlo súhlasu, čím zmluvu *de iure* podpísal. Konformne s týmto názorom vyznievajú napríklad judikáty *Davidson & Assocs. v. Jung*, 422 F.3d 630, 632 (8th Cir.2005) alebo i *Novak v. Overture Servs., Inc.*, 309 F. Supp. 2d 446, 452 (E.D.N.Y. 2004) či napríklad i *i-Sys., Inc. v. Softwares, Inc.*, No. Civ. 02-1951(JRT/FLN), 2004. V podmienkach českej právnej proveniencie je možné takéto elektronické zmluvy vnímať ako distančné adhézne kontrakty.

6.8.2 Problematika click-wrap zmlúv ako dôveryhodných elektronických dokumentov vo vládnom návrhu rekodifikácie občanského zákoníku

V súčasnej dobe je stredom pozornosti českej právnickej verejnosti pripravovaná rekodifikácia súkromného práva. Hoci je možné navrhovanú úpravu hodnotiť viac-menej pozitívne, je na mieste si položiť otázku, či pre oblasť elektronickej kontraktácie neznamena súčasné znenie návrhu skôr premárnenú šancu. Hoci nový kódex jeho autori označujú za „moderný“, „inšpirovaný životom“, „reagujúci na moderné trendy“, pre informačnú spoločnosť neprináša, bohužiaľ, veľa nového; avšak s určitými výnimkami.

Pre oblasť click-wrap zmlúv je zásadné ustanovenie § 553 odst. 1. alinea 2, ktoré sa takmer vôbec nelíši od textu ustanovenia § 40 odst. 3, alinea druhá, aktuálne stále platného občanského zákonníka. V danom ustanovení sa totiž uvádza, že: „*K platnosti právneho jednání učiněného v písemné formě se vyžaduje podpis jednatelů. Podpis může být nahrazen mechanickými prostředky tam, kde je to obvyklé*“²⁶⁷. Pod oným nahradením mechanickými prostriedkami môžeme vidieť práve kliknutie na tlačidlo „Súhlasím“, „Potvrďujem“ atp. tak, ako je táto forma súhlasu typická práve pre zmluvný model click-wrap elektronických kontraktov. Podpis daného kontrahenta v štandardnom právnom ponímaní teda nie je potrebný a právny akt je bez ďalšieho platný. Návrh zákona tiež preberá spôsob úpravy elektronického podpisu odkazom na zvláštny zákon²⁶⁸. Použitie spomínaných mechanických prostriedkov sa oprávnené môže

zdať praktickejšie i menej nákladnejšie, ak sú brané na zreteľ okolnosti spojené s elektronickým podpisom, nutnosťou obstarania privátnych a verejných kľúčov alebo aktiváciou komerčnej služby držiteľa poštovej licencie, ktorá i tak v dôsledku neposkytuje zrejme požadovaný komfort²⁶⁹. Avšak v prípade sporu je možné naraziť na značnú problematickosť dokazovania obsahu či aj existencie konkrétneho právneho konania²⁷⁰, teda zodpovedajúceho prejavu vôle prisúdiťelného konkrétnemu subjektu, preto je potrebné zabezpečiť zistenie autenticity týchto elektronických dokumentov tak, aby nemohlo dochádzať k problematickým lapsusom.

Návrh súkromnoprávneho kódexu zavádza pozoruhodnú právnu novinku. Ustanovenie § 554 ods. 2 výslovne stanovuje (cit.): „*Má se za to, že záznamy údajů o právních jednáních v elektronickém systému jsou spolehlivé, provádějí-li se systematicky a posloupně a jsou-li chráněny proti změnám. Byl-li záznam pořízen při provozu závodu a dovolal-li se jej druhá strana k svému prospěchu, má se za to, že záznam je spolehlivý.*“ Zákonodarca teda v návrhu počíta s existenciou určitých elektronických stabilných systémov a stanovuje, že záznamy v nich vykonávané i) systematicky, ii) postupne a iii) chránené proti zmenám, sú dôkazne spoľahlivé, pričom tu koncipuje vyvrátiteľnú právnu domnienku. Spomínané ustanovenie sa zdá byť odbornou verejnosťou trochu nepovšimnuté²⁷¹, hoci jeho význam pre modernú informačnú spoločnosť môže byť výrazný. Ani dôvodová správa k vládnemu návrhu zákona, ani najnovší komentár jeho hlavného autora prof. Eliáša²⁷², v ktorom je často spomínaná aj navrhovaná úprava, sa problematiky dôkaznej spoľahlivosti systematicky ukladaných elektronických informácií vôbec nedotýka. To aj napriek tomu, že dané ustanovenie sa v niekoľkokrát pozmenenom návrhu objavuje už od marca roku 2007 v takmer nezmenenej textovej podobe. Samo o sebe však na prvý pohľad vzbudzuje niekoľko otázok k širšej diskusii. Pri ich zodpovedaní sa možno inšpirovať ako verejnoprávnu úpravou podobných inštitútov, tak aj na úrovni Európskej únie vydaným štandardom „MoReq2“, tj. *Model Requirements for the management of electronic records*, ktorý predstavuje súhrn špecifických požiadaviek, ktoré sú určené pre použitie v organizáciách ako verejného, tak aj súkromného sektora²⁷³.

Pojem „záznam“ zákonodarca v návrhu kódexu nijako nešpecifikuje. Jeho definíciu nenájde ani v českých verejnoprávnych predpisoch, hoci s ním na mnohých miestach operujú. Predovšetkým možno uviesť zákon o elektronickom podpise či zákon o archívnici-

266 Podobný názor na click-wrap zmluvy v tomto svetle zastáva Prof. Erwan Lannon, hostujúci profesor európskeho obchodného práva na Univerzite Gent v Belgicku, ktorý na konferencii ICT práva poriadanej na pôde Vrije Universiteit v Busseli v r. 2006 vo svojej prednáške okrem iného varoval, že masívnejšie rozšírenie tohto „produktu“ e-kontraktácie by mohlo znamenať aj možné problémy neistoty a problematickej vynútiteľnosti kontraktu. Podľa jeho slov by bolo zaiste lepším variantom, keby aspoň v prípade virtuálnych obchodných domov došlo k posunu smerom ku click-through zmluvám. K tomu viď ďalej text tohto článku.

267 Podčiarkol autor. Zodpovedajúce ustanovenia § 40 odsek 3 platného občanského zákonníka uvádza, že *Podpis může být nahrazen mechanickými prostředky tam, kde je to obvyklé*.

268 Týmto zvláštnym zákonom je zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpise a o změně některých dalších zákonů (zákon o elektronickém podpise).

269 Užívatelia dátových schránok majú možnosť využiť službu Dátový trezor poskytovaný Českou poštou, ktorý však prakticky neposkytuje viac, než dlhodobé uloženie príslušnej dátovej správy. Nejedná sa však o dôveryhodné a predovšetkým dlhodobé ukladanie príslušného dokumentu.

270 Právne konanie je zákonný pojem, ktorým je v návrhu nového občanského kódexu označovaný v súčasnosti používaný termín právny úkon.

271 Zo špecializovaných odborníkov na neho upozorňuje v súčasnosti iba JUDr. Radim Polčák – Polčák, R.: *Praxe elektronických dokumentů. Bulletin Advokacie*, č. 7-8, r. 2011, s. 59-60.

272 Eliáš, K. a kol: *Občanský zákoník - Velký akademický komentář*, Svazek I., Praha: Linde, 2008, 1391 s.

273 Viac k štandardu MoReq i MoReq2 viď: <http://www.mvcr.cz/clanek/moreq2-spoluprace-ceskych-archivaru-na-tvorbe-standardu-pro-elektronickou-spisovou-sluzbu.aspx>. [citované 14. septembra 2011]

tve a spisovej službe²⁷⁴. Zákon o archívnictve a spisovej službe obsahuje až definíciu pojmu dokument, keď vo svojom ustanovení § 2 písm. d) uvádza, že dokumentom je (cit.): „... každá písomná, obrazová, zvuková alebo iná zaznamenaná informácia, či už v podobe analógovej alebo digitálnej, ktorá bola vytvorená pôvodcom alebo bola pôvodcovi doručená“. Dokument je teda možné chápať ako špeciálny prípad všeobecného výrazu záznam. Na tomto mieste je vhodné poznamenať, že vládny návrh občianskeho zákonníka užíva predovšetkým pojem písomnosť. Hoci v nás tento termín vyvoláva v porovnaní s pojmom dokument silnejšiu predstavu listinnej formy, je nutné sa od takých úvah celkom odpútať. Písomnosť môže pochopiteľne existovať v rôznych podobách²⁷⁵. Elektronická písomnosť nie je viazaná na konkrétnu hmotnú podobu svojho uloženia. Zaujímavým zdrojom terminológie sa javí vyššie spomínaný štandard MoReq2, a to konkrétne kapitola 0, ktorá je venovaná národným špecifikám a výkladu termínov²⁷⁶. Podľa špecifikácie MoReq2 je potrebné pod pojmom *dokument* rozumieť (cit.): „informáciu vytvorenú, prijatú a uchovávanú ako doklad a informáciu vytvorenú organizáciou alebo osobou v rámci plnenia právnych povinností alebo výkonu pracovnej činnosti. Dokument môže obsahovať jeden alebo niekoľko záznamov a môže byť na akomkoľvek médiu a v akomkoľvek formáte.“ V špecifikácii MoReq2 je ďalej zdôraznené, že zásadnými vlastnosťami dokumentu sú jeho (cit.): „nemennosť a trvácnosť jeho informačného obsahu“. Pojem *záznam* je vykladaný ako (cit.): „zaznamenaná informácia alebo objekt, s ktorým možno nakladať ako s jednotkou, vyjadrený na papieri, v mikroforme, na magnetickom alebo akomkoľvek inom elektronickom médiu“, a ďalej, (cit.): „ktorý nebol deklarovaný ako dokument, teda nebol zaradený, evidovaný a uzavretý proti zmenám“²⁷⁷.

Ďalšou významnou oblasťou, ktorou je potrebné sa v súvislosti s týmto právnym rozborom zaoberať, je povaha onoho elektronického systému. Jeho prostredníctvom má dôjsť k autentizácii dokumentu, ktorému, jednoducho povedané, chýba podpis – najtypickejším prostriedkom autentizácie fixujúci predovšetkým obsah príslušného právneho úkonu. Zabezpečenie autenticity dokumentov v právnych vzťahoch je nutnosťou, v súvislosti s ktorou vznikajú požiadavky na vytváranie dôveryhodných úložísk pre dlhodobú archiváciu elektronických dokumentov. Navrhovateľ nového súkromnoprávneho kódexu sa nepokúsil daný elektronický systém nijako definovať alebo určiť jeho primárne parametre. Avšak vytvorenie právneho predpisu, ktorý by upravil základné otázky a stanovil aspoň minimálne technické nároky, ktoré by platili jednotne pre všetky dané systémy, by bolo nepochybne vhodné. Až potom bude

možné hovoriť o skutočnej dôkaznej spoľahlivosti konkrétnych záznamov, ktorú budú musieť rešpektovať aj české súdy pri priznávaní pravosti jednotlivým dokumentom. Problém nevzniká u verejných archívnych systémov, ktoré svoju špecifickú právnu úpravu zrejme dostanú (možno uviesť napr. doposiaľ intenzívne Ministerstvom spravodlivosti riešenú otázku tzv. e-spisu). Súkromnoprávne aplikácie by si však zaslúžili úpravu vlastnú, ktorá by prispela nielen k posilneniu právnej istoty medzi účastníkmi právnych vzťahov, ale bola by aj, dalo by sa povedať, vodítkom pre právnych „vývojárov“ týchto systémov. Diskutovaná téma je stredom záujmu odborníkov naprieč celou Európou, mnohé hlasy volajú po štandardizácii úpravy na komunitárnej úrovni. Aj tu je možné spomenúť už uvedený štandard MoReq2, ktorý má zjednotiť aktivity všetkých krajín Európskej únie v oblasti správy elektronických dokumentov. Problematike dlhodobého dôveryhodného ukladania elektronických dokumentov sa venujú aj ďalšie iniciatívy, ako nezisková organizácia Európsky Telekomunikačný inštitút pre štandardizáciu – „ETSI“ (tj. *European Telecommunication and Standard Institute*)²⁷⁸. V Českej republike by sa témou mala zaoberať Rada vlády pre konkurencieschopnosť a informačnú spoločnosť.

Úprava v návrhu nového občianskeho kódexu môže určite prispieť k značnej zmene vnímania autenticity dokumentov. Originálom bude dokument umiestnený v špeciálnom úložisku, nie jeho derivát v písomnej podobe (vytlačení elektronický dokument bez ďalšieho). S touto skutočnosťou sú pochopiteľne spojené aj isté riziká či negatíva, ktoré možno, hoci čiste simplifikovane, rozdeliť do akýchsi troch základných skupín. Do prvej skupiny patria tie, ktoré môžeme, *cum grano salis*, vidieť aj u bežných listinných alebo elektronicky podpísaných dokumentov, napr. okamžitá dostupnosť originálu, narušenie (dátovej) integrity dokumentu, a to predovšetkým interne – cieľným zásahom operátorov (administrátorov) systému či iných osôb majúcich prístup k príslušným záznamom. Do pomyslenej druhej skupiny je možné zaradiť najmä negatíva, ktoré možno vzhľadom na súčasný stav techniky dostatočne eliminovať tak, aby nevygenerovali ešte výraznejšie problémy. Môže sa tak zrejme jednať o nutnosť disponovať čítacím (zobrazovacím) zariadením u daného kontrahenta (na strane druhej je však potreba podozrieť, že v dnešnej dobe by naštastie malo postačiť bežné webové rozhranie). Do tretej skupiny patria riziká, ktorým treba venovať zvýšenú pozornosť, kam patrí napríklad hrozba externého narušenia integrity dokumentu (napr. počítačovým vírusom či iným neoprávneným zásahom) a iné bezpečnostné otázky, nebezpečenstvo kolapsu systému sa celku a s tým spojená nutnosť vypracovania havarijných plánov (tzv. „disaster plan“ pre kritické hrozby), riziko degradácie pamäťového nosiča, morálne a technické zastaranie použitých technológií či aj neuvážaná zmena právnej platformy ako takej. Na zamyslenie potom zostáva, či pri reálne možnom vysporiadaní sa so spomínanými vyššie uvedenými rizikami obstoja

274 Zákon č. 499/2004 Sb., o archívnictve a spisovej službe a o zmene niektorých zákonov, v platnom znení.

275 Autori návrhu sami zdôrazňujú diferenciu medzi listinou a písomnosťou v § 2996, ktorý spadá do poslednej piatej časti návrhu zákona.

276 Celé znenie je dostupné napr. na adrese: <http://www.mvcr.cz/clanek/archivni-standardy.aspx?y=Y2hudW09Mw%3D%3D>; [citované 14. septembra 2011].

277 Je možné si všimnúť, že v anglickom origináli štandardu MoReq2 je výrazom „record“ myslený v českom preklade výraz „dokument“, a výraz „document“ je ekvivalentom českého pojmu „záznam“. Hoci sa preklad môže zdať mätúci, nemožno ho v danom kontexte považovať za chybný.

278 K tejto problematike je možné podrobnejšie odkázať na webovú adresu <http://www.etsi.org/website/homepage.aspx>; [citované 14. septembra 2011].

v rámci elektronickej kontraktácie elektronicke vedené dokumenty v porovnaní napríklad s bronzovým Lex duodecim tabularum, právnym textom, ktorý sa zachoval v použiteľnej podobe od 5. storočia p.n.l.

6.9 Právne aspekty click-through zmlúv

Vo vzťahu k predchádzajúcej kapitole venujúcej sa stručne problematike click-wrap zmlúv, v tomto prípade sa jedná o rozbor temer rovnakého právneho ukotvenia v právnom poriadku Českej republiky, s využívaním zhodného právno-teoretického a inštitucionálneho aparátu.

Obecnému vysvetleniu by nemala chýbať časť zaoberajúca sa pojmovým aparátom. Pokiaľ sa hovorí o zmluvnom type click-through, bude z angličtiny nutné rozumiť tomuto výrazu ako „click“ opäť tzv. klepnutie polohovacím zariadením a výrazom „through“ tzv. uskutočniť niečo skrz, prostredníctvom niečoho či cez niečo. Spojením oboch častí sa teda dostaneme vďaka jazykovému výkladu k takému zmluvnému typu elektronickeho kontraktu, ktorý označuje uzatváranie zmlúv klepnutím myši, pričom pôjde o úmyselné (cielené) prekliknutie sa viacerými krokmi tak, že nebude v zásade postačovať iba jednoduché kliknutie na súhlasné tlačidlo vyjadrujúce súhlas s danou zmluvou.

Otázkou, ktorá sa v živote e-kontraktácie vynára, je, aký je rozdiel medzi zmluvou typu click-wrap a click-through z hľadiska právneho. Odpoveď by z hľadiska dnes obecne prijímanej judikatúry bola, že medzi oboma elektronickeými kontraktami nie je v právnom ponímaní rozdiel žiaden. Totiž, i zmluvy typu click-through je nutné ovažovať za distančné zmluvy adhézneho typu. Isté rozdielové prvky sú v podstate iba v technickej stránke veci, keď pri click-wrap kontraktach na uzatvorenie zmluvy plne postačuje kliknutie na virtuálne tlačidlo vo forme ikony zobrazujúcej nápis „Súhlasím“. Pri zmluvnom type click-through sa však jedná o komplexnejší proces, na čo upozorňuje i Prof. Bourgeois²⁷⁹, podčiarkujúc, že zmluvy tohto typu sa uzatvárajú nielen kliknutím myšou na tlačidlo „Súhlasím“, avšak tomuto procesu musí predchádzať istá „predklikacia“ fáza²⁸⁰, kedy sa jeden z kontrahentov majúcich za cieľ vstúpiť do príslušného kontraktu, musí na webovej stránke najskôr dopátrať viacerými postupnými krokmi ku konkrétnej zmluve, ktorú tak následne môže odsúhlasiť jednodu-

chým právnym úkonom kliknutia na virtuálne tlačidlo „Súhlasím“. Povedané simplifikovane, u zmlúv typu click-through pôjde na rozdiel od click-wrap o zložitejší a časovo náročnejší proces uzatvárania elektronickeých zmlúv, kde je typické, že kontrahent nielen že sa preklikáva viacerými postupnými krokmi, ale pri niektorých z nich je požiadany o doplnenie špecifických zmluvných klauzúl, údajov, či ďalších druhým kontrahentom požadovaných informácií.

S ohľadom na vyššie uvedené je možné stotožniť sa so všeobecne uznávaným názorom²⁸¹, súdiac aj na základe praktických skúseností, že väčšina e-kontraktov modelu click-through sa uskutočňuje priamo vo virtuálnom svete internetu, teda v rozhraní www. Dôvodom, prečo vlastne dnes existuje možnosť zjednávať elektronickeým spôsobom zmluvy, je v prípade click-through zmlúv (rovnako ako i u click-wrap modelu) ich reakcia na nie spočiatku celkom jasnú povahu shrink-wrap zmlúv²⁸². Bolo by možné uviesť nepreberné množstvo praktických príkladov, ktoré by vyššie uvedený postulát len potvrdili.

Čo sa týka obecných teoreticko-právnych východísk, platí, že právny úkon z hľadiska práva, majúci svoju definíciu v ustanovení § 34 ObčZ, musí aj v prípade click-through zmlúv zahrňovať prejav vôle, ktorý spôsobuje vznik a/alebo zmenu a/alebo zánik práv či povinností, ktoré sú s takýmto prejavom vôle spojené. Právne úkony musia mať obecné, ako uvádza ďalej dikcia cit. zákona, svoj určitý, zrozumiteľný prejav vôle, ktorý musí byť navyše ešte v náležitej forme. O zhode medzi vôľou a jej prejavom nemôže byť rovnako pochyb. S práve uvedeným rovnako súvisí i ustanovenie § 35 ObčZ²⁸³, ktoré uvádza spôsoby, ako môže byť prejav vôle vykonaný. Ako bolo načrtnuté už v obecnej časti tohto článku, môže tak ísť o prejav výslovný (lat. *expresis verbis*), alebo z hľadiska objektivizácie vôle tiež o prejav konkludentný (lat. *per facta concludentia*). Veľmi vhodne uviedol Jan Vučka²⁸⁴ komentár Prof. Švestky²⁸⁵ k danému ustanoveniu, cit.: „V určitých prípadoch môžu subjekty k prejavu svojej vôle použiť rôzne počítače či technické, resp. mechanické prenosné prostriedky, vrátane rôznych druhov automatů.“ Dá sa teda s plnou vážnosťou (súladne s názorom Jana Vučku²⁸⁶)

279 V tejto súvislosti Prof. Bourgeois dáva do pozornosti, že zmluvný typ click-through predstavuje v jeho očiach bezpečnejší a zodpovednejší prístup k zjednávaniu elektronickeých kontraktov. Napr. v Belgicku ešte v roku 2005 flámska vláda vydala doporučenie vo forme guidelines, nábádajúce virtuálnych obchodníkov, aby sa dožadovali technickej implementácie riešenia click-through preferenčne pred riešením click-wrap. Dôvodom pre tento postup bola okrem iného skutočnosť, že pri zjednávaní pomocou click-through kontraktov je ďalej jednoduchšie stránku nacerifikovať bezpečnostnými prvkami, ako tomu reálne môže byť pri click-wrap.

280 I keď možno nadbytočne, je na mieste upozorniť že tzv. „predklikacia fáza“ je výlučne autorom vytvorený *terminus technicus* a nie je teda pravdou, že by sa tento termín zhodoval s tzv. predkonsenzuálnou fázou, resp. antekonsenzuálnou fázou zjednávania kontraktu. Celkom iste totiž pôjde o dva na sebe nezávislé rôzne koncepty, pričom ten na druhom mieste zmienený sa uplatňuje ako všeobecný generický koncept pri kontraktácii ako takej, kým predklikacia fáza je termínom použitým už priamo vo fáze skutočného zjednávania kontraktu.

281 Konformne s týmto názorom predniesol prednášku aj JUDr. Radim Polčák, Ph.D. na PrF MU v rámci kurikula práva informačných technológií – súkromno-právnych základov, rovnako sa vyjadrujú vo svojich prácach aj Jan Vučka či Prof. Vladimír Smejkal.

282 Shrink-wrap zmluvy predstavujú špecifický typ kontraktu, kde z angličtiny shrink (zmrštiť sa) a wrap (zabalit') znamená kontrakt častokrát vytlačený na príslušnej krabici (zmršťovacej) fólii DVD obsahujúceho kupovaný software.

283 Relevantné sú odseky dva cit. § 35 ObčZ, predovšetkým prvý (cit.): (1) *Prejav vôle môže byť učiněn jednáním nebo opomenutím; může se stát výslovně nebo jiným způsobem nevzbuzujícím pochybnosti o tom, co chtěl účastník projevit.* Nesponie prichádza do úvahy aj odsek tretí citovaného §: 3) *Právní úkony vyjádřené jinak než slovy se vykládají podle toho, co způsob jejich vyjádření obvykle znamená. Přitom se přiblíží k vůli toho, kdo právní úkon učinil, a chrání se dobrá víra toho, komu byl právní úkon určen.*

284 V konkrétnostiach viď Vučka, J. *Elektronické smlouvy – část II.: Click-through smlouvy*. [citované 14. mája 2010] Dostupné na serveri IT Právo pod odkazom <http://www.itpravo.cz/index.shtml?x=72344>

285 Komentár Prof. Švestky ako by priamo vyplňoval chýbajúcu mezeru pre e-kontraktácie. V ďalšom viď: Švestka, A. *Občanský zákoník, komentář*. Praha, C.H.Beck, 1997

286 Viď tamtéž.

zhrnúť, že v prípade kliknutia na ovládací prvok v okne prehliadača či inej počítačovej aplikácie k tomu uspokojenejšie, je tento počin nesporne plne spôsobilý k uskutočneniu právneho úkonu v prípade, že dôjde k splneniu aj ďalších (rozumej ostatných) náležitostí.

E-kontraktácie v prípade modelu click-through prinášajú i niektoré problémy. Typicky, že stránka virtuálneho obchodu bola veľmi prekombinovaná, ovládacie prvky sú usporiadané vcelku alogicky a nie je celkom jasné, kedy už vlastne kontrahent realizuje svoje posledné „áno“ ako súhlas s daným elektronickým obchodom. Treba však povedať, že situácia sa na tomto poli podstatne mení a trh postupne selektuje (i keď stále vcelku pomaly) dobré virtuálne obchody²⁸⁷ práve od tých nie celkom zaručených a overených. Platí, že čím známejším internetový obchod je, tým jasnejšia zrejme bude i kontraktácia, tým jednoduchšie sa daná zmluva (na tomto mieste rozumej click-through kontrakt) zjedná. Vždy teda bude zásadné, aby daný prípad, majúci v pamäti všetky teoretickoprávne východiská kontraktov, z hľadiska zrozumiteľnosti bol posudzovaný *ad hoc*.

Ďalšími prípadnými možnými spornými otázkami v súvislosti s praktickými aspektmi elektronickej kontraktácie môžu byť i otázky súvisiace s prípadnou zameniteľnosťou tlačidla „I agree“ („Súhlasím“) za tlačidlo „I disagree“ („Nesúhlasím“). Táto skutočnosť patrí do roviny ďalšieho rozdielu medzi zmluvou typu click-wrap a tu analyzovanou click-through. Kým click-wrap vyžaduje pre svoju platnosť a následnú vynútitelnosť plnení z nej plynúcich jednoduché klepnutie myšou na jedno z vyššie uvedených tlačidiel (presne teda „Súhlasím“ v prípade žiaduceho pozitívneho výsledku), u click-through sa kontrahent dostane k uzavretiu zmluvy až následným potvrdením predchádzajúceho klepnutia na „I agree“ tlačidlo. Tento „konfirmačný akt“ sa uskutoční buď opakovaným zatrhnutím políčka indikujúceho súhlasný prejav vôle byť viazaným zmluvou, resp. opakovaným kliknutím na rovnaké tlačidlo „I agree“ po tom, čo je toto vygenerované na ďalšej stránke, ktorá sa po prvej operácii v prehliadači internetových stránok znova načíta, resp. inými spôsobmi, ktorých sa dá predstaviť si celá rada. Dá sa uzavrieť, že zjednávanie kontraktov pomocou modelu click-through sa javí z hľadiska technického i z hľadiska právnej istoty za bezpečnejšie a preto ho určite pre potenciálnych kontrahentov možno i v praxi zjednávanie zmlúv odporučiť.

Vo svetle vyššie uvedeného je možné konštatovať, že v podmienkach právneho poriadku Českej republiky, nejestvujú prekážky (ani právne a ani technické) pre platné zjednávanie click-through zmlúv. Práve naopak, tento model elektronickej kontraktácie je možné bez obáv potenciálnym kontrahujúcim stranám pre jeho praktické výhody určite odporučiť.

7. Konkludentná elektronická kontraktácia

V súčasnosti platný občiansky zákonník spočíva na zásade, že prejav sa môže stať akokoľvek, tzn. poznateľným spôsobom (tzn. spôsobom nevzbudzujúcim pochybnosti). Do úvahy prichádzajú tri základné spôsoby prejavu vôle – výslovne (lat. *expressis verbis*), konkludentne (lat. *per facta concludentia*) a mlčky (lat. *per facta tacita*). Výslovne možné vôľu prejavíť buď ústne, alebo písomne (k písomnosti právneho úkonu viď predchádzajúcu kapitolu). Kontrahenti však k právnemu jednaniu užívajú aj rôzne technické prostriedky – vôľu je tak v súlade s právnym poriadkom možné prejavíť aj kliknutím počítačovou myšou či iným polohovacím zariadením, ako bolo ilustrované v prípade click-wrap click-through kontraktov. Konkludentná kontraktácia vo svojej elektronickej podobe je najčastejšie predstavovaná práve elektronickými kontraktmi typu browse-wrap, ktorých stručné vysvetlenie je uvedené v ďalšej subkapitole tohto článku.

7.1 Konkludentná kontraktácia na podklade judikatúry českých súdov

Konkludentné právne jednanie nemožno stavať na roveň s mlčaním. Všeobecne platí, že mlčanie nemožno zásadne považovať za súhlas (k tomu zrov. ustanovenie § 44 ods.1 občianskeho zákonníku). S mlčaním sú tak v platnom právnym poriadku spojené právne následky len výnimočne. Je to v prípadoch, kedy by sa osoba podľa zákona alebo príslušného kontraktu mala vysloviť, alebo kedy mlčanie nemožno považovať za absolútne nič iné než automatický súhlas. Prvorepubliková judikatúra zastávala konštantné stanovisko, že samotné mlčanie nie je súhlasom (zrov. napríklad Vážny, č. 4116, 4341, 4478, 5409, 6121, 6156), pretože iba mlčanie nie je za pravidelných pomerov ani súhlasom ani odporom. Neskoršia judikatúra toto stanovisko revokovala. Mlčanie možno považovať za prejav vôle len za podmienky, že sa dá s určitosťou usudzovať, že ním bola prejavovaná vôľa určitého obsahu (zrov. rozhodnutie sp. zn. Rc 88/54). Príkladom, kedy priamo zákon spája s mlčaním právne následky, je inštitút tzv. *relocatio tacita* pri nájme (zrov. ustanovenie § 676 ods 2 občianskeho zákonníku).

V prípade konkludentného jednanie nie je rovnako bez významu pred pred právnym jednaním existencia niektorých skutočností – napríklad listy (správy, zdelenia), ktoré si strany pri jednaní vymenili, zavedené obchodné zvyklosti, zaslané prospekty a katalógy, ale aj samotná výzva na predkladanie návrhov (lat. *invitatio ad offerendum*). Predpokladá sa, že konajúci sa spravidla nedostáva do rozporu so svojím predchádzajúcim jednaním, že koná dobromyseľne (lat. *venire contra factum proprium*). Ústavný súd ČR vo svojej praxi uznal za hodné pozornosti ako predzmluvné, tak aj následné správanie strán zmluvy.

Vo vzťahu k výkladu právniho jednanie, ktoré nie je explicitné, ale naopak konkludentné, je nutné aspoň v krátkosti podotknúť nasledovné. Právna prax, ktorá

287 V podmienkach Českej republiky je možné vysledovať niektoré známe e-obchody, ktoré dostali známku palec spotrebiteľa od občianskeho združenia S.O.S. Spotrebiteľ pre ich prehľadnosť a zrozumiteľnosť.

je v rozpore s princípmi právneho štátu, tzn. právna prax, kedy všeobecné súdy uprednostňujú výklad vedúci k neplatnosti zmluvy pred výkladom neplatnosť zmluvy nezakládajúcim, je v rozpore s platným právnym poriadkom. Ústavný súd²⁸⁸ v tomto smere odmietol právny formalizmus orgánov verejnej moci a nimi vznášané prehnané nároky na formuláciu právneho jednania. Takýto prístup nemožno z ústavného hľadiska akceptovať, pretože sa tým evidentne zasahuje do súkromnoprávnej slobody vôle jednajúceho kontrahenta. Je potrebné mať na pamäti klasickú zásadu súkromného práva - v pochybnostiach miernejšie (pravidlo lat. *in dubio mitius*). Zmyslom právnej úpravy ďalej je nemožno jednej strane naformulovať v zmluve ustanovenie pripúšťajúce viacero výkladov a následne v zlej viere zneužiť mnohoznačnosť tohto ustanovenia na úkor záujmov druhej zmluvnej strany. Rozumným sa preto javí postulát, podľa ktorého tvorca zmluvy, ktorý argumentuje neurčitým ustanovením povoľujúcim viacero možných výkladov, sám musí preukázať, že nekoná v zlej viere a že medzi stranami v skutku nebol konsenzus na význame tohto termínu, respektíve bol konsenzus na tvorcom zmluvy tvrdenom význame. V tomto prípade tak ide o výraz všeobecnej zásady, že nejasnosť (*non liquet*) ide k ľarche toho, kto ju vyvolal²⁸⁹.

7.2 Právne aspekty browse-wrap zmlúv

Podobne ako i v prípadoch uvedených vyššie, i na tomto mieste je nutné vnímať prvý termín kontrakt a právny termín zmluva pre prehľadnosť za právne termíny používané a *promiscue*. Zmluvný typ elektronického kontraktu browse-wrap tvorí posledný element kostry tzv. elektronických typov zmlúv. Od predchádzajúcich typov sa do značnej miery odlišuje svojou technickou podstatou. Vyjdúc z natívnej angličtiny, dospejeme k prekladu, že výraz „browse“ znamená pre naše účely prehliadať, resp. bežne prehliadať, resp. listovať či skúmať. Iné výklady, i keď ich angličtina ponúka mnoho, nie sú pre tento stručný právne-teoretický rozbor natoľko relevantné. O význame pojmu „wrap“ je možno uviesť, že sa jedná v prenesenom význame i realizáciu kontraktu, uskutočnenie (doslovne z angličtiny zabalenie). Zmluvným typom browse-wrap teda teória i prax rozumie taký modelový typ elektronickej kontraktácie, ktorý je obecné uzatváraný navštívením stránok jedného z kontrahentov druhým kontrahentom, poprípade jednoduchým surfovaním po stránkach jedného z kontrahentov.

O predchádzajúcich častiach o jednotlivých zmluvných typoch platilo, že je to najmä právo, ktoré rozhoduje o platnosti (validite) tej ktorej elektronickej zmluvy. V prípade browse-wrap je tento právny koncept v istom aspekte odlišný: Kým v predchádzajúcich stadiách platilo pre jednotlivé zmluvné typy pre platné uzavretie zmluvy kliknutie pomocou virtuálneho tlačidla, resp. ikony na to, aby kontrakt bolo možné označiť z hľadiska teórie kontraktu za perfektný, v prípade tohto zmluvného typu akoby právo „prepožičalo“ značnú mieru kvality platného uzavretia danej zmluvy podmienkam stanoveným majiteľovi²⁹⁰ (prevádzkovateľovi) webovej stránky, pomocou ktorej sa má daný kontrakt s jednotlivými podmienkami uzatvoriť. Dalo by sa teda v tomto filozofickom prúde myšlienok vysledovať, že je to nie ani tak právo ako také, ale skôr majiteľ webovej stránky, kto stanovuje rôzne limity, technické obmedzenia, reštrikcie či ďalšie podmienky, ktorými sa má návštevník webovej stránky (surfer, užívateľ, kontrahent) riadiť a ktoré sú určené na ich prijatie. Právo akoby sa potom stalo realizátorom týchto rozhodnutí, subsekvencne po ich stanovení zo strany majiteľa príslušnej webovej stránky. Určite by sa našli hlasy volajúce po tom, že je nonsens opustiť takto flagrantne z hľadiska práva vyššie vykreslený koncept vzájomného (aspoň do určitej miery explicitného) súhlasu (rozumej doktríny „assent“) a plne sa zveriť do intencií ponúknuvších samotným majiteľom webovej stránky. Je bežnou praxou, že sa kontrahent využitím služieb príslušného elektronického obchodu akoby sa ocital „v spároch“ virtuálneho obchodníka (a to i v prípade, ak aj odhliadneme od tzv. štandardných adhézných obchodov). Skôr pôjde teda v prípade tohto typu elektronického kontraktu o skutočnosť, že SFC (Standard Form Contract - pre definíciu viď vyššie) sú nadizajnované tak, že jedna zmluvná strana má kontrolu nad príslušnou transakciou, je tzv. opakovaným hráčom (ako uvádza Mark Lemeley)²⁹¹ a má tak celkom logicky záujem na stanovení obchodných podmienok. Povedané v skratke, z hľadiska subjektov, podobne ako tomu bolo v ostatných prípadoch elektronických kontraktov, vystupujú na sieti v prípade browse-wrap zmlúv subjekty v obvyklom postavení spotrebiteľov a obchodných spoločností. Právne poriadky v súvislosti s touto elektronicou zmluvou súčasne často akcentujú nadštandardnú ochranu spotrebiteľa v danej transakcii. Kým z hľadiska nedávnych rozsudkov súdu uznali tieto platnosť browse-wrap zmlúv v situáciách, kde boli stranami obchodné spoločnosti, v prípade spotrebiteľov ako jednej zo strán kontraktu boli opatrnejšie, t.j. browse-wrap elektronickej zmluvy vôbec neuznali²⁹².

288 Zrov. predovšetkým rozhodnutie Ústavného súdu zo dňa 14. apríla 2005, sp. zn. I. ÚS 625/2003, podľa ktorého (cit.): „Základným princípem výkladu smluv je prioritá výkladu, který nezakládá neplatnost smlouvy, před takovým výkladem, který neplatnost smlouvy zakládá, jsou-li možné oba výklady. Je tak vyjádřen a podporován princip autonomie smluvních stran, povaha soukromého práva a s tím spojená společenská a hospodářská funkce smlouvy. Není ústavně konformní a je v rozporu s principy právního státu taková praxe, kdy obecné soudy upřednostňují výklad vedoucí k neplatnosti smlouvy, před výkladem neplatnosti smlouvy nezakládajícím“.

289 Táto zásada sa prejavuje aj v procesnom práve - ak nemožno z vykonaného dokazovania zistiť, ak je žaloba po práve, nesie nepriaznivé dôsledky strana, na ktorej spočíva dokazné bremeno.

290 Výraz majiteľ webovej stránky je použitý v tomto článku zhodne s právnikom Lemleym, ktorý podobnú, v tomto odseku približenú situáciu, rieši v svojom aktualizovanom článku zo svojej monografie Intellectual Property and Shrink-wrap licenses. Tento možno dohľadať na webových stránkach príslušnej právnickej databázy, resp. pod bibliografickým odkazom: Lemley, M. Terms of Use. Stanford, Boston, 2006.

291 Viď tamtiež.

292 Z relevantnej judikatúry je možné odkázať najmä na tieto prelomové súdne rozhodnutia: Paola Briceño v. Sprint Spectrum, L.P., d/b/a Sprint PCS, Case No. 3D05-144 (Florida Dist. Ct. App., August 31, 2005), Cairo, Inc. v. CrossMedia Services, Inc. No. C04-04825 (JW) (N.D. Ca., April 1, 2005), Net2Phone, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County 109 Cal. App.

Pre vylúčenie pochybností, kedy je daná zmluva modelu browse-wrap de facto uzavretá, je na mieste uviesť nasledujúce. Prakticky je návštevníkovi (užívateľovi, potenciálnemu kontrahentovi) pred vstupom k informáciám umiestnených na dožadovanej webovej stránke prezentovaná signálna (varovná) správa o tom, že po vstupe do daných web stránok pre neho platia podmienky stanovené v texte tohto varovného upozornenia. V praxi sa objavuje i typický druhý variant modelových situácií, kde na danej webovej stránke navštívenej užívateľom sa vyskytuje zdelenie v podobe tzv. browse-wrap doložky, stanovujúce svojím textom konkrétne podmienky viazanosti danými obchodnými podmienkami tu obsiahnutými. Obecne sa jedná o kratší text, ktorý sa vyskytuje na príslušnej webovej stránke a ktorého úlohou je upozorniť surfera (užívateľa) o skutočnosti, že svojím „pobytom“ na danej webovej stránke súhlasí s obchodnými podmienkami prevádzkovateľa (majiteľa) web stránky. Konkrétne môžu mať doložky viaceré menej či viac presné formulácie²⁹³.

Tele Atlas Conditions of Use

By accessing this web site you accept this Agreement: THIS IS A LEGAL AGREEMENT BETWEEN YOU, THE END USER, AND MULTI MEDIA MAPPING LTD („Provider“). BY ACCESSING THIS WEB SITE, YOU ARE AGREEING TO BE BOUND BY THE TERMS OF THIS AGREEMENT. IF YOU DO NOT AGREE WITH THESE TERMS, DO NOT ACCESS THIS WEB SITE.

Užívateľské podmienky Tele Atlas

Vstupom do tejto stránky súhlasíte s týmto ujednaním: Toto je právne ujednanie medzi Vami, konečným užívateľom, a Multi Media Mapping Ltd (ďalej len „Poskytovateľ“). Prístupom na túto webovú stránku súhlasíte s viazanosťou obchodnými podmienkami tohto ujednania. V prípade, že nesúhlasíte s týmito obchodnými podmienkami, nevstupujte na túto stránku.

AstronomyDaily.com Conditions of Use

ACCEPTANCE OF THE TERMS OF THE USAGE AGREEMENT

The Web Site is offered to you, the User, conditioned on your acceptance without modification of the terms, conditions, and notices contained herein. Your use of this Web site constitutes an implicit agreement to be bound by all of the terms of this Usage Agreement.

Užívateľské podmienky AstronomyDaily.com

Prijatie obchodných podmienok užívateľskej zmluvy
Táto stránka je vám ako Užívateľovi ponúknutá za predpokladu, zapredpokladu, že súhlasíte bez zmeny obchodných podmienok, s ujednaniami a oznámeniami tu obsiahnutými. Použitie tejto stránky konkludentne predstavuje

dohodu byť viazaným všetkými podmienkami tejto Užívateľskej dohody.

Pochopiteľne, podobných doložiek sa dá v českom prostredí na internete vysledovať v dnešnej dobe už tiež značné množstvo, je možné si vybaviť napríklad vstup na stránky s obsahom neprístupným pre osoby mladšie 18 rokov, kde sa pri prvom načítaní na danej stránke objaví upozornenie o určení veku užívateľa (v šedom poli), po odsúhlasení ktorého sa sprístupní druhé okno s browse-wrap doložkou a následne potom už konkrétna webová prezentácia.

V súvislosti s browse wrap kontraktami je nutné ešte poznamenať, že čo sa realizácie obchodov (rozumej nateraz elektronickej kontraktácie) pomocou modelu browse-wrap zmlúv týka, v českom prostredí sa musí jednať o jasné a zrozumiteľné určenie, že užívateľ pokračovaním surfovania po danej stránke je viazaným danými obchodnými podmienkami, resp. mu je priamo vo webovom prehliadači ponúknutý odkaz v podobe okna, na ktorom sa klepnutím myšou rozhodne pre konkrétnu voľbu: buď klikne na „áno“ – bude naďalej vo všetkých relevantných otázkach viazaný podmienkami stanovenými majiteľom webovej stránky, resp. klikne na „nie“ a bude často krát presmerovaný na defaultnú (základnú, domovskú) stránku prehliadača, resp. na stránku s nulovým (rozumej blank – prázdny) skriptom.

Pre ďalšie teoreticko-právnej úvahy je na mieste podotknúť, že browse-wrap zmluvy, okrem vyššie vysvetleného, môžu celkom dobre v praxi vyzeráť aj tak, že na stránke, po ktorej užívateľ surfuje, je uvedený odkaz napr. s nasledujúcim znením „*Obchodné podmienky a podmienky užívania www stránky*“ (z angličtiny napr. „Terms and Conditions of Use“), za ktorými sa skrýva odkaz na určené obchodné podmienky, ktoré sa stávajú platnými pre užívateľa takejto webovej stránky. Je však potrebné upozorniť, že takýto odkaz (za ktorým sa ukrýva spomínaný hyperlink na dané podmienky) by sa mal objavovať na každej jednotlivjej webovej stránke, a to vždy veľmi prehľadným spôsobom. Kontrahentom je možné rovnako ešte pre bezproblémový chod elektronickej kontraktácie poradiť, aby učinili všetky technické kroky k tomu, aby užívateľ, pokiaľ má byť obchodnými a užívateľskými podmienkami viazaný, nemusel sa k takémuto odkazu zložito preklikať, resp. scrollovať až na spodnú (či inak náročne prístupnú) časť príslušnej webovej stránky.

Na záver tohto rozboru je vhodné v krátkosti poznamenať, že v českej právnej proveniencii sú otázky platnosti konkrétnych doložiek browse-wrap v *ad hoc* situáciách sporné. S ohľadom na skutočnosť, že do dnešnej doby neexistuje žiadny prelomový judikát príslušného súdu, ktorý by sa s právnou podstatou, platnosťou a záväznosťou zmluvy typu browse-wrap vysporiadal, bude nateraz zrejme vhodné nazerať na browse-wrap kontrakty pod prizmou teórie pravdivosti ako na kontrakty s nejasnou právnou záväznosťou, ktorých platnosť musí byť vždy v každom jednotlivom prípade dôkladne skúmaná. I keď na jednej strane je v prospech platnosti

4th 583 (Cal. Crt. App., June 9, 2003), Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc. 2003 U.S. Dist. Lexis 6483 (C.D. CA., March 7, 2003), Comb v. PayPal, Inc. Case No. C05-09823 (MW) (N.D. Ca., February 3, 2001), Pollster v. Gigmania Ltd., 170 F.Supp.2d 974 (E.D.CA. 2000)

293 Jednotlivé znenia doložiek sú dostupné priamo na webových stránkach predmetných spoločností [citované 4. mája 2010].

týchto modelov zmluvných ujednaní v prostredí virtuálneho sveta nezerané ako na platné zmluvné ujednanie práve preto, že táto platnosť vychádza z princípu konzumácie predmetnej služby, je na mieste platnosť kontraktov typu browse-wrap v českom právnom prostredí zrejme generálne odmietnuť a prípadnú platnosť priznať iba na základe určitých konkrétnych identifikátorov ad hoc.

8. Špecifické formy elektronickej kontraktácie

Vo virtuálnom svete kyberprietoru je možné identifikovať celý rad foriem elektronickej kontraktácie. Exemplifikovať všetky tieto formy by samozrejme presahovalo účel tohto článku. Modelovo boli pre ďalšiu analýzu vybrané práve tri základné formy elektronickej kontraktácie, pomocou ktorých je zrejme možné pomerne efektívnym spôsobom overiť pravdivosť v tomto článku uvedenej hypotézy. Prirodzene, dalo by sa zrejme sporovať, či práve nižšie zvolené formy elektronickej kontraktácie sú práve tými, ktoré sú toto schopné dosiahnuť. V každom prípade sa jedná o selekciu nezvolenú práve náhodne. Dôvodom je predovšetkým skutočnosť, že sa pri zvolených príkladoch jedná o pomerne často sa vyskytujúce elektronické kontraktácie vo virtuálnom svete i v regióne Českej republiky na pozadí právneho poriadku českej právnej proveniencie. Ako modelové tak boli zvolené elektronické kontraktácie spočívajúce v elektronických aukciách a elektronickej kontraktácie odohrávajúce sa v rámci informačného systému dátových schránok. Verejné zákazky totiž predstavujú významnú časť českého hospodárstva²⁹⁴. Je preto dôležité, aby zadávací proces verejných zákaziek bol efektívny, hospodárny a transparentný a aby jednotlivé kontraktácie odohrávajúce v jeho rámci tak boli plne secundum et intra legem. Jedným z prostriedkov pre naplnenie tohto cieľa je elektronizácia verejných zákaziek²⁹⁵.

Modelovo je na mieste zahrnúť do ďalších úvah pre overenie stanovenej tézy i jeden z najakcentovanejších drhov elektronickej kontraktácie v súčasnosti, ktorý v odbornej i laickej verejnosti znamenal mimoriadne diskutovanú tému. Jedná sa o dátové schránky, resp. informačný systém dátových schránok. Vzhľadom na skutočnosť, že ako v prípade elektronických aukčných systémov, tak v prípade dátových schránok, jedná sa

o komprehenzívnu problematiku, je podrobnejší, i keď s ohľadom na charakter tohto článku, nie vyčerpávajúci, ponechaný zvláštnym subkapitolám – viď nižšie.

8.1 Právne aspekty elektronickej aukcií

Medzi významnú formu elektronickej kontraktácie môžeme zaradiť, ako bolo predoslané v úvode tejto subkapitoly, elektronickej aukciu, a to ako jej v širšom, tak i v užšom zmysle. Nižšie uvedený rozbor sa nebude venovať tzv. spotrebiteľským aukciám, tzn. komerčným aukciám, kde na jednej strane vystupuje vždy ako jeden z kontrahentov danej kontraktácie spotrebiteľ a na strane druhej podnikateľ. Cieľom nižšie uvedenej analýzy je práve poskytnúť stručný prehľad elektronickej aukcií na podklade verejnoprávných právnych predpisov.

Zákonná definícia elektronickej aukcie v Českom právnom poriadku v jej širšom zmysle nanešťastie neexistuje. Fakticky je však možné uviesť, že sa jedná o elektronicke podávanie návrhov na uzavieranie zmlúv, kde na jednej strane je obvykle viacero navrhovateľov a na druhej strane je akceptant týchto návrhov. Ten si na základe vopred stanovených konkrétnych podmienok vyberie ten návrh, ktorý bude obvykle pre jeho podnikateľskú činnosť najvhodnejší²⁹⁶. Medzi navrhovateľmi a akceptantom môže vystupovať ešte tretí subjekt, ktorý celý proces sprostredkuje²⁹⁷.

8.1.1 Stručne k problematike elektronickej aukcií

V predchádzajúcom odseku bol v stručnosti načrtnutý základný princíp fungovania elektronickej aukcie, tzn. bol ilustrovaný mechanizmus, ktorý je za elektronickej aukciu v protredí Českej republiky štandardne považovaný. Jedná sa v podstate o najobecnejšie pojmá elektronickej aukcie. Pre lepšiu orientáciu v diskutovanej problematike sa v ďalšom texte bude potreba vysporiadať i s elektronickej aukciou v jej užšom slova zmysle, tzn. s elektronickej aukciou podľa zákonnej definície uvedenej v zákone č. 137/2006 Sb., o verejných zákazkách, v platnom znení²⁹⁸, a teda elektronickej aukcie ako prostriedku pre hodnotenie ponúk v rámci zadávacieho konania.

Elektronickej aukcia v užšom slova zmysle teda predstavuje podstatný nástroj v procese elektronizácie zadávania verejných zákaziek a tie zas predstavujú významný podiel na hospodárstve Českej republiky. Zároveň ju legislatíva upravuje špeciálne, na rozdiel od elektronickej aukcie v širšom slova zmysle. Skutočnosťou je, že jednotlivé právne úkony v rámci elektronickej kontraktácie nie sú v súčasnosti veľmi časté, tzn. kontraktácia prostredníctvom týchto elektronickej prostriedkov nie je pri zadávaní verejných zákaziek aktuálne tak masívne využívaná, ako by sa sprvu mohlo zdať. Je tomu tak navzdory výhodám, ktoré zadávateľom verejných

294 Ako uvádza Stratégia elektronizácie zadávania verejných zákaziek pre obdobie rokov 2011 až 2015, predstavujú verejné zákazky približne 17,5% HDP v Českej republike, čo v roku 2009 predstavovalo dokonca približne až 634 mld. Kč. K tomu viď bližšie Ministerstvo pro místní rozvoj. Strategie elektronizace zadávání veřejných zakázek pro období let 2011 až 2015. [citované 1.9. 2011] Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/CMSPages/GetFile.aspx?guid=ddc75064-617c-4a8d-a97b-d1e98d1b2305> strana 5.

295 Jej základný rámec vymedzuje Stratégia elektronizácie zadávania verejných zákaziek pre obdobie rokov 2011 až 2015. Medzi hlavné ciele tejto stratégie patrí, aby do roku 2015 mali všetci zadávateľia k dispozícii elektronickej nástroj umožňujúci elektronickej realizáciu všetkých fáz zadávacieho konania. Medzi ďalšie ciele potom patrí využitie elektronickej aukcie aspoň u 30% verejných zákaziek. Spoločne s naplnením ďalších cieľov chce tak táto Stratégia ušetriť 50mld. Kč ročne v rámci zadávania verejných zákaziek. K tomu viď v podrobnostiach Ministerstvo pro místní rozvoj. Strategie elektronizace zadávání veřejných zakázek pro období let 2011 až 2015. [citované 1.9. 2011]

296 Jednou z hlavných podmienok pre výber návrhu tak obvykle býva cena.

297 Jedná sa napr. o veľké elektronickej aukčné servery ako napríklad ebay alebo aukro.

298 Ďalej v stručnosti len ako legislatívna skratka s označením „ZVZ“.

zákaziek prináša²⁹⁹. Pritom viaceré príklady jej využitia a rovnako i úspor, ktoré sa vďaka tomuto modelu elektronických kontraktácií už dosiahli, sú uvedené na konci tejto časti článku.

8.1.2 Elektronické aukcie v svetle českej platnej právnej úpravy

Základná úprava elektronickej aukcie je zakotvená v ustnovení § 17 písm. c) ZVZ, podľa ktorého sa elektronickou aukciou rozumie proces slúžiaci k hodnoteniu ponúk, v rámci ktorého zadávateľ používa elektronické nástroje umožňujúce predkladanie nových znížených ponukových cien, prípadne nových hodnôt ponúk, a ktorý súčasne umožňuje zostaviť aktuálne poradie ponúk pri použití automatických metód ich hodnotenia. Túto legálnu definíciu vyššie uvedeného právneho predpisu je možné pre jednoduchosť zhrnúť tak, že elektronická aukcia predstavuje proces alebo prostriedok pre hodnotenie ponúk v rámci zadávacieho konania. Podrobné podmienky použitia elektronickej aukcie sú potom uvedené v ustanoveniach § 96 a § 97 ZVZ.

Z hľadiska možnosti použitia tohto modelu elektronických kontraktácií, umožňuje zákon o verejných zakázkach využitie elektronickej aukcie, s výnimkou jednacieho konania bez uverejnenia a súťažného dialógu, vo všetkých druhoch zadávacích konaní, tak ako sú definované v tomto právnom predpise. Práve uvedené dokonca platí i v prípadoch, keď má byť výsledkom zadávacieho konania uzavretie rámcovej zmluvy, alebo v rámci zadávacieho konania dôjde k využitiu dynamického nákupného systému. Použitie elektronickej aukcie je okrem vyššie uvedeného obmedzené ešte u verejného zadávateľa v prípade realizácie jednacieho konania s uverejnením, v rámci ktorého môže tento elektronickú aukciu použiť len v prípadoch stanovených v ustanovení § 22 ods. 1 ZVZ. Posledné obmedzenie použitia elektronickej aukcie je z hľadiska predmetu verejnej zákazky, keď použitie elektronickej aukcie je zakázané u verejných zákaziek na stavebné práce alebo služby, ktorých predmetom je plnenie týkajúce sa práv duševného vlastníctva.

Základným teleologickým účelom jednotlivých obmedzení použitia elektronickej aukcie z hľadiska súčasnej právnej úpravy je *de lege applicata* zamedziť jej použitiu tam, kde toto nie je z hľadiska princípov a základných zásad, na ktorých stoja dané typy konaní a cit. právny predpis obecné, vhodné³⁰⁰.

Z procesného hľadiska je ďalej základnou podmienkou pre použitie elektronickej aukcie uverejnenie tejto skutočnosti v oznámení alebo výzve o zahájení zadávacieho konania. Bez splnenia tejto podmienky nie je možné elektronickú aukciu použiť a realizovať v jej rámci príslušnú elektronickú kontraktáciu.

Samotný zákon o verejných zakázkach vo svojom ustanovení § 96 ods. 4 následne stanovuje zákonné

náležitosti, ktoré musí zadávateľ uviesť v zadávacích podmienkach, pokiaľ chce použiť elektronickú aukciu. Zadávacie podmienky tak majú obsahovať hodnotiace kritéria vzťahujúce sa k verejnej zákazke, ktoré budú predmetom hodnotenia elektronickej aukcie. Hodnota týchto kritérií musí byť vyjadriteľná číselne. Pokiaľ má byť zákazka hodnotená viackriteriálne, je nutné uviesť i váhu jednotlivých kritérií. Je tomu tak analogicky ako v prípade hodnotenia ponúk bez využitia elektronickej aukcie.

Prirodzene, ani elektronická kontraktácia realizovaná v rámci elektronickej aukcie nie je bez právnych úskalí. Problematickou zostáva predovšetkým otázka, ako riešiť situáciu, keď má zadávateľ záujem na tom, aby hodnotiacimi kritériami boli i ďalšie číselne nevyjadriteľné hodnotiace kritéria. Odpoveď na túto otázku nie je celkom jednoznačná. V konečnom dôsledku tak nezostáva nič len využiť k riadnemu správne zhodnoteniu práve uvedeného inštitút analogie legis, podľa ktorej bude potreba vo vyššie uvedenom prípade možné aplikovať model hodnotenia ponúk tak, ako je tento prijímaný bez elektronickej aukcie. Závadateľ teda môže číselne nevyjadriteľné kritéria vyhodnotiť v predbežnom hodnotení s tým, že im zároveň prideli príslušný počet bodov. Na základe váhy kritérií potom tieto body nastálo doplní do elektronickej aukcie ešte pred jej zahájením. Na mieste je v tejto súvislosti krátko doplniť, že v priebehu aukcie sa potom tieto hodnoty už ale nemôžu meniť.

Ďalšou náležitosťou zadávacích podmienok je uvedenie prípadných obmedzení nových hodnôt ponúk uchádzačov, ktoré budú predkladať v priebehu elektronickej aukcie. To znamená stanovenie rozsahu týchto hodnôt v režime minimálna hodnota a maximálna hodnota pre dané kritérium³⁰¹. Jednotlivé ponuky mimo tento rámec potom zadávateľ nebude akceptovať. Ďalej musia zadávacie podmienky obsahovať údaj s výčtom informácií, ktoré budú uchádzačom poskytnuté v priebehu zadávacieho konania, prípadne údaj o tom, kedy im tieto informácie budú poskytnuté. Rovnako tak musia zadávacie podmienky obsahovať informácie o postupe elektronickej aukcie, tzn. znamená uvedenie jednotlivých krokov priebehu elektronickej aukcie. Predposlednou náležitosťou zadávacích podmienok v prípade využitia elektronickej aukcie sú informácie o podmienkach pre podávanie nových aukčných hodnôt, a to hlavne stanovenie minimálnych rozdielov pre jednotlivé podania aukčných hodnôt, ak je toto vhodné vzhľadom k predmetu verejnej zákazky.³⁰² Poslednou a veľmi dôležitou nutnou súčasťou zadávacích podmienok sú informácie týkajúce sa elektronických prostriedkov a ďalšie technické informácie nutné pre elektronickú komunikáciu.

Pre úplnosť vyššie uvedeného stručného rozboru je na mieste zrejme i doplniť, že okrem uvedených náleži-

299 Zmeniť tento stav majú nástroje a procesy uvedené v Stratégia elektronickej zadávania verejných zákaziek pre obdobie rokov 2011 až 2015.

300 Napríklad u jednacieho konania bez uverejnenia stráca jej použitie zmysel, vzhľadom k tomu, že o podmienkach plnenia sa jedná priamo na osobných jednaniach s dodávateľom resp. s dodávateľmi.

301 Ako príklad je možné uviesť stanovenie minimálnej doby dodania 5 dní a maximálnej doby dodania 20 dní.

302 Uvedené znamená, že zadávateľ stanoví napríklad to, že každé podanie musí mať hodnotu 20 000 Kč. Pri ponúkanej cene 1200000 Kč jedného uchádzača môže druhý uchádzač ponúknuť najbližšiu nižšiu ponukovú cenu vo výške 1180000 Kč.

ností pre zadávacie podmienky podľa cit. ustanovenia § 96 ods. 4 ZVZ, musí zadávacia dokumentácia spĺňať i všeobecné náležitosti pre zadávaciu dokumentáciu podľa ustanovenia § 44 a násl. ZVZ³⁰³.

8.1.3 Priebeh zadávacieho konania pri využití elektronickej aukcie a priebeh elektronickej aukcie

Najskôr generálna poznámka na úvod - pri realizácii elektronickej aukcie nestanovuje zákon o verejných zákazkách až do fázy hodnotenia ponúk - s výnimkou odlišností uvedených v predchádzajúcej časti - žiaden zvláštny postup. Zadávacie konanie, v rámci ktorého je realizovaná elektronická aukcia, tak až do hodnotenia ponúk prebieha rovnako (s výnimkou podľa predchádzajúcej vety), ako zadávacie konanie bez elektronickej aukcie.

Pred samotným zahájením elektronickej aukcie má zadávateľ povinnosť realizovať predbežné posúdenie a hodnotenie ponúk. Uchádzači tak ešte pred elektronickej aukciu podávajú svoje ponuky do verejnej zákazky, a to vrátane preukázania splnenia kvalifikácie. Tieto ponuky podávajú vo forme, ktorú stanoví zadávateľ, pričom táto môže byť buď listinná, elektronická alebo kombinovaná. Zadávatel následne posúdi splnenie kvalifikácie, skontroluje úplnosť ponúk realizuje hodnotenie tých ponúk, ktoré boli úplné a uchádzači splnili kvalifikačné predpoklady a ďalej vypracuje správu o posúdení a hodnotení ponúk. Podrobný postup je uvedený v aktuálnom znení ustanovení §§ 50 až 80 ZVZ. Po realizácii predbežného hodnotenia sa celý proces dostáva do fázy vlastnej realizácie elektronickej aukcie. Tá je realizovaná v elektronickej podobe formou elektronických úkonov realizovaných prostredníctvom elektronických nástrojov (prostriedkov).

Základnou vlastnosťou elektronických nástrojov v elektronickej aukcii je, že umožňujú predkladanie nových hodnôt ponúk, napríklad nových znížených ponukových cien a sú schopné automaticky zostavovať aktuálne poradie ponúk. Pred samotným zahájením elektronickej aukcie má zadávateľ povinnosť odoslať elektronickými prostriedkami výzvu³⁰⁴ všetkým uchádzačom, ktorí neboli vyradení v predchádzajúcich fázach zadávacieho konania, aby podali nové aukčné hodnoty do elektronickej aukcie. táto výzva má obsahovať všetky informácie potrebné pre individuálne pripojenie k elektronickým nástrojom použitým pre realizáciu elektronickej aukcie a dátum a čas zahájenia elektronickej aukcie, ak tieto informácie neboli obsiahnuté už v zadávacích podmienkach. Ďalej musí výzva obsahovať spôsob ukončenia elektronickej aukcie a časové údaje o trvaní každého aukčného kola, v prípade, ak elektronická aukcia aukčné kolá využíva. V prípade, že je základným hodnotiacim kritériom ekonomická výhodnosť ponuky, musí naviac výzva obsahovať taktiež výsledok predbežného hodnotenia ponuky príslušného uchádzača a matematický vzorec, ktorý sa použije pre určenie automatických zmien poradia na základe

podania nových aukčných hodnôt, zahrňujúci všetky dielčie hodnotiace kritéria.

Vlastná elektronická aukcia môže byť zahájená najskôr 2 pracovné dni po odoslaní všetkých výziev, pričom počítačným stavom aukcie sú výsledky podľa predbežného posúdenia ponúk. Tieto výsledky zadávateľ vkladá ako počiatočné hodnoty do elektronickej aukcie, alebo ich sprístupní všetkým účastníkom elektronickej aukcie iným spôsobom. Zadávatel tam vkladá i hodnoty číselne nevyjadriteľných hodnotiacich kritérií, ktoré síce nebudú predmetom samotnej elektronickej aukcie, ale ich uvedenie je potrebné pre vypočítanie celkového aktuálneho poradia na základe všetkých hodnotiacich kritérií.

Samotný priebeh elektronickej aukcie potom pozostáva z podávania ponúk elektronickými nástrojmi prostredníctvom elektronických prostriedkov jednotlivými uchádzačmi a to u každého dielčieho hodnotiaceho kritéria. Podávanie ponúk môže byť jednokolové, alebo sa môže skladať z viacerých aukčných kôl. Zadávatel má povinnosť po celú dobu trvania elektronickej aukcie poskytnúť každému uchádzačovi informácie o jeho aktuálnom poradí, o aktuálne najlepších aukčných hodnotách, prípadne informácie o predmetných cenách a hodnotách, ak si to vyhradil v zadávacích podmienkach.

S ohľadom na povahu elektronickej kontraktácie je vhodné tiež uviesť, že jednotliví uchádzači v rámci elektronickej aukcie súťažia anonymne. Zadávatel má síce právo kedykoľvek oznámiť počet účastníkov, nemôže však zverejniť ich identifikačné údaje. Cieľom tejto úpravy je snaha zabrániť tzv. bid riggingu³⁰⁵.

Elektronickú aukciu ukončuje zadávateľ, a to v dopredu stanovený deň a hodinu, alebo pokiaľ bol vyčerpaný počet aukčných kôl, alebo pokiaľ uplynie stanovená doba od posledného podania bez obdržania nového podania. Po ukončení elektronickej aukcie nasleduje štandardný proces zadávacieho konania, s tým, že zákazka bude pridelená zadávateľom uchádzačovi, ktorého ponuka bola vyhodnotená ako najvhodnejšia.

8.1.4 Význam a prínos elektronickej aukcie

Elektronická aukcia, tak ako ju upravuje súčasné znenie špeciálneho právneho predpisu na úseku zakázok, teda zákon o verejných zákazkách, môže predstavovať značne efektívny prostriedok v rámci realizácie zadávacieho konania. Pomocou tohto modelu elektronickej kontraktácie je možné vďaka online súťaženiu o získanie zákazkov v reálnom čase, dosiahnuť nielen značné finančné úspory³⁰⁶, ale i iné ekonomické výhody.

305 Takzvaný „Bid rigging“ (alebo koluzívna účasť v tendri) nastáva vtedy, keď sa podnikatelia, u ktorých by sa inak očakávalo, že si budú konkurovať, tajne spoja preto, aby zdvihli ceny alebo znížili kvalitu tovarov alebo služieb pre odberateľov, ktorí chcú získať produkty alebo služby prostredníctvom podávania ponúk.

306 Ako príklad efektívneho využitia elektronickej aukcie je možné uviesť verejnú zákazku mesta Ostrava na poskytovanie telekomunikačných služieb. Táto zákazka bola realizovaná formou elektronickej aukcie a vďaka tomu sa podarilo znížiť dovtedy vynakladané náklady na telekomunikačné služby o 87%. Do realizácie verejnej zákazky platilo mesto Ostrava za tieto služby 23 mil. Kč. Vysúťažená cena bola vo výške 3 mil. Kč. Viac vid': Infoportaly.cz Ostrava

303 V podrobnostiach zrov. presnú dikciu cit. ustanovenia.

304 Ustanovenie § 97 ods. 3, 4, 6 a 10 ZVZ definuje obsah tejto výzvy.

Uchádzači o verejnú zákazku navyše môžu podávať svoje ponuky opakovane a viackrát, čím môžu zlepšovať svoje ponuky a tým môže dochádzať i k ďalším (predovšetkým peňažným) úsporám na strane zadávateľa.

Nespornou výhodou elektronickej kontraktácie spočívajúcej v elektronickej aukcii je i väčšia transparentnosť celého procesu, vzhľadom k online realizácii celého procesu a možnosti elektronického zaznamenania všetkých realizovaných úkonov jednotlivých kontrahentov tohto procesu.

8.2 Právne aspekty elektronickej kontraktácie realizovanej prostredníctvom informačného systému dátových schránok

Súčasnú legislatívnu prostredie celkom nepochybne generuje mnohé právne normatívne akty, ktoré svoj teleologický účel naplňajú s väčším či menším úspechom. Zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonoch a autorizované konverzi dokumentů (ďalej ako „zákon o elektronických úkonoch“ či „zákon“) pochádzajúci z dielne Ministerstva vnútra ČR³⁰⁷ bol dlhodobo pripravovaným počínom na poli tzv. e-kontraktácie³⁰⁸. Ide o zákon, ktorý do značnej miery mení tradičné ponímanie právneho úkonu, resp. elektronického právneho úkonu. Zaujímavosťou tohto zákona je i skutočnosť, že pre riadne naplňovanie svojho účelu vyžaduje súčinnosť viacerých orgánov, napr. súdov, Ministerstva spravodlivosti ČR či profesných komôr – Českej advokátskej komory, Notárskej či Exekútorskej komory ČR). Je preto na mieste i jeho označenie ako tzv. eGovernment Act, teda zákon o eGovernmentu. Zákon o elektronických úkonoch nie je možné komparovať s rovnakými zákonmi v iných krajinách Európskych spoločenstiev, pretože v tomto prípade ide skutočne o unikátnu právnu normu. Dá sa len odkazovo konštatovať, že zákonodarca našiel pri jeho koncipovaní niekoľko inšpirácií v susednom Rakúsku, kde platí úprava podobná, nie však identická (každopádne rakúsky zákon sa do istej miery stal predlohou pre pripravovaný zákon o základných registroch – viď ďalej). Ako už bolo uvedené, zákon je súčasťou tzv. eGovernmentu, ktorý sa už sám osebe vyznačuje vysokou mierou revolučnosti v tradičnom právnom ponímaní. Česká republika v ostatnom čase realizovala niekoľko zásadných zmien, a to nielen na poli práva ako takého, ktoré sú pozitívne pre ďalšiu informatizáciu celej spoločnosti. Jedným z pozitívnych

elementov, ktoré tomuto nastolenému trendu „informačnej revolúcie“, ktorú v ostatnom čase zažívame, nasvedčujú, je i text zákona o elektronických úkonoch. Je to predovšetkým pre to, že celkom nepopierateľne tento zákon prináša viacero priaznivých momentov využiteľných v každodennej praxi mnohých subjektov, na ktoré svojou dikciou odkazuje. Predne tak ide o zásadné zjednodušenie a zrýchlenie samotného procesu komunikácie medzi subjektmi presumovanými zákonom. Je možné uviesť, že takýto režim „elektronických“ právnych vzťahov predpokladaný novým zákonom o elektronických úkonoch nemal v českom legislatívnom prostredí doteraz obdobu, a to i z toho dôvodu, že vždy bolo nutné pri komunikácii s príslušným orgánom verejnej moci nevyhnutne disponovať elektronickým podpisom určitého presne definovaného štandardu. Zrýchlenie komunikácie na základe tohto zákona potom okrem iného znamená, že elektronický podpis sa zo samej podstaty veci nevyžaduje, čím sú viaceré možné komplikácie zanedbateľné.

Ďalšou zásadnou výhodou je predovšetkým trend neustáleho zvyšovania bezpečnosti, a to ako dátových schránok, tak i samotného komplexného systému jednotlivých prvkov informačného systému dátových schránok. Je teda možné celkom iste predpokladať, že riziko plynúce z posielania, prenosu a prijímania dokumentov nezabezpečeným elektronickým kanálom (napr. elektronické kanály tretích osôb), sa do značnej miery eliminuje. V tejto súvislosti sa však na strane druhej môžu objaviť i určité riziká či dokonca relatívne sofistikované počítačové hrozby, o ktorých bude v stručnosti pojednané nižšie.

Pokiaľ je na tomto mieste vhodné ilustrovať priame praktické výhody pre jednotlivé fyzické osoby, na ktoré dikcia nového zákona rovnako dopadá, nie je možné opomenúť, že jedným z najzásadnejších pozitívnych aspektov dnes ešte stále relatívne nového zákona o elektronických úkonoch je jednoduchosť spočívajúca v samotnej elektronizácii dokumentu (t.j. nie je nevyhnutne potrebné, aby takáto fyzická osoba disponovala papierovým dokumentom). To je praktické predovšetkým pri nutnosti realizácie mnohopočetnej (opakovanej) komunikácie s orgánmi verejnej moci, keď za pomoci digitalizovaného dokumentu a dátovej siete so štátnou garanciou odbúravajú sa čakacie doby či iné bariéry toľko typické pre „klasické“ doručovanie dokumentov do podateľní jednotlivých štátnych úradov. Pochopiteľne, ako bolo uvedené už vyššie, i skutočnosť, že nie je pre danú komunikáciu nutný elektronický podpis, predurčuje zákon o elektronických úkonoch z hľadiska reálnej „občianskej použiteľnosti“ na vysoký stupeň praktickej aplikácie.

Nemenej zaujímavou skutočnosťou, ktorú je možné historicky vysledovať, je i súbor okolností, za ktorých samotný text zákona vznikol. Málokto si už dnes spomenie, že pôvodne samotný názov zákona obsahoval i odkaz na tzv. „osobné čísla“. Nakoniec však úprava osobných čísel, ako tzv. jedinečných identifikátorov³⁰⁹, z obsahu zákona vypadla (a pochopiteľne tak i z promu-

vysoutěžila rekordní paušály na mobily. [citované 1. septembra 2011]. Dostupné z: <http://www.infoportaly.cz/ostravsko/ostrava/7650-ostrava-vysoutezila-rekordni-pausaly-na-mobily>

307 Spôčiatku vznikol pod gesciou Ministerstva informatiky a následne agenda spojená s touto problematikou prešla komplexne na Ministerstvo vnútra.

308 V súčasnej dobe je možné konzultovať niektoré vybrané problémy dátových schránok a informačného systému dátových schránok vo viacerých relevantných zdrojoch. Príkladne je tak možné uviesť predovšetkým nasledovné: ZANDL, Patrick. Jaký je český Internet viděný křišťálovou lupou? *Lupa.cz* [online]. 2010-12-06, roč. 12 [cit. 2010-12-07]. Dostupné online. ISSN 1213-0702; BUDIŠ, P.; Hřebíková, I. *Dátové schránky*. Komentář. 1. vydání, Praha: ANAG, spol. s r.o., 288 s., ISBN 978-80-7263-617-4; Macková, A.; Štědrň, B. *Zákon o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů s komentářem, včetně souvisejících zákonů a prováděcích předpisů*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2009, 528 s., ISBN: 978-80-7357-472-7

309 Jedinečné identifikátory sú preto špecifické, lebo nedisponujú identifikujúcim príznakom najviac typickým pre napr. rodné čísla fyzických osôb

lgačného listu zákona). Problematika osobných čísel je natoľko špecifická, že je predmetom úpravy špeciálneho zákona – tiež z dielne Ministerstva vnútra, ktorého promulgačný list nesie názov „zákon o základných registroch“, t.j. zákon č. 111/2009 Sb., konzistentne upravujúci problematiku tzv. zdrojových a agendových identifikátorov. Je možné predostrieť, že zákon o elektronických úkonoch, zákon o základných registroch a navyše i novela zákona o občianskych preukazoch umožňujúca vydávanie elektronických občianskych preukazov, budú tvoriť spoločne základnú kostru zamýšľanej praktickej legislatívy vo vzťahu nielen k občanovi, ale i ďalším subjektom, v nastávajúcom období informačných a komunikačných technológií v Českej republike. Celkový rámec tejto sféry práva informačných a komunikačných technológií budú do budúcnosti nesporne dopĺňať, v príslušných zákonných intenciách, i ďalšie spresňujúce prevádzacie právne predpisy (vyhlášky).

Na úvod je však pre vylúčenie akýchkoľvek aplikačných pochybností nevyhnutné uviesť, že súčasne so zákonom o elektronických úkonoch zostáva v platnosti a účinnosti občiansky zákonník, ktorý stanovuje pre jednotlivé právne úkony všeobecne platný právny rámec tak, ako bolo uvedené vyššie. Predovšetkým ide o riešenie esenciálnych otázok platnosti, účinnosti, formy atď. každého jednotlivého právneho úkonu. Novo pripravený zákon o elektronických úkonoch občiansky zákonník nesupluje, nijako ho nederoguje, iba spresňuje materiú elektronických právnych úkonov a navyš, zavádza niekoľko nových právnych kategórií, ktoré doposiaľ český právny poriadok neobsahoval. Zákon o elektronických právnych úkonoch má väzby i na správny poriadok, ktorým pre veľkú komplexnosť nie je možné v tomto článku venovať ďalší priestor a hlbšiu analýzu.

Pokiaľ ide o samotné negatíva zákona, je potrebné upozorniť, že tieto môžu byť zatiaľ v zatiaľ stále ešte relatívne krátkom období po nadobudnutí účinnosti zákona iba latentnými. Preto je rovnako potrebné na niektoré z nich v krátkosti poukázať i v aspekte *pro futuro*. Pri konkrétnom skúmaní jednotlivých zákonných dikcií je pre zjednodušenie možné zákon o elektronických úkonoch vidieť v dvoch kľúčových rovinách, a to v rovine týkajúcej sa dátových schránok a v rovine stanovujúcej právny rámec pre tzv. autorizovanú konverziu. Z týchto pomyselných rovin je možné vysledovať i jednotlivé oblasti úpravy zákona.

Predmet právnej regulácie definuje zákonodarca stručne v § 1 cit. zákona. V zásade je možné hovoriť o trojakom vymedzení predmetu regulácie tohto zákona. V stručnosti i samotný zákon predostiera, že sa použije na úpravu vzťahov súvisiacich s elektronickými právnymi úkonmi štátnych orgánov, orgánov územných samosprávnych celkov a ďalších štátnych orgánov či štátom zriadených inštitúcií (napr. Česká televízia atď.), vrátane orgánov verejnej moci (tj. napr. notárov či súdnych exekútorov), a to voči fyzickým a právnickým osobám a následne právnických osôb voči orgánom verejnej moci. Jedným zo základných motívov zákonodarcu bolo rovnako umožniť elektronickú komunikáciu i medzi

štátnymi orgánmi navzájom tak, aby tieto orgány mohli navzájom komunikovať efektívnejšie, rýchlejšie a sofistikovanejšie, ako im to umožňovali doterajšie komunikačné kanály verejnej správy. Zákon preto priamo v ustanovení § 1 stanoví, že jeho predmetom sú rovnako i elektronické právne úkony medzi orgánmi verejnej moci medzi sebou.

Informačný systém dátových schránok je zákonom predpokladaný ako druhý okruh do úvahy pripadajúcich právnych vzťahov. Táto legislatívne aprobovaná oblasť je vo vodách českého právneho poriadku nová, a preto samotný text zákona vo svojom § 2 uvádza legálnu definíciu dátovej schránky, teda to, čo tento právny inštitút znamená. Zákon tak stanoví, že ide o elektronické úložisko určené na doručovanie orgánmi verejnej moci a k realizácii úkonov voči orgánom verejnej moci. Čo sa však rozumie výrazom „elektronické úložisko“, ktorý je v tejto súvislosti nepochybne výrazom fundamentálnej dôležitosti, zákon nestanoví. Jeho definíciu nie je možné dohľadať v žiadnom z doteraz platných a účinných právne normatívnych aktov. Bude teda pravdepodobne otázkou prípadne ďalšieho podzákonného právneho predpisu, aby elektronické úložisko adekvátne definíčne nastavil a vylúčil tak široké množstvo interpretačných a koniec koncov i bezpečnostných rizík. V opačnom prípade, t.j. ak sa jasne nevyšpecifikujú jednotlivé definíčné znaky pojmu elektronické úložisko, nie je možné vylúčiť, že absencia týchto znakov (prípadne neexistencia jasných pravidiel pre jeho legálnu interpretáciu) môže dokonca navdať i vzniku mefistických myšlienok hovoriacich o limitácii či, *ad absurdum*, degradácii samotnej právnej istoty jednotlivých subjektov operujúcich s elektronickým úložiskom na príslušnej strane daného právneho vzťahu.

Tretiu základnú oblasť upravovanú zákonom predstavuje tzv. autorizovaná konverzia dokumentov. Podobne ako v prípade dátových schránok, i v tomto prípade zákon ponúka legislatívnu definíciu autorizovanej konverzie dokumentov vo svojom § 22.

Ako bolo uvedené už vyššie, zákonodarca rozumie dátovou schránkou elektronické úložisko, pričom toto úložisko legislatívne atribuuje zvlášť pre fyzické osoby, podnikajúce fyzické osoby, právnické osoby, orgány verejnej moci a konečne orgány územných samosprávnych celkov. Vzhľadom na časový aspekt v spojení s vytváraním dátových schránok, zákonom predpokladaný postup je pre orgány verejnej moci nastavený favorizujúco na úkor fyzických osôb, pretože orgánom verejnej moci sa dátové schránky zriaďujú bezodkladne, kým pre fyzické osoby platí lehota troch dní. Takýto úmysel zákonodarcu nie je možné než privítať vzhľadom na to, že akokoľvek budeme na využitie dátových schránok nazeráť, praktické využitie budú tieto úložiská nachádzať predovšetkým pri činnosti orgánov verejnej moci, resp. vždy vo vzťahu k týmto orgánom. Na strane druhej je však otázkou, či je technicky celkom dobre možné tieto lehoty bez ďalšieho dodržať, resp. či aparát verejnej moci nebude generovať zbytočné prieťahy i v smere korektného zavedenia dátových schránok. Nesporne dôležitou otázkou je i výška nákladov, ktoré sú predpo-

kladané zákonom pre zavedenie a udržiavanie príslušnej dátovej schránky. Kým o nákladoch na zriadenie dátovej schránky zákon hovorí jasnou rečou, o udržiavaní dátovej schránky (príp. správe technickej infraštruktúry s tým súvisiacej) už mlčí. Podľa zákona tak pre všetky spoločnosti zapísané v obchodnom registri ((vrátane organizačných zložiek) zriadi príslušný orgán poverený výkonom zákona, t.j. Ministerstvo vnútra ČR, dátovú schránku bezplatne na základe podanej žiadosti. Pre úplnosť je na mieste ešte podotknúť, že i v prípade, že obchodná spoločnosť je do obchodného registra zapisovaná po nadobudnutí účinnosti zákona (tzn. po 1. júli 2009), je zriadenie dátovej schránky vždy bezplatné. Od práve uvedených nákladov je nutné odlišovať náklady spojené s prípadnými správnyimi poplatkami za jednotlivé úkony v súvislosti s dátovými schránkami.

S ohľadom na zavedenie inštitútu dátovej schránky sa objavila rovnako živá diskusia o otázke, kto presne má, resp. by mal mať, do dokumentov doručených do príslušnej dátovej schránky prístup. Pri fyzickej osobe, u ktorej zákon predpokladá vytvorenie tzv. dátovej schránky fyzickej osoby, problematika prístupu do dátovej schránky interpretačné problémy nespôsobuje. Z dôvodov čisto logických to bude teda práve táto fyzická osoba. V prípade právnickej osoby však situácia vyzerá na prvý pohľad komplikovanejšie, keďže právnická osoba má častokrát kolektívny štatutárny orgán. Samotný § 8 zákona však na tieto situácie pamätá, keď stanoví v treťom odseku, cit. *„K prístupu do dátovej schránky právnickej osoby je oprávnený štatutárny orgán právnickej osoby, člen štatutárneho orgánu právnickej osoby alebo vedúci organizačnej zložky podniku zahraničnej právnickej osoby zapísané v obchodnom registri, pro něj byla datová schránka zřízena.“* Nedá sa však neuviesť, že zákon v tomto smere nepamätá už na postup v prípade, ak sa nevedia napríklad na prístupe do dátovej schránky dohodnúť samotní vlastníci spoločnosti. Najvýpuklejšie sa tento problém javí v akciových spoločnostiach, kde spor o konkrétny dokument môže vyvolávať značné problémy a vypätú atmosféru najmä medzi samotnými akcionármi.

V praktickom behu elektronických kontraktácií však dochádza k mnohým ďalším situáciám, keď subjekt, pre ktorý je dátová schránka zriadená, nemôže z viacerých dôvodov so svojou schránkou komunikovať, t.j. „vyberať“ si z nej dokumenty tak, ako zákon predpokladá³¹⁰. V procesných právnych predpisoch sa pre takéto či podobné situácie využíva napr. inštitút *navrátenia lehoty*. Zákon o elektronických úkonoch konštruuje zasa tzv. inštitút „poverenej osoby“, pričom ďalej je možné uvažovať i o podobných prípadoch – napr. ak má právnická osoba prokuristu, bude oprávnený vstupovať do dátovej schránky spoločnosti, ktorá mu prokuru udelila. S ohľadom na práve uvedené je však nutné upozorniť na dichotomickú štruktúru prístupu k jednotlivým dokumentom: kým osoba, pre ktorú bola dátová schránka priamo zriadená, má prístup ku všetkým dokumentom

doručovaným do takejto dátovej schránky, poverená osoba nebude mať prístup k dokumentom označeným ako dokumenty do vlastných rúk. Ak vznikne potreba pre poverenú osobu vstupovať do schránky i za účelom spracovania dokumentov určených do vlastných rúk³¹¹, bude nevyhnutné zaistiť, aby takáto poverená osoba mala udelené povolenie zo strany štatutárneho orgánu či zo strany fyzickej osoby, ktorej bola dátová schránka zriadená (v prípade dátových schránok fyzických osôb). Zákon sa tak snaží v čo najväčšej miere pridržovať štandardnej právnej úpravy doručovania, pričom však navyše zavádza možnosť získať v prípade písomností do vlastných rúk povolenie i zo strany administrátora (viď § 8 ods. 7 zákona). To je praktické predovšetkým vo veľkých spoločnostiach (korporáciách, organizačných zložkách podnikov).³¹²

V prípade analýzy jednotlivých prístupových eventuality do príslušnej dátovej schránky sa zákonodarcovi podarilo úspešne vyhnúť termínom ako aktivácia a deaktivácia dátovej schránky. Namiesto týchto interpretačne nepresných termínov zaviedol i v rámci tohto modelu elektronickej kontraktácie pojem „zprístupnění“ a „zneprístupnění“ dátovej schránky. V tomto smere si zákonodarca zaslúži i ďalšiu pochvalu, keď stanoví konzistentne podmienky, na základe ktorých k takémuto sprístupneniu dochádza. V prípade fyzických osôb je týmto okamihom prvé prihlásenie osoby oprávnenej na prístup do dátovej schránky. Zákonodarca pamätal i na situáciu, pokiaľ z akýchkoľvek dôvodov k takémuto prihláseniu nedôjde bezprostredne. V tomto prípade potom platí, že k prihláseniu došlo pätnástym dňom odo dňa, v ktorom boli doručené prístupové údaje (§ 9 zákona) oprávnenej osobe. Zákon tak konštruuje obdobnú právnu fikciu doručenia, ako je tomu v prípade občianskoprávných či správnoprávnych predpisov. Základné varianty zneprístupnenia dátovej schránky potom následne podáva § 11 zákona o elektronických úkonoch. Pre doplnenie je na mieste ešte uviesť, že systematická zákona rozlišuje okrem zneplatnenia prístupových údajov i prípady, keď dochádza k samotnému zrušeniu dátovej schránky. Dá sa konštatovať, že zákonodarca spravil krok vpred, keď pôvodnú dlhú časovú lehotu pre zrušenie dátovej schránky limitoval na súčasné tri roky od úmrtia fyzickej osoby či zániku právnickej osoby (bez právneho nástupcu). Bolo by len veľmi ťažké argumentovať v prospech ďalšieho predlžovania tejto lehoty (takéto *prolongatio ad absurdum* by za vyššie uvedených okolností bolo kontraproduktívne).

Ďalším novým právnym inštitútom, ktorý predstavil zákon o elektronických úkonoch a ktorý má priamy súvis s dátovými schránkami (pričom súčasne využíva informačný systém evidencie obyvateľov), je tzv. informačný systém dátových schránok. Hlavnou úlohou tohto systému je vytvorenie akejkoľvek komplexnej databázy spravovanej Ministerstvom vnútra (ako garantom), ktorá má uchovávať všetky relevantné údaje, a to ako o samot-

310 Pre predstavu by sa dala uviesť situácia, keď je napr. fyzická osoba (pre ktorú je zriadená dátová schránka fyzickej osoby) hospitalizovaná v zdravotníckom zariadení.

311 Takúto prax je napr. v obchodných vzťahoch príslušnej právnickej osoby možné celkom iste, resp. s veľkou pravdepodobnosťou očakávať.

312 Vo veľkých korporáciách je totiž značne nepravdepodobné, že by napr. generálny riaditeľ pravidelne sledoval obsah takejto elektronickej dátovej schránky.

ných dátových schránkach, tak o jej jednotlivých užívateľoch a predovšetkým o jednotlivých elektronických úkonoch realizovaných v jeho rámci. V tejto súvislosti je však nevyhnutné upozorniť, že *správcom* informačného systému dátových schránok je Ministerstvo vnútra, avšak *prevádzkovateľom* tohto systému je subjekt celkom odlišný, a to držiteľ poštovej licencie. Správca i prevádzkovateľ informačného systému, zodpovedajú za bezpečnostné parametre celého systému.

Pre úplnosť je nutné uviesť, že jednotlivé, informačným systémom dátových schránok uchovávané informácie, sú stanovené v § 14 odseku 3 zákona. Obecne je však možné konštatovať, že informačný systém uchováva všetky informácie týkajúce sa prihlásenia a odhlásenia užívateľa dátovej schránky, odoslania a prijatia príslušného dokumentu či zneplatnenia prístupových údajov a zrušenie dátovej schránky. Z bezpečnostných dôvodov sa takýto rozsah informácií javí ako vhodný a v súčasnej dobe mnohorakých bezpečnostných rizík i žiaduci.

V náväznosti na vyššie uvedené je vhodné upresniť, že všetky dokumenty doručované do dátových schránok podľa zákona o elektronických úkonoch majú formu dátovej správy. Je do istej miery na škodu, že samotný zákon neobsahuje legálnu definíciu dátovej správy pre účely tohto zákona. Varietu interpretačných možností, čo sa v konečnom dôsledku *in concreto* bude i do budúcnosti možné považovať za dokument doručovaný prostredníctvom a do dátovej schránky, tak nebude zrejme možné celkom zanedbať.

Ako bolo uvedené už v úvode, správnym orgánom na úseku bezpečnosti dátových správ je Ministerstvo vnútra ČR. Samotný zákon (viď § 20 odsek 2 zákona) v tejto súvislosti dokonca stanoví, že v právomoci Ministerstva je dátovú správu, ktorá obsahuje chybný formát alebo počítačový program spôsobilý privodiť ujmu na informačnom systéme, zničiť a vzápätí o tomto úkone upovedomiť adresáta takejto dátovej správy. Jednoducho povedané, doručovaná správa obsahujúca počítačový vírus, resp. iný nevyžiadany software (ktorý zákon bližšie nešpecifikuje), bude v prípade, že technické prostriedky takúto správu detekujú, zničená.

V tomto prípade sa však vynára hneď niekoľko problémov, ktoré zákonodarcu v texte zákona nijak nerieši. Tým najzákladnejším je predovšetkým skutočnosť, že za predpokladu, že detekčné nástroje informačného systému vyselektujú problematickú dátovú správu, existuje pravdepodobnosť hraničiaca s istotou, že užívateľovi nebude samotný obsah dokumentu (na ktorý sa „nabalil“ počítačový vírus) vôbec žiadnym z doteraz možných a z technického hľadiska do úvahy pripadajúcich spôsobov doručení. Zodpovednosť za bezchybnosť doručovanej dátovej správy sa tak síce prenáša na Ministerstvo vnútra ČR, avšak v konečnom dôsledku nemusí znamenať požadovaný efekt. Druhý problém spočíva v tom, že užívateľ dátovej schránky stráca *ipso facto* kontrolu nad samotným dokumentom, tzn. vlastným právnym úkonom, keď mu je po jeho zničení doručená iba informácia o tejto skutočnosti. Samozrejme, týmto sa súhrn prípadných problémov neuzatvára a pri hlbšej analýze je možné predstaviť si relatívne široký okruh

možností, ktoré sú schopné z bezpečnostného hľadiska narušovať predpokladaný účel zákona a predovšetkým riadnu elektronickú kontraktáciu.

Azda najväčším ďalším nedostatkom tu diskutovaného modelu elektronickej kontraktácie je skutočne práve zrejme nedostatočne nastavený režim bezpečnosti dokumentov doručovaných do dátových schránok. O tejto otázke bolo pojednané už vyššie, a preto je na tomto mieste vhodné iba pripomenúť, že text zákona sa nedokázal dobre vysporiadať s výmazom dokumentov (údajov) po tom, čo systém vyhodnotí takýto dokument ako nebezpečný s rizikom počítačového vírusu. Vyššie bolo rovnako odkázané i na jednotlivé problémy prístupu do dátových schránok (obzvlášť v prípade plurality subjektov danej entity, pre ktorú je dátová schránka zriadená).

V súvislosti so zakotvením právneho inštitútu dátových schránok sa však objavujú i ďalšie – obcejšie a možno ďalekosiahlejšie – riziká. Napriek tomu, že zákon podáva úpravu mnohých právnych vzťahov, záhadou ostáva režim právnych vzťahov *mortis causa* čo do existencie samotnej dátovej schránky. Jednoducho povedané, nie je zatiaľ uspokojivo právne vyriešená otázka nakladania s dokumentmi v prípade, ak napr. fyzická osoba, pre ktorú bola dátová schránka zriadená, zomrie, resp. je prehlásená za mŕtvu. Podobný problém sa vynára aj v súvislosti so zánikom spoločnosti bez právneho nástupcu. Je teda celkom dobre možné, že v prípade, ak by mala príslušná právnická osoba napr. pohľadávky za ďalšími subjektmi (napr. zamestnancami atď.), ktoré by boli súdne nárokovateľné, resp. následne vynútiteľné i súdnym rozhodnutím, nie je možné reálne z dikcie zákona dedukovať, ako by sa v takomto prípade právnickej osobe doručovalo elektronicke do dátovej schránky a aký by bol i ďalší procesný postup zo strany príslušného štátneho orgánu.

V súvislosti s vyššie uvedeným sa javí ako problém nemalého významu i situácia, ak je v prípade fyzickej osoby zriadená dátová schránka fyzickej osoby, do ktorej sa doručujú rozhodnutia štátnych orgánov, orgánov verejnej moci, teda i súdov. Nepredstaviteľnou potom nie je skutočnosť, že takejto fyzickej osobe je doručené napríklad i súdne rozhodnutie o udelení trestu za spáchaný trestný čin. Otázkou, ktorá však ostáva nezodpovedaná je, aký faktický význam by následne malo súdne rozhodnutie o udelení milosti takejto fyzickej osobe za predpokladu, keď rozhodnutie o treste ostáva v elektronickej podobe v dátovej schránke takejto fyzickej osoby. Bez zamyslenia potom ďalej nie je, či takto nastavená dikcia zákona o elektronických úkonoch nemôže byť, *cum grano salis*, i v kontradikcii s ústavnoprávnymi a občianskoprávnymi inštitútmi, ako je napríklad právo na ochranu súkromia.

Ďalším sporným momentom je finančná stránka zákona. Pochopiteľne, za jednotlivé porušenia ustanovení zákona môže príslušný orgán udeliť v správnom konaní i pokutu. Odhliadnuc od týchto finančných prostriedkov zákon ako taký nepočíta so zavedením poplatkov za zriadenie dátovej schránky. V prípade, ak by však tomu bolo inak, mohlo by dôjsť celkom pravde-

podobne k tzv. zmluvnému prímusu, teda k situácii, že by široké množstvo subjektov (u ktorých je zriadenie dátovej schránky mandatorne – viď vyššie) muselo za túto službu uhradiť príslušný poplatok. Tento aspekt by mal následne i druhú veľmi nebezpečnú rovinu – monopolné postavenie pri vyberaní takéhoto poplatku za zriadenie dátovej schránky.

Pre právnú kontraktáciu je však najpálčivejšia celkom iná problematiká stránka tu stručne ilustrovaného modelu. Je ňou dlhodobé uchovávanie dokumentov v príslušnom úložisku. Nie je tu len záujem sprístupniť daný dokument kedykoľvek v budúcnosti (ako je to za štandardných okolností možné typicky v prípade listinného dokumentu), ale vôbec zachovať jeho dlhodobú autenticitu, spoľahlivosť a schopnosť byť dostatočným dôkazným prostriedkom pre prípad možného (súdneho) sporu. V tomto ponímaní tak dátové schránky bez ďalšieho zrejme neobstoja (kontinuálne prerazítkovanie príslušným časovým razítkom nie je zrovna najpohodlnejšie a do budúca ani najlacnejšie) požiadavkám na vyššie uvedené. Dlhodobá spoľahlivosť dátových správ a v nich obsiahnutých elektronických dokumentov je tak značným spôsobom devalvovaná aj ďalšou skutočnosťou, a to zatiaľ dostatočne neexistujúcim spoľahlivým spôsobom slhodorej archivácie jednotlivých dokumentov. Bez vyriešenia tohto páčivého problému tak nie je možné dostať za dosť požiadavku, aby jednotlivé právne úkony (najlepšie je tento prímer predstaviť na zmluvách vytvorených v elektronickej podobe) boli do budúcnosti dostatočne dlhodobo archivovateľné a následne použité. Istým riešením môže byť dlhodobé ukladanie práve prostredníctvom bezpečného úložiska tak, ako je s ním počítané v návrhu nového občianskeho zákonníku. Na úplný záver tejto subkapitoly sa nedá nespomenúť, že dátové schránky a ich informačný systém vykazujú z teoreticko-právneho hľadiska i problém so samotnou autenticitou právneho jednanja. Webové rozhranie, ktoré poskytuje interface pre informačný systém dátových schránok totiž neumožňuje identifikovať, ktorý konkrétny subjekt správu poslal a i rozhranie k prístupu cez príslušný certifikát umožňuje iba zistiť, či to bola osoba poverená alebo osoba oprávnená. V žiadnom prípade však nie, o ktorú konkrétnu osobu sa jednalo. Z tohto pohľadu potom niektoré hlasy napádajúce existenciu elementárnych výstavbových prvkov riadneho právneho jednanja nevynievajú ako irrelevantné.

9. Syntéza a námety de lege ferenda

S ohľadom na jednotlivé okruhy uvedené v príslušných subkapitolách tohto článku a súčasne s vedomím, že jednotlivé tu uvedené skutočnosti si logicky nečia nárok na neomylnosť, je dôležité zhrnúť aspoň niekoľko kľúčových poznatkov, ktoré sú výsledkom realizovaného výskumu.

Ako bolo predznačené už vyššie, pre získanie zodpovedajúcich záverov v oblasti, akou je kyberpriestor, bol aplikovaný selektívne definovaný metodolo-

gický aparát tak, aby bol nápomocný jednak pre ilustráciu popisovaných skutočností a rovnako i pre abstrahovanie príslušných záverov. V znení jednotlivých kapitol tohto článku tak boli v stručnosti popísané vybrané aspekty skúmaných problematik, a to v rozsahu mantinelizovanom stručným teoreticko-právnym rozborom. Zásadnou skutočnosťou v tomto uvažovaní je fakt, že v dynmickom priestore virtuálneho sveta nie je často-krát možné nájsť automatickú odpoveď obsiahnutú v platnom právnom predpise tak, že príslušný problematícky aspekt je bez ďalšieho v tomto predpise upravený. Okrem iného potom i takýto východiskový stav je celkom jednoznačným základom pre potvrdenie, že určité špecifické aspekty kyberpriestoru je možné právne regulovať iba na základe princípov (a poľažmo) potom pravidiel majúcich reálny základ v teoreticko-právnych východiskách daného právneho poriadku. Výnimkou v tomto smere nie je ani problematika elektronických kontraktov, ktorých vybrané teoreticko-právne aspekty boli predmetom vybraných analýz tohto článku. Za pomoci vyššie ilustrovaného metodologického aparátu bola elektronicá kontraktácia podrobená právnej analýze z hľadiska jej právneho ukotvenia v systéme právnych predpisov Českej republiky a následne potom zanalyzovaná podľa modelu tzv. dokonalého kontraktu. Pri tejto analýze vyvstalo vskutku niekoľko významných neuralgických okruhov, ktoré, zdá sa, nie sú celkom uspokojivo vyriešené v platnom právnom poriadku Českej republiky. Na tomto mieste je tak vhodné spomúť predovšetkým náležitosti formy právneho úkonu či zhody vôle a jej prejavu v podmienkach virtuálneho sveta. Prirodzene, nejedná sa o výčet taxatívny, keďže prakticky každé skúmané definiendum príslušných náležitostí elektronickeho kontraktu vykázalo nie uspokojivo v právnom poriadku ukotvený, miestami až dichotomický charakter.

Na strane druhej je však skutočnosťou, že právotvorca na poli príslušnej legislatívy uskutočnil niekoľko v zásade pozitívnych legislatívnych počinov, ktoré zavdali kľženej právnej úprave dovtedy sporných právnych inštitútov. K takýmto priaznivým zmenám je možné radiť zrejme prijatie niektorých špeciálnych právnych predpisov na úseku práva informačných a komunikačných technológií, ako je napr. zákon o elektronicom podpise, zákon o elektronických úkonoch a autorizovanej konverzii dokumentov či ešte stále pripravovaný zákon o elektronicom spise.

V každom prípade, berúc v úvahu práve uvedené koncepčné posuny na úrovni národnej legislatívy, zásadnou otázkou pre výskum realizovaný v rámci tohto článku predstavovalo potvrdenie či vyvrátenie hypotézy stanovenej na začiatku tohto článku, tzn., či je pomocou protriedkov práva informačných a komunikačných technológií možné v prípade elektronických zmlúv dostať požiadavkám na tzv. perfektný kontrakt. Z hľadiska utriedenia jednotlivých záverov je pre účely tohto článku možné v stručnosti tu diskutovanú *hypotézu článku potvrdiť s výhradou*.

Dôvodom tohto konštatovania je skutočnosť, že elektronicke kontrakty, resp. elektronicá kontraktácia odohrávajúca sa v kyberpriestore, vykazuje prima

facie jednotlivé znaky dokonalého kontraktu v zmysle paltnej teórie kontraktu. V zásade je teda možné konštatovať, že jednotlivé elementy nutné k vzniku platného kontraktu sú i v prípade elektronických kontraktov naplnené. Preukazujú to i samotné modelové elektronické kontrakty, typicky potom elektronické kontrakty typu click-wrap i click-through (klepnutie na virtuálne tlačidlo „Súhlasím“, resp. iné obdobé tlačidlo, je možné považovať za dostatočne demonštrovaný prejav vôle byť viazaný príslušnými zmluvnými podmienkami daného kontraktu). Výhrada však spočíva v tom, že existujú, ako bolo uvedené v samotnom texte jednotlivých subkapitol tohto článku, konkrétne prípady, kedy ani pomocou v súčasnosti známych prostriedkov práva ICT nie je možné k tejto tórii bez ďalšieho dospieť. Typicky sa tak deje v prípade vybraných druhov elektronických kontraktov, konkrétne potom kontraktov typu browse-wrap. Ich právna záväznosť je natoľko sporná, že je možné tvrdiť, že v prípade tohto zmluvného typu nie sú naplnené všetky znaky tzv. dokonalého kontraktu. Problematickou stránkou sa v tomto konkrétnom prípade stáva zhoda vôle a jej prejavu, kedy z povahy jednania príslušného kontrahenta nie je nadovšetko zrejme, či púhym pôsobením na danej webovej stránke per facta concludentia udeľuje súhlas s príslušnými podmienkami danej webovej služby. Zaisť je možné argumentovať i v tomto prípade konzumáciou danej služby ponúkanou jedným z kontrahentov, tzn. konkludentne vyvodzovať platnosť takejto elektronickej zmluvy. V zásade je však zrejme potreba zotrvať na obecnom závere, že i prostredníctvom jednotlivých moderných informačných a komunikačných technológií nie je v tomto prípade elektronickej zmluvy možné trvať na dodržaní všetkých parametrov tzv. dokonalého kontraktu. Pri odpovedi na otázku, prečo je vyššie uvedená hypotéza potvrdená s výhradou je možné upozorniť napríklad i na nemožnosť zjednávať niektoré vybrané kontrakty prostredníctvom elektronických prostriedkov, a to predovšetkým v prípade, pokiaľ je vyžadovaný notársky zápis či iná forma špecifického overenia (napr. superlegalizácia). Iné prekážky, na strane druhej, ako je napríklad nemožnosť realizovať príslušnú formu elektronickej kontraktácie so štátnymi úradmi preto, že nie sú adekvátnym spôsobom doriešené parametrizované požiadavky na doručované elektronické dokumenty (napr. absencia podporovaných formátov pri rozsiahlych katastrálnych mapách pri ich posielaní prostredníctvom informačného systému dátových schránok atp.), javia sa v súčasnosti ako prekážky skôr tehcnického než právneho charakteru. S rozvojom ICT však je zrejme pri zohľadnení akcelerácie vývoja virtuálneho sveta možné očakávať ich postupné odstraňovanie. V súčasnosti je však možné uzavrieť, že pomocou jednotlivých prostriedkov ICT je možné v prostredí kyberpriestoru z teoretickoprávneho hľadiska nechať vzniknúť riadny kontrakt, avšak s obmedzeniami predstavovanými predovšetkým aktuálne existentnými technickými limitmi.

Pokiaľ boli vyššie uvedené jednotlivé závery de lege lata, prípadne de lege applicata, na mieste je predznačiť aspoň v stručnosti i problematiku možných budúcich

návrhov zmien právnej úpravy. Keďže na tomto mieste nie je predstaviteľné uviesť v úvahu prichádzajúce zmeny kasuistického charakteru, je vhodné upozorniť minimálne na zmeny koncepčného charakteru. Pri zohľadnení jednotlivých východísk aktuálne nastavenej právnej úpravy nie je zrejme nutné prijímať nové právne predpisy pre to, aby tieto do čo najmenších podrobností regulovali požadovaný úsek právnych vzťahov. I dnes je možné v právnej úprave vysledovať relatívne široký priestor pre právnu reguláciu skutočností, ktoré sa vo virtuálnom svete postupne objavujú. Samozrejme, v prípade, pokiaľ dôjde k vzniku tak zásadných nových skutočností, ktoré spadajú celkom mimo rámec súčasnej právnej regulácie, bude nutné de lege ferenda príslušné právne normy skutočne prijať. V každom prípade je však potreba akcentovať dôraz právnych princípov a dôkladne vnímať ich zásadný význam pre právo ako také, tj. takých „mäs práva“, z ktorých je možné následne kreovať príslušné právne pravidlá i pre účely kyberpriestoru. Vo vzťahu k problematike samotných elektronických kontraktácií je možno uviesť, že doposiaľ najviac absentujúcou je explicitnejšia úprava vybraných typov elektronických kontraktov. Najviac bolestivo sa práve uvedené prejavuje predovšetkým vo vzťahu k zmluvnému typu browse-wrap, ktorého právna záväznosť v českom platnom právnom poriadku je značne nejasná. V situácii, keď je aktuálne možné identifikovať niekoľko skupín argumentov svedčiacich v prospech i neprospech právnej záväznosti tohto typu elektronickej kontraktu, bude zrejme v rámci nastavenia právnej úpravy pro futuro vhodné zvážiť, predovšetkým potom v návrhu nového občianskeho zákonníka, implementáciu presnejších pravidiel pre zhodnotenie, či v danom konkrétnom prípade pôjde o platný právny úkon alebo nie. O ďalších úvahách týkajúcich sa prípadnej budúcej právnej úpravy elektronickej kontraktácie platí analogicky to, čo bolo uvedené vyššie. To znamená, že v situácii, pokiaľ technický rozvoj ICT umožní vzniknúť takým novým skutočnostiam, ktoré by zásadne menili jednotlivé výstavbové elementy dokonalého kontraktu povahovými charakteristikami kyberpriestoru, bude, bez najmenších pochybností, nevyhnutné takto vzniknutú situáciu dostupnými právnymi mechanizmami adekvátne ošetriť. V každom prípade však bude nutné citlivo zvažovať balanciu medzi pociťovaným nedostatkom právnej úpravy a samotnou technologickou neutralitou kyberpriestoru.

Resumé

For a long time, the Czech legal environment has not been using just standard legal institutes that have proved themselves over the ages. Time ago, perceived nearly as exotic features, the internet, virtual world or cyberspace, are nowadays basically well-established concepts, which the applicable law has to deal with at respective levels and in an appropriate manner. The aim of the law-maker then is not only to catch up on the existing technological advancement, but first and foremost to provide the recipients of legal norms with an efficient and sufficient legal protection. As the virtual environment is a quickly

developing one, it is, needless to say, that this task is very demanding.

Recent era and the rapid advancement of science and technology has placed high expectations not only at products and services, but also at the corresponding electronic features and legal institutes. What seemed to be fantasy and a dream of a few several years ago, has now become an inseparable part of every-day life of many. Today law is in need of regulating not only hard-copy documents, but also their electronic counterparts. With all electronic documents there emerges a need of storing those and subsequently also of the legal protection of such storing places over time. Such a process has not only to be safe, from the factual point of view, but also from the legal one. Electronic signatures that electronic contracts are furnished with need to be regulated by law, in order to be legally safe and thus exploitable by the parties, ensuring the executability of such contracts. It is crucial to understand that it is because of the unordinary nature of the cyberspace and its features that the urgent need of the corresponding legal regulation has occurred.

In such a space, where new improvements emerge every day it is more than crucial to bear in mind that legal theory as well as legal interpretation is the key to understanding the respective cyberspace phenomena. In this environment the use of legal theory seems to be the best practice to be adopted. As the virtual reality has now become a reality for broad masses of not only legal experts but also laymen, it has become essential that the law reacts to the needs of men whose activities have now shifted from streets, shops and other places to their computers.

Despite the extent of the abovementioned and its topicality, so far there has not been written enough on the topic. It is without any instance of doubt that for any publication it is impossible to comprise all the features and problematic or, as the case may be, disputable issues of the cyberspace, as the area is not only a quickly evolving one, but also a very rapidly changing one. It is therefore not thinkable to rule out the possibility of a completely new sort of electronic contracts emerging overnight. From this it results that neither can this thesis reflect and solve all the questionable issues of the legal regulation of cyberspace regardless of the fact whether it is the existing or the potential questionable issues.

The main aim of this thesis is therefore to provide a brief legal analysis of theoretical and legal bases and other specific phenomena of electronic contracting in the Czech legal environment and also to compare the Czech legal regulation with the main legal aspects of foreign legal regulations – the German one and the Anglo-Saxon one. The main idea of this thesis is, bearing in mind the abovementioned, to clarify particular preconditions and determining characteristics of the so called “perfect contract theory”, as is described hereinabove. The result of the exploration of this thesis then is to prove the basic hypothesis of the thesis, that, via the means of the information and communication tech-

nologies it is possible to arrive at a perfect contract with the specifications curtly illustrated hereinabove.

The structure of this thesis is then as follows: there is an introduction, seven main chapters and the conclusion designated as “synthesis and de lege ferenda suggestions”. Chapter two deals with the philosophical and legal contemplations, the methods and basic theses – namely the legal positivism, the theory of the natural law, the legal formalism and the theory of legal realism. Two subsequent subchapters then deal with the methods; these are the subchapters on the comparative law as the basic method and the subchapter on pragmatic method as the means of obtaining representative conclusions. The last subchapter of chapter two introduces the main themes and questions of this thesis. Chapter three, “the theory of contract” then follows providing definitions of the basic terms as are obligation, contract and others. This chapter also deals with legal acting, questions of will and its demonstration. In chapter four the fundamental legal questions of the electronic contracting are introduced. There is a subchapter on internet jurisdiction as well as on automatic agents. Chapter five provides the basic legal framework for the electronic contracting and chapter six follows with the written electronic contracting, including the subchapter on electronic signatures, click-wrap and click-through contracts. Chapter seven is about the concludent electronic contracting and chapter eight deals with specific forms of electronic contracting. As has already been mentioned hereinabove, there is a conclusive chapter bringing in some de lege ferenda suggestions.

Despite the fact that the subject-matter of this thesis is a very interesting and also a very topical one, many of its aspects have been omitted, as the scope of this thesis is limited. Nevertheless, this thesis managed to prove some of the main hypotheses stated in the introduction and chapter two hereof and also succeeded in providing at least some basic outlook and standpoint at the questionable issues that have recently emerged in the cyberspace, or rather the area of legal regulation of cyberspace.

Zoznam použitej literatúry

KNIŽNÉ PUBLIKÁCIE:

ATIYAH, P., S. *An introduction to the law of contract*. 4th ed., New York: Oxford University Press, 1989, 495 s., ISBN: 0-19-825632-9.

AUSTIN, J. *The Province of jurisprudence determined*. Cambridge : Cambridge University Press, 1994.

AMAR, A.R. *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*. Aspen Publishers, 1997.

BODNÁR, J, et al. . *Pragmatizmus, realizmus, fenomenológia, existencializmus. Antológia z diel filozofov. Zv. VIII*. Bratislava, EPOCH 1969.

BENTHAM, J. *Of Laws in General*. London : University of London, The Athlon Press, 1970.

BENTHAM, J. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford : Clarendon Press, 1996.

- BIX, B. *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*. Oxford : Oxford University Press, 2000.
- BROWNSWORD, R. *Contract law : themes for the twenty-first century*. 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2006, 332 s., ISBN: 978-0-19-928761-1.
- BEALE, Hugh; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte; RUTGERS, Jacobien et al. *Cases, materials and text on Contract Law*. 2nd ed , Oxford: Hart Publishing, 2010, 1358 s., ISBN: 978-1-84113-604-2.
- BUDIŠ, P.; Hřebíková, I. *Datové schránky*. Komentář. 1. vydání, Praha: ANAG, spol. s r.o., 288 s., ISBN 978-80-7263-617-4
- CHITTY, Joseph: *Treatise on Commercial Law*. London, 1818.
- COHEN, M. R. *Reason and Nature*. New York, 1931.
- CONNOLLY, U., QUINLIVAN, S., TORT. *Cases and Materials*. Dublin: Thomson Round Hall, 2006, s. 29-36, ISBN 1 85800 443 8.
- DEWEY, John. *Rekonstrukce ve filosofii*. Praha 1929.
- DWORKIN, R. *Issues in Contemporary Legal Philosophy*. Oxford : Clarendon Press, 1987.
- ELIÁŠ, K. a kol. *Občanský zákoník - Velký akademický komentář*, Svazek I., Praha: Linde, 2008, 1391 s. ISBN 978-80-7201-687-7.
- FIALA, J.; KINDL, M. a kolektiv. *Občanský zákoník*. Komentář I. díl. Praha: Wolters Kluwer, 2009, 1692 s. ISBN 978-80-7357-395-9
- FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford : Oxford University Press, 1980.
- HILLMAN, Robert, A.. *The richness of contract law: an analysis of critique of contemporary theories of contract law*. Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1998, 279 s. ISBN: 0-7923-4336-0.
- HOLMES, W.O. *Path of the Law*. Kessinger Publishing, 2004.
- IHERING, R. *Zweck im Recht*. Bd. I. Leipzig : 4. Aufl., 1877.
- KELSEN, H. *Pure theory of law*. Berkeley : University of California Press, 1967.
- KNAPP, Viktor; GERLOCH, A. *Vědecké metody poznání práva*. Praha: Ústav státní správy, 1983.
- KINCL, Jaromír; URFUS, Valentin. *Římské právo*. Praha: Panorama, 1990, 469 s., ISBN: 80-7038-134-5.
- KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy; úvod do srovnávací právní vědy*. 1. vyd, Praha: C. H. BECK, 1996, 248 s., ISBN: 80-7179-089-3.
- KOTÁSEK, J., PIHERA, V., POKORNÁ, J. et al. *Kurs obchodního práva – Právo cenných papírů*. 5. vyd, Praha: C. H. BECK, 2008, 400 s., ISBN: 978-80-7179-454-7.
- KRAMER, Ernst A.; PROBST, Thomas P. *Defects in the contracting process*. In *International encyclopedia of comparative law*, vol. VII, Contrats in general; Ch. 11. Tübingen: Mohr, 2001, 254 s.
- KOHL, Uta. *Jurisdiction and the Internet : a study of regulatory competence over online activity*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2007, 323 s., ISBN: 978-0-521-84380-5.
- KAUFMANN, A.; HASSEMEER, W.; NEUMANN, U. (Hrsg.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C.F. Müller, 8., überarbeitete Auflage, 550 S., 2010.
- KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno : Doplňek, 2004. 458 s. ISBN 80-7239-166-6.
- Macková, A.; Štědroň, B. *Zákon o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů s komentářem, včetně souvisejících zákonů a prováděcích předpisů*. Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2009, 528 s., ISBN: 978-80-7357-472-7
- MEHREN, Arthur T. von. *A general view of contract*. In *International encyclopedia of comparative law*, vol. 7, Contracts in general, Ch. 1. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, s. 109.
- MARMOR, A. *Positive law and objective values*. Oxford : Clarendon Press, 2002.
- MARKESINIS, B.; Unberath, H.; Johnston, A. *Nemecké závazkové právo: Komparativne pojednania*. 2. ed. Oxford a Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006.
- MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 1. vyd, Praha: C. H. BECK, 2009, 276 s., ISBN: 978-80-7400-149-9.
- OAKES, C. *Rules and Reasoning: Essays in Honour of Fred Schauer*. Hart Publishing, 1989.
- PUCHTA, G.F. *Cursus der Institutionem*. Leipzig : Erster Band (1841), 1875.
- PAULSON, S. L.; PAULSON, B. L. *Normativity and norms : critical perspectives on Kelsenian themes*. Oxford : Clarendon Press, 1988.
- PUFFENDORF, S. *On the Duty of Man and Citizen according to Natural Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 1991.
- POLČÁK, R.: *Právo na internetu - spam a odpovědnost ISP*. Brno: Computer Press, 2007.
- RABEL, E. *Das Problem der Qualifikation*, 1931.
- RAZ, J. *The Authority of law*. Oxford : Clarendon Press, 1979.
- RAUS, David; Neruda, Robert. *Zákon o veřejných zakázkách*. Komentář. 1. vydání. Praha: Linde, 2007, 895 s.
- RICCO, G., M.: *Internet service providers liability in Introduction to ICT law*, Brno: Masarykova univerzita, 2007.
- Rozehnalová, N. *Základy mezinárodního práva soukromého*. In *Základy práva*. první. Brno : MU Brno, 1992. od s. 210-214, 219 s. učebnice. ISBN 80-210-0462-2.
- SCALIA, A. G. *A Matter of Interpretation*. New Heaven: Yale 509.
- SALMOND, J.; WILLIAM, J. *Principles of the Law of the Contracts*, 1927.
- SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského, II. díl, Právo majetkové*, 2. nezměněné vyd., nákladem spolku čl. právníků „Všehrd“, 1946, 356 s.
- SHINER, R. *NORM AND NATURE: THE MOVEMENT OF LEGAL THOUGHT*. OXFORD : CLARENDON PRESS, 1992.
- SHAPIRO, S. J. *Analyzing law: new essays in legal theory*. Oxford : Clarendon Press, 1998.
- SMEJKAL, V. *Internet a §§§, 2. aktualizované a rozšířené vydání*. Praha : Grada Publishing, 2001.
- SMEJKAL, V. a kol. *Právo informačních a telekomunikačních systémů*, 2. aktualizované a rozšířené vydání. Praha : C. H. Beck, 2004.
- SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského, I. a II. díl*, Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011, 356 s., ISBN: 978-80-7357-616-5.

JEHLIČKA, Oldřich; ŠVESTKA, Jiří. *Občanský zákoník : Komentář*. 4.vyd. Praha : C.H. Beck, 1997. 14963 s. ISBN 80-717-9147-4.

ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan a kolektiv. *Občanské právo hmotné I, 5., jubilejní a aktualiz. vyd., Praha : Wolters Kluwer ČR, 2009, 459 s. ISBN: 978-80-7357-466-6.*

ŠVESTKA, J.; SPÁČIL, J.; ŠKÁROVÁ, M.; HULMÁK, M. *Občanský zákoník I. Komentář*, Praha: C.H.Beck, 2008, 398 s. ISBN: 978-80-7400-108-6.

ŠVAMBERG, G. *Naše jednotné směnečné právo*, Praha: V. Palásek a Frant. Kraus, 1941, 294 s. EAN LK0646.

WRIGHT, R.G. *The Autonomy of Law*. Oxford : Clarendon Press, 1996.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Přeložil Tony Weir. 3th edition. New York: Oxford University Press, 1998, 714 s. ISBN: 0-19-826860-2.

ČASOPISECKÉ ČLÁNKY:

BIX, B. Legal Positivism, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper No. 03-1, University of Minnesota Law School, 2006.

DYZENHAUS, D. Positivism's stagnant research programme. *Oxford : Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 2000.

FULLER, L. L. Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart. Boston : *Harvard Law Review*.

GILMORE, G. Formalism and the law of negotiable instruments. *Creighton Law Review*, 13, 1979.

HITTINGER, R. Natural Law as „Law“: Reflection on the Occasion of „Veritatis Splendor“, *Am. J. Juris* 39, 1994.

LLEWELLYN, K.: The Cheyenne Way. *The Modern Law Review*, Vol. 31, No. 2. Blackwell Publishing, 1968.

LANGDELL, C. C. The Status of Our New Territories. *Harvard Law Review*, 12, 1989.

PATTERSON, E. W. Cardozo's Philosophy of Law: Part II. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 88, No. 2. *The University of Pennsylvania Law Review*, 1939.

PACINI, C; ANDREWS, CH.; HILLISON, W. To agree or not to agree: Legal issues in on line contracting. *Illinois: Business Horizont*, číslo January – February 2002.

PERRY, S. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford : Oxford Journal of Legal Studies*, 2006.

POLČÁK, R. Praxe elektronických dokumentů. *Bulletin Advokacie*, 2011, č. 7-8, s. 59-60.

RAZ, J. The relevance of coherence. *72 B. U. L. Review* 273, 1992.

SPINOZA, B. Theological-Political Treatise, kapitola IV. Z J.B.Schneewind. *Moral Philosophy from Montaigne to Kant*, vol. 1, 1990.

TIERNEY, B. The idea of Natural Rights: Studies on Natural rights, *Natural Law and Church Law* 1150-1625. *Emory University Studies in Law and religion*, 1997.

WILLISTON, S. Freedom of Contract, *Cornell Law Review*, 6, 1921.

ELEKTRONICKÉ PRAMENE

ELEKTRONICKÉ PUBLIKÁCIE:

GOLDSMITH, Jack, L.; WU, Tim. *Who controls the Internet?: Illusions of a borderless world* [online]. New York : Oxford University Press, 2006, elektronická verze, 226 s. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/cuni/docDetail.action?docID=10160558>. ISBN: 9780198034803.

LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: The fate of the commons in a connected world* [online]. New York : Random House, 2001, elektronická verze, 352 s. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/cuni/docDetail.action?docID=10005111>. ISBN: 9780375505782.

O'BRIANN. *Zippo on the way to change internet?* Dostupné z www.jurisonline.com/articles/zippo_briann_text.php.

Peterka, J.: Datové schránky ante portas, *Lupa.cz* [online] [citované 25. marca 2009]

POLČÁK, R.: *Právo a evropská informační společnost*. Brno : Masarykova univerzita, 2009, s. 55. Dostupné online na: http://www.polcak.com/polcak-pravo_a_evropska_informacni_spolecnost.pdf.

POST, David G. *In search of Jefferson's moose: Notes on the state of cyberspace* [online]. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, elektronická verze, 263 s. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/cuni/docDetail.action?docID=10288484>. ISBN: 9780199711420.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A modern approach*. Prentice Hall: New Jersey, 1995. [citované 27.5.2011]. s. 31. Dostupné z: <http://aima.cs.berkeley.edu/>

ZANDL, Patrick. Jaký je český Internet viděný křišťálovou lupou? *Lupa.cz* [online]. 2010-12-06, roč. 12 [citované 7. decembra 2010]. Dostupné online. ISSN 1213-0702

ZANGER, L. M. *Electronic Contracts: Some of the basics*. Dostupné z: http://www.mbc.com/db30/cgi-bin/pubs/LMZ-Electronic_Contracts.pdf.

ELEKTRONICKÉ ČLÁNKY:

BETTELHEIM, Natascha. Personal jurisdiction and the internet: Cyber differences shed new light on existing conflicts. *Journal of Internet Law* [online], Jan2006, vol. 9, iss. 7, s. 22-28. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=020b77ab-2e03-4188-aa26-57e970546db2%40sessionmgr128&data=JnNpdGU9ZWZwY3QtbG1-2ZQ%3d%3d#db=bth&AN=19654373>. ISSN: 1094-2904.

BOGDAN, Michael. Contracts in Cyberspace And The New Regulation "Rome I". *Masaryk University Journal of Law and Technology* [online], 2009, vol. 3, iss. 2, s. 219-225. Dostupné z: http://mujlt.law.muni.cz/storage/1269553394_sb_02-bogdan.pdf.

BRUNTON, David. Pragmatic Method [online]. *Butter-Pies*. Vloženo: 2.10.2010. Dostupné z: <http://davidbrunton.com/2010/10/02/pragmatic-method/>.

CEROVSKÁ, Ida. *Komparácia inštitútov tortov a deliktov a ich kolízneho riešenia*. Diplomová práca. Masarykova univerzita. Brno : 2008 Dostupné z: is.muni.cz/th/81478/pravf_m/Diplomova_praca.doc

ČERMÁK, Karel. Elektronický podpis – pohled soukromoprávní. *Bulletin advokacie* [online], 2002, č. 11-12, s. 64-77. Dostupné z: http://www.cak.cz/assets/files/182/BA_02_11.pdf.

- DAVIDSON, Stephen J.; BERGS, Scott J.; KAPSNER, Mical. *Journal of Internet Law* [online], Apr 2001, vol. 4, iss. 10, s. 1-14. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=020b77ab-2e03-4188-aa26-57e970546db2%-40sessionmgr12&bdata=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbGl-2ZQ%3d%3d#db=bth&AN=9470927>. ISSN: 1094-2904.
- DIVELY, Mary Jo. Use of standard form contracts in the information industry. *Journal of Internet Law* [online], Sep 2002, vol. 6, iss. 3, s. 1-12. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=dd4e3108-7cd2-416b-b1b6-5495a5858cb8%40sessionmgr11&bdata=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=bth&AN=7705514>. ISSN: 1094-2904.
- EXON, Susan, Nauss. Personal Jurisdiction: Lost in Cyberspace? *Computer Law Review & Technology Journal* [online], Fall, 2003, vol. VIII, no. 1, s. 21-82. Dostupné z: <http://studentorgs.law.smu.edu/Science-and-Technology-Law-Review/Articles/Fall-2005/Exon.aspx>.
- EECKE, Patrick, van; MAARTEN, Truysen; GRØNLIE, Nils, Arne. Recent events in eu internet law. *Journal of Internet Law* [online], Sep 2010, vol. 14, iss. 3, s. 25-27. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=dd4e3108-7cd2-416b-b1b6-5495a5858cb8%40sessionmgr11&bdata=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=bth&AN=52980327>. ISSN: 1094-2904.
- EECKE, Patrick, van; MAARTEN, Truysen. Recent events in EU internet law. *Journal of Internet Law* [online], Feb 2011, vol. 14, iss. 8, s. 29-32. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=020b77ab-2e03-4188-aa26-57e970546db2%-40sessionmgr12&bdata=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbGl-2ZQ%3d%3d#db=bth&AN=57848386>. ISSN: 1094-2904.
- English contract law. *Wikipedia* [online]. Last modified on 18 August 2011. Dostupné z: http://en.wikipedia.org/wiki/English_contract_law.
- FEUER, Eva; MESSNARZ Richard; SANCHEZ, Nacho et al. Best Practices in E-Commerce: Strategies, Skills, and Processes. In *Challenges and Achievements in E-Business and E-Work* [online]. Amsterdam, IOS Press, 2002, s. 109-116. Dostupné z ebrary: <http://site.ebrary.com/lib/cuni/docDetail.action?docID=10116470>. ISBN: 9781586032845.
- FRIEDMAN, David. Contracts in cyberspace. *Journal of Internet Law* [online], Dec 2002, vol. 6, iss. 6, s. 12-15. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=020b77ab-2e03-4188-aa26-57e970546db2%-40sessionmgr12&bdata=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbGl-2ZQ%3d%3d#db=bth&AN=8898859>. ISSN: 1094-2904.
- FRIMMEL, Martin. Písemná forma právního úkonu a e-mail. *IT právo* [online], vloženo: 21. 1. 2002. Dostupné z: <http://www.itpravo.cz/index.shtml?x=62154>.
- FARAH, Yousseph. Electronic contracts and information society services under the e-commerce directive.. *Journal of Internet Law* [online], Jun 2009, vol. 12 iss. 12, s. 3-15. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=020b77ab-2e03-4188-aa26-57e970546db2%-40sessionmgr12&bdata=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbGl-2ZQ%3d%3d#db=bth&AN=41128779>. ISSN: 1094-2904.
- GOLDSMITH, J., L.: Against Cyberanarchy. *Chicago Law Review*, 1998, č. 65. Dostupné online na: <http://cyber.law.harvard.edu/property00/jurisdiction/cyberanarchy.html>.
- GILLIES, Lorna E. Addressing the „Cyberspace Fallacy“: Targeting the Jurisdiction of an Electronic Consumer Contract. *International Journal of Law & Information Technology* [online], Autumn 2008, vol. 16, iss. 3, s. 242-269. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=d0f2e3b4-b12f-459e-88a7-c6377600eeb4%40sessionmgr12&vid=4&hid=24>.
- GIACOLETTO, Sergio. How E-Business can make Europe more profitable. In *Challenges and Achievements in E-Business and E-Work* [online]. Amsterdam, IOS Press, 2002, s. 5- 13. Dostupné z ebrary: <http://site.ebrary.com/lib/cuni/docDetail.action?docID=10116470>. ISBN: 9781586032845.
- HAN, Sam, S. Predicting the Enforceability of Browse-Wrap Agreements in Ohio. *Ohio Northern University law review* [online], 2010, vol. 36, s. 31-57. Dostupné z HeinOnline: <http://www.heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FIndex%3Findex%3D-journals%252Fonulr%26collection%3Djournals>.
- HILL, J. E. The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2003, vol. 2, iss 1, s. 1-34.
- Dostupné z: <http://www.law.northwestern.edu/journals/njtip/v2/n1/1/>.
- HUREWITZ, Barry, J.. Electronic signature standards create contracting options. *FindLaw* [online]. Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, 2002 [cit.]. Dostupné z: <http://library.findlaw.com/2002/Oct/24/132370.html>.
- JAMES, William. What Pragmatism Means [online]. In What is Pragmatism. *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, 1904, vol. 1, no. 16. Dostupné z: <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/us/james.htm>.
- JANSA, Lukáš. Chyba v ceně zboží internetového obchodu. *Právo IT* [online], vloženo: 13.04.2010 [cit.]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/chyba-v-cene-zbozi-internetoveho-obchodu>.
- KLOZA, Dariusz. E-Commerce and the Recognition and Enforcement of Judgements in the EU – Latest Developments. *Masaryk University Journal of Law and Technology* [online], 2010, vol. 4, iss. 1, s. 21-33. Dostupné z: http://mujlt.law.muni.cz/storage/1301867635_sb_02-kloza.pdf.
- KUNZ, Christina L.; OTTAVIANI, John E.; ZIFF, Elaine D. et al. Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements. *Business Lawyer* [online], Nov 2003, vol. 59, iss. 1, s. 279- 312. Dostupné z: <http://www.heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FIndex%3Findex%3D-journals%252Fbusl%26collection%3Djournals>.
- LAO, Marina. Internet retailing and „free-riding“: A post-leegin antitrust analysis. *Journal of Internet Law* [online], Mar 2011, vol. 14, iss. 9, s. 1-24. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=dd4e3108-7cd2-416b-b1b6-5495a5858cb8%40sessionmgr11&bdata=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=bth&AN=59256627>. ISSN: 1094-2904.

- MAES, Pattie; GUTTMAN, Robert H.; MOUKAS, Alexandros G. 'Agents that Buy and Sell: Transforming Commerce as we Know IT', *Communications of the ACM*, Marec 1999, Vol. 42, Č. 3. [citované dňa 27. 5. 2011]. s. 81-91. Dostupné z: <http://dl.acm.org/citation.cfm?id=295716>
- MELISSARI, Marina; SERRA, Paolo. Integrated logistic: a critical factor for the e-business success. In *Challenges and Achievements in E-Business and E-Work* [online]. Amsterdam, IOS Press, 2002, s. 91- 98. Dostupné z ebrary: <http://site.ebrary.com/lib/cuni/docDetail.action?docID=10116470>. ISBN: 9781586032845.
- MITKAS, P.; SYMEONIDIS, A.; KECHAGIAS, D. et al. AN Agent Framework for Dynamic Agent Retraining: Agent Academy. In *Challenges and Achievements in E-Business and E-Work* [online]. Amsterdam, IOS Press, 2002, s. 757-764. Dostupné z ebrary: <http://site.ebrary.com/lib/cuni/docDetail.action?docID=10116470>. ISBN: 9781586032845.
- MATEJKA, Ján; CHUM, Václav. K právní úpravě elektronického podpisu. *Bulletin advokacie* [online], 2002, č. 3, s. 27-41. Dostupné z: http://www.cak.cz/assets/files/182/BA_02_03.pdf.
- MATEJKA, Ján. Jaké právní předpisy lze na Internetu očekávat? *Lupa.cz.* [online], vloženo: 21. 4. 2004. Dostupné z: <http://www.lupa.cz/clanky/jake-pravni-predpisy-lze-na-internetu-ocekavat/>.
- MOLNAR, D. Signing Electronic contracts. Crossroads Magazine, Sep 2000. Dostupné z: <http://xrds.acm.org/article.cfm?aid=351096>.
- OPPENHEIMER, Max, Stul. Consent revisited. *Journal of Internet Law* [online], Jun 2010, vol. 13, iss. 12, s. 3-13. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=dd4e3108-7cd2-416b-b1b6-5495a5858cb8%40sessionmgr11&bdata=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbG12ZQ%3d%3d#db=bth&AN=51006058>. ISSN: 1094-2904.
- OTEVŘEL, Petr. Neplatnost kupní smlouvy uzavřené na internetu pro omyl prodávajícího. *Právo IT* [online], vloženo: 07.11.2006 [cit.]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/neplatnost-kupni-smlouvy-uzavre-na-internetu-pro-omyl-prodavajiciho>.
- NETUŠIL, David. *Závaznost elektronických smluv v písemné podobě* [online], vloženo: 29. 12. 2010 [cit.]. Dostupné z: <http://www.advokationline.eu/index.php/cs/advokat/advokatni-kancelar/108-zavaznost-elektronickych-smluv-v-pisemne-forme.html>.
- PIECK, Manfred. A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. In *Annual Survey of International & Comparative Law* [online], 1996, vol. 3, iss. 1 [cit.]. Dostupné z: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/view-content.cgi?article=1022&context=annlsurvey&sei-redir=1#search=%22study%20significant%20aspects%20german%20contract%20law%22>.
- POGGI, Christopher, t. Electronic commerce legislation An Analysis of European and American Approaches to Contract Formation, *Virginia Journal of International Law Association* [online], Fall, 2000, s. 224-277. ISSN: 0042-6571.
- POST, D., G.: Against Against Cyberanarchy. *Berkeley Technology Law Journal*, 2002, č. 1. Online dostupné na: <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol17/Post.stripped.pdf>.
- PATRIC, Andrew, S. Just-in-time click- through agreements: Interface widgets for confirming informed, unambiguous consent. *Journal of Internet Law* [online], Sep 2005, vol. 9 iss. 3, s. 17-19. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=43e9b341-59a6-4f1b-a8a1-4fee05a9be77%40sessionmgr15&vid=4&hid=11>. ISSN: 1094-2904.
- Promoting confidence in electronic commerce: legal issues on international use of electronic authentication and signature methods* [online]. United Nations Commission on International Trade Law, Vídeň, 2007. Dostupné z: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/08-55698_Ebook.pdf.
- RAMBARRAN, Ian; HUNT, Robert. Are Browse-Wrap Agreements All They Are Wrapped Up To Be? *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property* [online], Spring 2007, vol. 9, s. 173-203. Dostupné z: <http://www.kfmlaw.com/library/browsewrapabstract.pdf>.
- RÜHMKORF, Andreas. The liability of online auction portals: Toward a uniform approach? *Journal of Internet Law* [online], Oct 2010, vol. 14, iss. 4, s. 3-10. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=020b77ab-2e03-4188-aa26-57e970546db2%40sessionmgr12&bdata=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbG12ZQ%3d%3d#db=bth&AN=54078615>. ISSN: 1094-2904.
- RAYMOND, Anjanette. Improving confidence in cross border electronic commerce: Communication, signature, and authentication devices. *Journal of Internet Law* [online], Jan 2011, vol. 14, iss. 7, s. 25-34. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=020b77ab-2e03-4188-aa26-57e970546db2%40sessionmgr12&bdata=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbG12ZQ%3d%3d#db=bth&AN=57268731>. ISSN: 1094-2904.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans. The New German Law of Obligations: an Introduction. *Iuscomp* [online], 2002 [cit.]. Dostupné z: <http://www.iuscomp.org/gla/literature/schulte-noelke.htm>.
- SOKOL, Tomáš. Ještě k elektronickému podpisu. *Bulletin advokacie* [online], 2002, č. 3, s. 42-46. Dostupné z: http://www.cak.cz/assets/files/182/BA_02_03.pdf.
- SUTTON, Geoff. The future of Digital Marketing. In *Challenges and Achievements in E-Business and E-Work* [online]. Amsterdam, IOS Press, 2002, s. 34-39. Dostupné z ebrary: <http://site.ebrary.com/lib/cuni/docDetail.action?docID=10116470>. ISBN: 9781586032845.
- STEMPLEWITZ, Jan. Report - Bundesgerichtshof-Zivilsachen (Federal Court of Justice-Private Law) 2003/2004, in: Miller/Zumbansen (eds), *Annual of German and European Law 2004*. Dostupné na *Centre for German Legal Information* [online], [cit.]. http://www.cgerli.org/fileadmin/user_upload/interne_Dokumente/Judgments/bghviiizr37503.htm.
- SEHNÁLEK, David. Směrnice o elektronickém obchodu - v hledáčku princip původu. *Právní fórum*, 2007, č. 7, str. 241-246. Zdroj: ASPI, ASPI ID: LIT35434CZ.
- SCHMIDT, Aerount. Radbruch in Cyberspace - About Law-System Quality and ICT Innovation. *Masaryk University Journal of Law and Technology* [online], Fall 2009, vol. 3, no. 2, s. 195-218. Dostupné z: http://mujlt.law.muni.cz/storage/1269553645_sb_01-schmidt.pdf.
- ŠTĚDRŮ, Bohumír. Jaké právní předpisy se týkají elektronických obchodů? *Lupa.cz* [online], vloženo: 17. 5. 2004. Dostupné z: <http://www.lupa.cz/clanky/jake-pravni-predpisy-se-tykaji-elektronickych-obchodu/>.

- ŠTĚDRŮ, Bohumír. Evropské právo elektronických komunikací. *Bulletin advokacie* [online], 2005, č. 1, s. 22-28. Dostupné z: http://www.cak.cz/assets/files/173/BA_05_01.pdf.
- THURLOW, Harry, W. Electronic contracts in the united states and the european union. *Eletronic Journal of Comparative Law*. 2001, vol. 5.3 . Dostupné z: <http://www.ejcl.org/53/art53-1.html>.
- ULRICH, Christian. Consumer Protection in E-commerce: Germany and the United States. *Journal of Internet Law* [online], Dec 2000, vol. 4, iss 6, s. 17-24. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=dd4e3108-7cd2-416b-b1b6-5495a5858cb8%40sessionmgr11&bdta=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=b-th&AN=9471134>. ISSN: 1094-2904.
- United States contract law. *Wikipedia* [online]. Last modified on 18 July 2011. Dostupné z: http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_contract_law.
- VUČKA, Jan. Elektronické smlouvy, *IT právo*, vloženo: 28. 2. 2002 [cit.]. Dostupné z: <http://www.itpravo.cz/index.shtml?x=71656>.
- VUČKA, Jan. Elektronické smlouvy – část II: Click-through smlouvy, *IT právo*, vloženo: 11. 3. 2002 [cit.]. Dostupné z: <http://www.itpravo.cz/index.shtml?x=72344>.
- WALKER, R. Take It Or Leave It: The Only Guide To Negotiating You Will Ever Need. The Daily Resource For Entrepreneurs. [online], Aug 1, 2003. Dostupné z <http://www.inc.com/magazine/20030801/negotiation.html>.
- WARNER, Richard. *Journal of Internet Law* [online], Nov 2010, vol. 14, iss. 5, s. 18-31. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=dd4e3108-7cd2-416b-b1b6-5495a5858cb8%40sessionmgr11&bdta=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=b-th&AN=54596477>. ISSN: 1094-2904.
- WIESE, Bill. Term sof use agreements. *Journal of Internet Law* [online], Oct 2001, vol. 5 iss. 4, s. 16-24. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=49b32eab-b-3b8-4d1e-864d-441658951428%40sessionmgr10&bdta=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=b-th&AN=9478262>. ISSN: 1094-2904.
- WEITZENBOECK, Emily M. Electronic Agents and the Formation of Contracts. *International Journal of Law & Information Technology* [online], Autumn 2001, vol. 9, iss. 3, s. 204-234. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=d0f2e3b4-b12f-459e-88a7-c6377600eeb4%40sessionmgr12&vid=4&hid=24>.
- WEISS, Peter. E-business and Small Businesses. In *Challenges and Achievements in E-Business and E-Work* [online]. Amsterdam, IOS Press, 2002, s. 173-179. Dostupné z ebrary: <http://site.ebrary.com/lib/cuni/docDetail.action?docID=10116470>. ISBN: 9781586032845.
- WIKSTROM, Solveig; PERSSON, Christian; LENNSTRAND, Bo. E-commerce after the dot com descent. In *Challenges and Achievements in E-Business and E-Work* [online]. Amsterdam, IOS Press, 2002, s. 69-90. Dostupné z ebrary: <http://site.ebrary.com/lib/cuni/docDetail.action?docID=10116470>. ISBN: 9781586032845.
- WINN, Jane, K. Emerging Issues in Electronic Contracting, Technical Standards and Law Reform. In *Rev. dr. unif. 2002-3* [online], University of Washington School of Law, 2003, s. 699-711. Dostupné z: http://www.law.washington.edu/Directory/docs/Winn/Emerging_Issues_in_Electronic_Contracting.pdf.
- WIESE, Bill. The Enforceability of Browsewrap Agreements. *Journal of Internet Law* [online], Jun 2004, vol. 7, iss. 12, s. 1-25. Dostupné z EBSCOhost: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=3&hid=11&sid=020b77ab-2e03-4188-aa26-57e970546db2%40sessionmgr12&bdta=JnNpdGU9ZWZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=b-th&AN=13272835>. ISSN: 1094-2904.
- WOOLDRIDGE, Michael; JENNINGS, Nicholas R. 'Intelligent Agents: Theory and Practice', *Knowledge Engineering Review*. Vol. 10. Č. 2, Jún 1995, Cambridge University Pres: 1995. [citované dňa 30.5.2011]. Dostupné z: <http://www.csc.liv.ac.uk/~mjw/pubs/ker95/ker95.html>.
- ZUMBANSEN, Peer. Contracting in the Internet: German Contract Law and Internet Auctions. *German Law Journal* [online], [cit.]. Dostupné z: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=65>.

OSTATNÉ ELEKTRONICKÉ ZDROJE:

- ASPI [databáze]. Verze 13+. Wolters Kluwer, a.s., 2011.
- CELEX [online databáze]. Dostupné na: <http://eur-lex.europa.eu/cs/index.htm>.
- Centrální katalog Právnické fakulty v Praze [online katalog]. Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. Dostupné na: http://ckis.cuni.cz/F/728ADEAX4ABUI7CPU-4SRC318N57GF5UNJBR4KQYQVNVN588G9IX-15232?-func=find-a-0&local_base=pf.
- ebrrary [online databáze]. Ebrary, Inc., 2011. Dostupné na: http://knihovna.prf.cuni.cz/index.php?option=com_content&view=article&id=171:aktualita-12&catid=43:aktualita&Itemid=1.
- EBSCOhost [online databáze]. EBSCO Industries, Inc., 2011, Dostupné na: <http://han.nkp.cz/han/sfx/web.ebscohost.com>.
- The European Telecommunications Standards Institute [online]. Dostupné z: <http://www.etsi.org/website/homepage.aspx>
- Evropský parlament. Parlamentní výbor. [cit. 18. 5. 2008] Dostupné na: http://www.europarl.europa.eu/committees/imco_home_en.htm
- Google [vyhledávač]. Google Inc., 2011 [cit.]. Dostupné na: <http://www.google.com>.
- HeinOnline [online databáze]. William S. Hein & Co., Inc, 2011. Dostupné na: http://knihovna.prf.cuni.cz/index.php?option=com_content&view=article&id=138:abecedni-seznam&catid=111:abecedni-seznam&Itemid=156#HEIN.
- Infoportaly.cz [online deník]. Ostrava vysoutěžila rekordní paušály na mobily. [cit. 1.9. 2011]. Dostupné z: <http://www.infoportaly.cz/ostravsko/ostrava/7650-ostrava-vysoutezila-rekordni-pausaly-na-mobily>
- Justice.cz. Oficiální server českého soudnictví: nový občanský zákoník [online]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/uvodni-stranka.html>.
- Ministerstvo vnitra ČR. Oficiální server MV ČR [online]. Dostupné z: <http://www.mvcr.cz/clanek/moreq2-spolu-prace-ceskych-archivaru-na-tvorbe-standardu-pro-elektro-nickou-spisovou-sluzbu.aspx>
<http://www.mvcr.cz/clanek/archivni-standardy.aspx?q=Y-2hudW09Mw%3D%3D>

Ministerstvo pro místní rozvoj. Strategie elektronizace zadávání veřejných zakázek pro období let 2011 až 2015. [cit. 1.9. 2011] Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/CMSPages/GetFile.aspx?guid=ddc75064-617c-4a8d-a97b-d1e98d1b2305>

NKC - Online katalog Národní knihovny ČR [online katalog]. Národní knihovna ČR. Dostupné na: http://aleph.nkp.cz/F/28MX535I2R7VVT396VAGY7N6RP36QF-N69UP8DGRVG6LVC73MLN-04493?func=file&-file_name=find-b&local_base=NKC.

Pracovní skupina IV. UNCITRAL
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V11/855/64/PDF/V1185564.pdf?OpenElement>.

Privacy Rights Clearinghouse. Privacy and the Internet: Traveling in Cyberspace Safely. Dostupné na: <http://www.privacyrights.org/fs/fs18-cyb.htm>

Supreme Court Center. Supreme Court Orders. ORDER LIST: 528 U.S. 1. 10. 2000
http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/orders/1999/011000.html

Wikipedia [online encyklopedie]. Wikimedia Foundation, Inc., 2001 [cit.]. Dostupné na: http://en.wikipedia.org/wiki/Main_Page.

Wikipedia [online encyklopedie]. Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj, 2011 [cit.]. Dostupné na: <http://sk.wikipedia.org/wiki/OECD>.

Wilson OmniFile Full Text [online databáze]. The H.W. Wilson Company, 2011. Dostupné na: http://han.nkp.cz/han/sfx/sfx.jib.cz/sfxlcl3?url_ver=Z39.88-2004&ctx_ver=Z39.88-2004&ctx_enc=info:ofi/enc:UTF-8&rft_id=info:sid/sfxit.com:opac_856&url_ctx_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:ctx&sfx.ignore_date_threshold=1&rft.object_id=110975506069119&svc_val_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:sch_svc&.

Poznámky

Kompatibilita svobodných licencí

Iveta Sedláčková

Seznam použitých zkratk	124
1 Úvod	124
2 Software obecně	124
2.1 Definice	124
2.2 Právní definice pojmu „software“	125
2.3 Definice dalších pojmů	125
2.4 Současné způsoby vývoje softwaru	126
2.5 Technické způsoby ochrany práv k softwaru	127
2.6 Právní režim softwaru a ochrana pomocí práva	127
2.7 Používané pojmy z oblasti licencování softwaru	129
2.8 Copyleft	131
2.9 Copyfree	132
3 Příklady často používaných licencí	132
3.1 GNU General public license	132
3.2 GNU Lesser general public license	134
3.3 BSD licence a MIT licence	134
3.4 Apache licence	135
3.5 Mozilla Public License	135
3.6 Common Development and Distribution License	136
3.7 European Union Public Licence	136
4 Kompatibilita licencí	137
5.1 Podmínky vzniku licenční smlouvy dle občanského zákoníku a autorského zákona	140
5.2 Soudní spory v USA	140
6.2 Charakter softwaru - zboží nebo služba?	144
6.3 Odpovědnost za vady softwaru a způsobenou škodu	145
7 Závěr	148
8 Literatura	148
8.1 Knihy	148
8.2 Články	148
8.3 Právní předpisy	148
8.4 Soudní rozhodnutí	149
8.5 Webové články a další zdroje	149

Kompatibilita svobodných licencí

Abstrakt

Cílem tohoto článku bylo zabývat se některými zajímavými tématy vztahujícími se ke svobodnému softwaru. Na začátku jsou definovány určité pojmy z oblasti vývoje softwaru a jeho právní ochrany. V hlavní části jsou představeny nejdůležitější svobodné licence, popsán vztah kompatibility licencí a přiblížena problematika duálního licencování a multilicencování. Poslední dvě kapitoly obsahují popis některých soudních případů týkajících se svobodných licencí a úvahu o limitaci odpovědnosti za vady a za škodu a její platnosti v českém právu.

Klíčová slova

Svobodný software, open source, FOSS, autorské právo, licence, GNU GPL, multilicencování, duální licencování, copyleft, permisivní licence, odpovědnost za vady, odpovědnost za škodu

Abstract

The aim of this article was to deal with some interesting topics related to free and open source software. In the beginning, certain terms used in the field of software development and its legal protection are defined. In the main part, the most important free and open source licences are introduced, the relation of licence compatibility is described and the issues of dual licensing and multilicensing are presented. The last two chapters contain description of some court cases concerning free licences and a consideration about the limitation of liability clauses and their validity in the Czech law.

Key words

Free software, open source, FOSS, copyright, licence, GNU GPL, multilicensing, dual licensing, copyleft, permissive licence, liability

Mgr. Bc. Iveta Sedláčková



sedlackova.iveta@gmail.com

V roce 2011 získala bakalářský titul na Fakultě informatiky, v roce 2012 dokončila magisterské studium na Právnické fakultě (obojí na Masarykově univerzitě v Brně). Při studiu se zaměřovala na právo IT, především softwarové právo a svobodné licence. Během studijní praxe získala cenné zkušenosti z oblasti soukromého i veřejného práva u advokáta JUDr. Ing. Jana Kopřivy. I nadále by se chtěla věnovat především právu IT.

Seznam použitých zkratk

AutZ - zákon č. 121/2000 Sb., zákon o právu autorském, právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů

BSD - Berkeley Software Distribution

CDDL - Common Development and Distribution License

DRM - digital rights management

EUPL - European Union Public Licence

FSF - Free Software Foundation

FOSS - free and open source software

GNU - GNU's not Unix

GPL - General Public License

IT - informační technologie

LGPL - Lesser General Public License

MIT - Massachusetts Institute of Technology

MPL - Mozilla Public License

NOZ - zákon ze dne 3. února 2012, občanský zákoník, byl podepsán prezidentem dne 20. 2. 2012

ObchZ - zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník

OSI - Open Source Initiative

OSS - open source software

OZ - zákon č. 40/1964, občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

SlovAutZ - zákon č. 618/2003 Z. z., o autorském práve a právech souvisejících s autorským právem

SW - software

WIPO - World Intellectual Property Organization

ZP - zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce

1 Úvod

V současném světě si již málokdo dokáže představit život bez každodenního používání informačních technologií. V této oblasti probíhá velmi rychlý technologický pokrok, za kterým právo často zaostává, což může v praxi způsobovat nemalé problémy. Předmětem tohoto článku je problematika svobodného softwaru, který začala v 80. a 90. letech 20. století vyvíjet skupina nadšenců, jež chtěla zajistit uživatelům možnost jeho bezplatného použití, změn a šíření; v současnosti ovšem jde již o zavedený podnikatelský model, kterým lze dosahovat zisku. Ke změně ovšem nedošlo jen na straně vývojářů svobodného softwaru. Původní programy s textovým rozhraním určené pro použití samotnými programátory vystřídala efektní grafická rozhraní, která jsou schopni používat i běžní uživatelé bez hlubších technických znalostí. Vstup společností do oblasti svobodného softwaru a jeho široké rozšíření mezi neoddělnou veřejnost a v některých zemích i do veřejné správy ovšem přináší právní otázky, které je třeba zodpovědět.

V komunitě kolem organizací FSF a OSI, ale i v řadách jednotlivých programátorů vzniklo již několik desítek různých licencí, což způsobuje nepřehlednost a nejistotu nejen mezi uživateli, ale především mezi samotnými vývojáři. Relativně široce je používáno sice jen několik licencí, ale i tak mohou nastat problémy při vytváření a šíření dalších programů odvozených od již existujících, na čemž je vlastně tvorba svobodného

softwaru založena. Problematické jsou nejen vztahy licencí vzájemně (a tedy možnosti spojování různých licencovaných částí), ale také skutečnost, že některé z licencí nemusejí být v některých právních řádech platné, příp. se některá jejich ustanovení nemohou použít. V některých zemích dokonce není platná žádná ze svobodných licencí, pokud není jako smlouva uzavřena v písemné formě. Dále může dojít k situaci, že v různých právních řádech mohou být jednotlivé pojmy vykládány různě – již samotný termín licence je chápán ve Spojených státech a v Evropě diametrálně odlišně: v USA jde o jednostranný úkon, jímž autor uděluje povolení k jednání, které by bylo jinak autorským právem zakázáno, zatímco v Evropě je licence považována za dvoustrannou smlouvu, kde má každá ze stran svá práva a povinnosti.

V tomto článku se budu po úvodním vysvětlení některých pojmů a představení jednotlivých často používaných licencí zabývat výše uvedenými problematickými jevy, tedy především kompatibilitou licencí, dále pak tzv. duálním licencováním či multilicencováním, platností a vynutitelností povinností vyplývajících z některých licenčních ujednání i situací, kdy přítomnost některých ustanovení naopak může způsobit neplatnost licence.

2 Software obecně

2.1 Definice

Abychom se vůbec mohli bavit o softwarovém právu, musíme se nejprve shodnout nad významem použité terminologie. Definovat pojem „software“ není vůbec jednoduchým úkolem. Často bývá zaměňováno s pojmem „počítačový program“, ovšem i přes relativně velké překrytí rozhodně nejde o synonyma.

2.1.1 Technické definice pojmu „software“

Nejčastější a pravděpodobně i nejpřesnější je negativní definice pojmu „software“: Software je vše, co je v počítači a není hardware. Pokud bychom hledali pozitivní definici, najdeme většinou výčet různých podskupin, např. MacMillanův výkladový slovník uvádí, že jde o „*programy používané počítači k vykonávání určitých úkolů*“¹. Webová verze slovníku Random House disponuje definicí obsáhlejší, dle ní jsou software „*programy používané k přímé práci počítače, stejně tak i dokumentace podávající instrukce, jak je používat*“². Takovéto definice ovšem často něco vynechají, zde například chybí data, nad kterými jsou příslušné výpočty prováděny. Druhá definice slovníku Random House říká, že jde o „*cokoli, co není hardware, ale je použito s hardwarem, zejména audiovizuální materiál jako např. film, pásky, nahrávky atd.*“³ Zde již jsou data sice obsažena, ovšem je na ně (tedy

¹ „*programs used by computers for doing particular jobs*“ (Macmillan English Dictionary for Advanced Learners. 2nd ed. Oxford: Macmillan Education, 2007. s. 1420).

² „*the programs used to direct the operation of a computer, as well as documentation giving instructions on how to use them*“ (Software [online]. Dictionary.com Unabridged. Random House, Inc. Změněno 2012 [cit. 13. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://dictionary.reference.com/browse/software>>)

³ „*anything that is not hardware but is used with hardware, especially audiovisual materials, as film, tapes, records, etc.*“ (tamtéž)

spíše na některé druhy dat) kladen až příliš velký důraz. Dle komentáře k autorskému zákonu se pak dá software ještě definovat jako „*programové vybavení počítačů*“, které má být složeno „*z několika různých prvků (součástí)*“.⁴

Co se týká pojmu „počítačový program“, jeho definice je o poznání jednodušší. Program je uspořádaná množina příkazů, které upravují chování počítače určitým způsobem⁵. Osobně se mi více líbí definice, která říká, že program je vyjádřením určitého algoritmu. Ovšem vzhledem k tomu, že obecně uznávaná definice algoritmu, tzv. Churchova teze⁶ není formálně dokazatelná, dostáváme se zde už do intuitivní roviny.

2.2 Právní definice pojmu „software“

Právo má jednu zásadní výhodu: v případě, že existuje dostatečně kvalitní legální definice, význam daných pojmů (ať již je ten obecný odbornou či laickou veřejností chápán jakkoli) pro právo je jednoznačný a nesporný. V oblasti informačních technologií obecně ale definice nebývají příliš časté, či případně jsou velmi obecné, neboť toto odvětví se velmi rychle vyvíjí a svazování příliš mnoha legálními definicemi by k jednoduché aplikaci práva zcela jistě nevedlo. V českém právním řádu tak není pojem „software“ ani „počítačový program“ vůbec definován. Pouze v § 2 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb., zákon o právu autorském, právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen AutZ) je řečeno, že počítačový program je považován za dílo, pokud je autorem vlastním duševním tvůrčím.

Jinak je to například na Slovensku, neboť v tamním zákoně č. 618/2003 Z. z., o autorském práve a právech súvisiacich s autorským právom, ve znění pozdějších předpisů (dále jen SlovAutZ) je termín „počítačový program“ přímo definován⁷. Z pohledu evropského práva je rovněž významná (i když nikoli závazná) definice pojmu „počítačový program“ obsažená v důvodech směrnice 2009/24/ES ze dne 23. 4. 2009, o právní ochraně počítačových programů, kde je uvedeno, že „*se „počítačovým programem“ rozumí programy v jakékoliv formě, včetně těch, které jsou součástí technického vybavení (hardware). Tento výraz zahrnuje rovněž přípravné koncepty práce vedoucí k vytvoření počítačového programu za podmínky, že povaha těchto prací v pozdější etapě umožní vytvoření počítačového programu.*“⁸ Vzhledem k absenci závazných legálních definic v našem právu je pak používán obecný význam daných termínů.

4 TELEČ, Ivo, TŮMA, Pavel. *Autorský zákon. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2007. s. 40.

5 Program [online]. Webopedia Computer Dictionary. Změněno 2012 [cit. 3. 1. 2012]. Dostupné z: <<http://www.webopedia.com/TERM/P/program.html>>

6 „Každý proces, který lze intuitivně nazvat algoritmem, se dá realizovat na Turingově stroji.“ (ČERNÁ, Ivana, KŘETÍNSKÝ, Mojmír, KUČERA, Antonín. *Automaty a formální jazyky I.* verze 1.3. Brno: Fakulta informatiky MU, 2002. s. 130.)

7 „Počítačový program je súbor príkazov a inštrukcií použitých priamo alebo nepriamo v počítači. Príkazy a inštrukcie môžu byť napísané alebo vyjadrené v zdrojovom kóde alebo v strojovom kóde. Neoddeliteľnou súčasťou počítačového programu je aj podkladový materiál potrebný na jeho prípravu; ak spĺňa pojmové znaky diela (§ 7 ods. 1), je chránený ako literárne dielo.“ § 5 odst. 8 SlovAutZ

8 Důvod směrnice 2009/24/ES č. 7

2.3 Definice dalších pojmů

Pro účely tohoto článku je vhodné definovat ještě některé další odborné termíny. **Zdrojový kód** (*source code*) je člověkem psaný a člověku srozumitelný text psaný v některém z programovacích jazyků. Použití slov a operátorů majících určitou sémantiku ve správné syntaxi zajišťuje, že daný text bude určitým způsobem zpracovatelný počítačem.⁹ Zdrojový kód je třeba nějakou metodou převést na instrukce procesoru, aby bylo možné je efektivně provádět. To se může dít dvěma způsoby – interpretací a kompilací. **Interpret** je speciální program, který pracuje přímo se zdrojovým kódem a ten spouští (typicky skriptovací jazyky, např. PHP, JavaScript nebo PowerShell). **Kompilátor** (*compiler*) převede zdrojový kód do tzv. **strojového kódu** (*machine code*), který lze pak nezávisle na původním zdrojovém kódu spouštět. Strojový kód lze ale spustit pouze na těch zařízeních, pro která byl zkompileován (v praxi např. zařízení používající určitý operační systém, někdy může záležet i na hardwarové konfiguraci). Tento způsob je charakteristický pro některé vyšší programovací jazyky, např. C nebo C++. Některé programovací jazyky používají kompilátory, které nepřevědou zdrojový kód přímo do strojového, ale do tzv. **byte kódu** (*byte code*), který je vlastně jakýmsi „mezijazykem“ – není již srozumitelný člověku, ale zároveň ještě není bez dalšího spustitelný počítačem. Je třeba jej spustit v tzv. **virtuálním stroji** (*virtual machine*). To má tu výhodu, že byte kód lze spustit na každém zařízení, pro které existuje virtuální stroj, takže kód je přenositelný mezi různými platformami. Tento přístup je typický pro jazyk Java nebo C#. ^{10,11}

Knihovna (*library*) je sada funkcí (většinou tematicky zaměřených), které mohou být využívány různými programy. Bývají v nich obsaženy obecné a často používané funkce, které by bylo zbytečné psát pokaždé znovu. Také mohou sloužit k zajištění jednotného obecného chování a vzhledu aplikací daného operačního systému apod. Existují 2 způsoby, jak lze knihovny používat. **Statické odkazování** (*static linking*) na knihovnu spočívá v tom, že funkce knihovny jsou při kompilaci zpracovány spolu se zbytkem programu a jsou potom součástí vzniknuvšího strojového kódu. **Dynamické odkazování** (*dynamic linking*) na knihovnu přichází na řadu až za běhu programu. Ten je tedy nejprve zkompileován samostatně a až pro jeho spuštění je pak třeba, aby byla daná knihovna k dispozici v počítači, na kterém program spouštíme. V operačních systémech Windows mají dynamicky odkazované knihovny typicky příponu „*dll*“ (z anglického „*dynamic-link library*“).¹² Výhodou dynamicky odkazovaných knihoven je jejich odlišný licenční režim a to, že po aktualizaci knihovny není

9 ŠKARVADA, Libor. *Principy programovacích jazyků: studijní materiál k předmětu*. Fakulta informatiky MU

10 Interpreter and Compiler [online]. Pasteur.fr. [cit. 14. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.pasteur.fr/formation/infobio/python/ch05s02.html>>

11 POLLICE, Gary. *Compiler vs. Interpreter* [online]. WPI Computer Science. Změněno 8. 8. 2005 [cit. 14. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://web.cs.wpi.edu/~gpollice/cs544-f05/CourseNotes/maps/Class1/Compilervs.Interpreter.html>>

12 ČÍKOVÁ, Andrea. *Základy DLL: studijní materiál*. Fakulta informatiky MU.

nutné znovu kompilovat celý program. Oproti tomu výhodou staticky odkazovaných knihoven je rychlejší přístup programu k jejich funkcím a také ochrana před chybou uživatele¹³.

2.4 Současné způsoby vývoje softwaru

Na začátku vývoje softwaru stojí vždy **analýza a návrh** systému. U malých projektů není třeba tyto procesy nijak formalizovat a stačí určité zamyšlení nad účelem programu a optimálním způsobem realizace. Pro větší projekty je ovšem analýza problému a návrh jeho řešení základním pilířem, bez kterého by další kroky vývoje neměly smysl. Výstupem těchto procesů jsou pak specifikace budoucího softwaru a různé druhy modelů (např. kontextový diagram, diagram datových toků, entitně-relační diagram, diagram případů užití...). Všechny tyto reprezentace budoucího programu jsou rovněž chráněny jako program sám, neboť AutZ stanovuje, že program je chráněn „*učetně přípravných koncepčních materiálů*“¹⁴.

Způsoby, jak může samotný software (dále také jen „SW“) vznikat, jsou různé, od psaní přímých instrukcí procesoru, přes vyšší programovací jazyky až k automatickému generování větších či menších částí kódu na základě objektového návrhu. Všechny mají ale jedno společné – na některém stupni jejich vývoje stojí člověk a jeho více či méně kreativní přístup, jak řešit konkrétní problémy. Proto jsou také počítačové programy chráněny zákonem jako autorská díla, i když mnohdy (vzhledem k účelnosti, programátorským zvyklostem a standardům, ale i k používaným zdrojům) o nich nelze říci, že jsou „*jedinečným výsledkem tvůrčí činnosti autora*“ ve smyslu § 2 odst. 1 AutZ, ale stačí, aby byly „*autorovým vlastním duševním tvůrčím*“.

Existují různé způsoby, jak lze způsob vývoje SW dělit. Pro podobu výsledného programu je nejzásadnější, zda byl psán přímo na zakázku pro konkrétního uživatele (*bespoke software*) nebo pro účely prodeje (tedy spíše úplatného licencování) většímu množství předem určených uživatelů (*off-the-shelf software*). Pro samotný průběh vývoje je pak zásadní otázkou, jestli SW vyvíjí nějaký podnikatelský subjekt v rámci svého podnikání za účelem zisku, či jestli jde o projekty založené na bázi dobrovolnosti a ochoty poskytovat výsledek své práce ostatním. Eric S. Raymond ve své práci *The Cathedral and the Bazaar*¹⁵ přirovnává první způsob ke stavbě katedrály, která musí být pečlivě naplánována a řízena, stát na pevných základech a její stabilita musí být před používáním pečlivě zkontrolována. Naopak druhý způsob dle něj připomíná tržnici – každý vytváří něco, je přítomna okamžitá zpětná vazba a nikdo tento způsob v zásadě neřídí.

Výhodou „tržnicového“ způsobu při vývoji softwaru je hlavně ona zpětná vazba – vzhledem k tomu, že dochází k brzkému (v porovnání s klasickým modelem katedrály můžeme říci předčasněmu) uvádění takto vytvořeného softwaru na „trh“, uživatelé mohou okamžitě otestovat

všechny funkce a případné chyby či požadavky na rozšíření sdělit autorovi. To velmi šetří čas na ekonomicky nákladné testování, které se jinak musí provádět, aby byly chyby odhaleny. Vzhledem k praxi bezplatného licencování a zveřejňování zdrojových kódů (o čemž bude řeč v dalších částech tohoto článku) mohou mít programy vytvářené „tržnicovým“ modelem velké množství spolupracujících autorů a v krátké době získat dostatek uživatelů potřebných k testování. Častou praxí v této oblasti je rovněž stírání hranic mezi uživatelem a programátorem (v anglicky psané literatuře často označováno „*hacker*“ – toto slovo zde nemá pouze negativní význam, jaký je mu často přisuzován v češtině). Uživatelé totiž sami mají většinou nějaké technické vzdělání nebo alespoň dostatečné zkušenosti, jsou schopni porozumět chování programu a v případě potřeby jej mohou opravit či změnit.

V posledních letech došlo k zajímavému přiblížení uvedených způsobů. Komerční společnosti začaly mít zájem o využití výhod „tržnicového“ systému a používají jiné způsoby generování zisku – např. placenou podporu či správu systémů, prodej nosičů nebo reklamních předmětů a někdy také tzv. multilicencování. V těchto dnech již vyvíjejí většinu aplikací i v oblasti FOSS (*free and open source software*)¹⁶ právě společnosti za účelem dosažení zisku.^{17,18}

Co se týká vývoje SW v programátorských týmech, používají se různé způsoby řízení projektů, kde kromě povahy programů jako kolektivních a zaměstnaneckých děl mohou vzniknout i zajímavé otázky ohledně totožnosti autora. Např. při vývoji řízeném testy (*test driven development*, TDD) mají testy zásadní vliv na podobu výsledného programu, ovšem testy jako takové nepřinášejí žádnou novou funkcionalitu a nejsou součástí programu jako takového. Dle českého práva pak je i ale díky formulaci § 65 odst. 1 AutZ autor testů pravděpodobně spoluautorem výsledného programu, ovšem tento výklad nebyl ještě v praxi potvrzen a pravděpodobně nebude obecně platný pro další právní systémy.

Kromě samotného programování je dalším důležitým úkolem při vývoji softwaru sepsání **dokumentace**. Záleží zde sice (obdobně jako u analýzy a návrhu) na velikosti projektu, ovšem téměř pro každý program je dokumentace potřeba, aby uživatelé věděli, jak bude program fungovat, aniž by museli číst celý zdrojový kód. Dokumentace jistě nemůže spadnout do definice § 65 odst. 1, neboť není „*přípravným koncepčním materiálem*“. Může být ale samostatně chráněna jako literární dílo, pokud splní podmínky § 2 odst. 1 AutZ. V praxi tak může docházet k zajímavým problémům, neboť se

16 Jde o běžně používaný termín, jehož logický význam lze spíše označit „*free OR open source software*“, neboť jde o sjednocení množin *Free software* a *Open source software*, nikoli o jejich průnik.

17 Např. už v r. 2010 bylo 75 % linuxového jádra vyvíjeno programátory, kteří jsou placeni společnostmi (BYFIELD, Bruce. *FOSS: Free and Open Source Software* [online]. Datamation. Změněno 30. 5. 2010 [cit. 14. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.datamation.com/osrc/article.php/3885101/FOSS-Free-and-Open-Source-Software.htm>>)

18 IBM se již v r. 2002 vrátila téměř celá miliarda dolarů investovaná do Linuxu v r. 2001 (SHANKLAND, Stephen. *IBM: Linux investment nearly recouped* [online]. CBS Interactive. CNET News. Změněno 29. 1. 2002 [cit. 14. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://news.cnet.com/2100-1001-825723.html>>)

13 Např. mazání „nepotřebných“ souborů...

14 § 65 odst. 1 AutZ

15 RAYMOND, E. *The cathedral and the bazaar. Knowledge, Technology & Policy*. Roč. 1999, č. 3, s. 23 - 49.

může stát, že je vytvořen program pod některou z licencí svobodného softwaru, ovšem jediná dokumentace, která k němu existuje je chráněna autorským právem a de facto tak uživatelům brání ve využívání svobod zaručovaných svobodnou licencí.¹⁹

2.5 Technické způsoby ochrany práv k softwaru

Základním způsobem, jak chránit software před neoprávněným použitím, je technologické omezení přístupu k němu, a to jak během vývoje, tak i po předání SW zákazníkovi či uvedení na trh v případě *off-the-shelf software*.

V prvé řadě je důležité, aby byly příslušné soubory uloženy na dobře zabezpečeném místě. Typicky jde o zamčené a zabezpečené serverové místnosti, do kterých má přístup omezený počet techniků, a to navíc jen v nutných případech (úkoly v rámci běžné správy lze běžně provádět vzdáleně). Poté je nutné chránit možnosti přístupu k těmto datům. To spočívá v zamezení vzdáleného přístupu k serverům z neznámých počítačů a omezení fyzického přístupu k počítačům, které mají povoleno připojení k serverům. Další úrovní technologické ochrany je pak omezení přístupu k předmětným souborům na úrovni operačního systému a jednotlivých programů. Spíše manažerskou záležitostí je pak rozdělení práce mezi jednotlivé vývojáře tak, aby co nejméně jednotlivců mělo přístup k celému programu. Funkcí, která může pomoci odhalit některé proběhnuvší porušení zabezpečení je pak logování (záznam přístupů, prováděných změn apod.).

V poslední době bývá klasický způsob, kdy každá společnost vlastní počítače a servery, nahrazován využíváním tzv. „cloudu“. Jde vlastně o pronájem aktuálně potřebných výpočetních zdrojů a uložení od vlastníků velkých serverových polí. Vzhledem k možné optimalizaci využití zdrojů velkým množstvím uživatelů je tento způsob ekonomicky velmi výhodný, uživatelé však ztrácejí přímou kontrolu nad svými daty. V praxi mohou být data u velkých poskytovatelů chráněna mnohem lépe, než v menších společnostech s vlastními servery, neboť společnosti specializující se na poskytování těchto služeb zaměstnávají odborníky, mohou si dovojit i investice do zabezpečení a zároveň jsou data díky velkému množství serverů chráněna proti náhodné ztrátě.²⁰ Na druhou stranu ale poskytovatelé (zvláště tehdy, jsou-li mnohem silnějším subjektem na trhu než daný uživatel) často nejsou ochotni svým zákazníkům odpovídat za vady svých produktů či případnou vzniklou škodu, některým subjektům může rovněž činit potíže, když ztratí kontrolu nad svými daty.

¹⁹ Why Free Software needs Free Documentation [online]. GNU Operating System. Změněno 23. 1. 2012 [cit. 9. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/philosophy/free-doc.en.html>>

²⁰ NACHUM, Michele. Why Cloud Computing is a Safe Bet for Small Businesses [online]. GetApp.com. Změněno 12. 7. 2011 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.getapp.com/blog/cloud-computing-security-smb/>>

2.6 Právní režim softwaru a ochrana pomoci práva

I když je odpovídajícím způsobem zajištěna technologická ochrana SW, může se stát, že dojde k jejímu překonání, ať už technickými prostředky nebo s využitím chyb či neloajality lidí (v praxi mnohem častější situace²¹). V takovém případě pak přichází na řadu ještě ochrana pomocí práva. Existují různé právní instituty, kterými lze software a obecně i další počítačová data chránit.

2.6.1 Obchodní tajemství

Obchodní tajemství je absolutní právo podnikatele, které musí dle § 17 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále ObchZ) kumulativně splňovat následující kritéria:

- Musí jít o skutečnost obchodní, výrobní či technické povahy
- Musí mít skutečnou nebo alespoň potenciální materiální či nemateriální hodnotu
- Nesmí být v příslušných obchodních kruzích běžně dostupné
- Mají být podle vůle podnikatele utajeny
- Podnikatel jejich utajení odpovídajícím způsobem zajišťuje

Obchodní tajemství nepodléhá žádné registraci a časově není nijak omezeno, trvá právě tak dlouho, jak dlouho jsou splněny výše uvedené podmínky (§ 19 ObchZ). Vzhledem k tomu, jak široce je definován věcný rozsah obchodního tajemství, není problém pod něj SW podřadit, a to jak v případě subjektu, který software vyvíjí, tak i v případě subjektu, který software využívá (samozřejmě pouze v případech, kdy jsou splněny ostatní podmínky).

Velmi důležitým znakem obchodního tajemství je jeho reálné utajení, které musí být zajištěno odpovídajícím způsobem. Zde je právní ochrana neoddelitelně propojena s ochranou technickou – bez zajištění „odpovídajícího“ utajení mimoprávními prostředky nelze využít ochrany práva. V případě zveřejnění dané skutečnosti přestávají být obchodním tajemstvím a nemohou být dále chráněny, takto vzniklá škoda pak může mít pro daného podnikatele velké následky. Proto je nutné pečlivě se zabývat bezpečností informačních technologií.

§ 18 ObchZ uvádí demonstrativní výčet toho, jak může podnikatel nakládat se svým obchodním tajemstvím: „udělit svolení k jeho užití a stanovit podmínky takového užití“. Svolení k užití obchodního tajemství je nezbytné znaku utajení (pokud při něm nedojde k jeho zveřejnění). Protože při porušení či ohrožení práva na obchodní tajemství přísluší dle § 20 ObchZ stejná ochrana jako při nekalé soutěži, bude popsána níže.

²¹ RACHWALD, Rob. Insider Threats: Quantifying the Problem [online]. Impera. Změněno 30. 8. 2011 [cit. 14. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://blog.impera.com/2011/08/insider-threats-quantifying-the-problem.html>>

2.6.2 Nekalá soutěž

Nekalá soutěž je dle generální klauzule v § 44 odst. 1 ObchZ „jednání v hospodářské soutěži nebo v hospodářském styku, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a je způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům, spotřebitelům nebo dalším zákazníkům“. Odst. 2 obsahuje demonstrační výčet speciálních skutkových podstat, z nichž ke všem může pravděpodobně dojít i při vývoji softwaru. I v případě, že dané jednání nelze podřadit pod žádnou ze speciálních skutkových podstat, může být samozřejmě postižitelné pomocí samotné generální klauzule.

V rámci obchodněprávní odpovědnosti za nekalou soutěž se může poškozený subjekt (či příp. ohrožený subjekt nebo osoby chránící zájmy soutěžitelů či spotřebitelů) domáhat proti rušiteli, aby se tohoto jednání zdržel a odstranil závadný stav, dále pak ještě přiměřeného zadostiučinění, náhrady škody a vydání bezdůvodného obohacení. Stejná práva má díky odkazu v § 20 ObchZ i vlastník obchodního tajemství, a to i tehdy, když nebyl naplněn některý znak nekalé soutěže dle generální klauzule.

2.6.3 Důvěrné informace

Institut důvěrných informací se v českém obchodním právu používá ve dvou základních souvislostech: ve vztahu mezi společnostmi a osobami, které jsou jejími statutárními či kontrolními orgány (příp. jejich členy)²², dále pak ve vztahu jednotlivých stran při přípravě, sjednávání a plnění smlouvy²³. Právě pro ochranu důvěrných informací v rámci kontraktace musí být splněna jedna nezbytná podmínka: dané informace musí být jako důvěrné označeny. Toto pravidlo má chránit dobrou vůli a právní jistotu strany, která dané informace poskytnuté svým obchodním partnerem hodlá využít. V praxi ovšem často nastává absurdní situace, kdy strany označují jako důvěrné veškeré skutečnosti, které si navzájem sdělují, včetně např. kontaktní adresy nebo telefonního čísla (i když takové informace jsou běžně zveřejněny a žádný velký význam jim ani sama strana, které se týkají, nepřikládá a případné porušení důvěrnosti by v této souvislosti nijak neřešila). Opět tedy nastává nejistota, kterých informací si druhá strana cení natolik, že by v případě jejich použití podnikla proti tomu právní kroky.

2.6.4 Konkurenční doložka

Konkurenční doložkou lze zabránit obchodnímu zástupci, zaměstnanci či statutárnímu nebo kontrolnímu orgánu společnosti (příp. jeho členovi) nebo společníkovi, aby v soutěži proti danému subjektu využil informace, které získal v rámci vzájemné spolupráce. Zatímco zákaz konkurence určitých osob ve vztahu ke společností²⁴ je daný zákonem, zákaz konkurence zaměstnance nebo obchodního zástupce je nutno zakotvit smluvně, tzv. konkurenční doložkou, přičemž základním požadavkem na konkurenční doložku jak v pracovním, tak v obchodním právu je její spravedlivost.

22 § 194 odst. 5 ObchZ

23 § 271 ObchZ

24 § 65 ObchZ

V případě pracovněprávní konkurenční doložky²⁵ je nutné, aby šlo o zaměstnance, který se může s důležitými informacemi či postupy setkat, a aby jejich použití znamenalo pro zaměstnavatele závažnou újmu. Protože ale takto dochází k zásadnímu omezení bývalého zaměstnance v možnostech pracovat ve svém oboru, přísluší mu za to peněžité vyrovnání ve výši minimálně jedné poloviny průměrného měsíčního platu za každý měsíc trvání závazku. Před novelou ZP č. 365/2011 Sb. bylo toto peněžité vyrovnání dokonce ve výši celého průměrného měsíčního platu zaměstnance. To ovšem v praxi vedlo k tomu, že uvedené ustanovení téměř nebylo používané (příp. uzavírané konkurenční doložky s ním byly velmi často v rozporu), neboť zaměstnavatelé nebyli ochotni platit tak vysokou kompenzaci. V případě, že by byla doložka nespravedlivá nebo jinak porušovala platné právo, může se poškozená strana dovolat vůči druhé straně její neplatnosti, ve sporných případech ale musí rozhodnout soud.

Konkurenční doložku ve smlouvě o obchodním zastoupení²⁶ je možno sjednat až na 2 roky, v případě přílišného omezení zástupce ji pak soud může prohlásit za neplatnou, nebo pouze její rozsah omezit. Existence či neexistence konkurenční doložky má pak význam i pro určování výše spravedlivého odškodnění v případě ukončení smlouvy o obchodním zastoupení dle § 669 odst. 1 písm. b ObchZ.

2.6.5 Ochranná známka

Ochranná známka je dle českého práva „jakékoliv označení schopné grafického znázornění, zejména slova, včetně osobních jmen, barvy, kresby, písmena, číslice, tvar výrobku nebo jeho obal, pokud je toto označení způsobilé odlišit výrobky nebo služby jedné osoby od výrobků nebo služeb jiné osoby.“²⁷ Ochranná známka tedy nechrání přímo určitý výrobek či službu, ale vztah tohoto výrobku či služby s jeho původcem. I v oblasti SW je velké množství zavedených subjektů, které jsou spojovány s určitou garancí kvality (a to nejenom v oblasti proprietárního softwaru, který je obvykle distribuován za úplaty, ale i v oblasti FOSS); registrace a vymáhání práv plynoucích z ochranných známek je pak další praktickou cestou, jak chránit svá práva k vytvořenému SW (a kromě toho také právní jistotu uživatelů).

2.6.6 Autorské právo

Autorské právo je soubor zvláštních soukromých absolutních práv autora k jeho autorskému dílu. Předmětem autorského práva je dílo²⁸, které je „jedinečným výsledkem tvůrčí činnosti autora“ a zároveň je „vyjádřeno v jakékoli objektivně vnímatelné podobě“²⁹. České autorské právo je založeno na kontinentálně-evropské tradici položené již

25 § 310 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZP)

26 § 672a ObchZ

27 § 1 zákona č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách, ve znění pozdějších předpisů

28 Pojem „dílo“ použitý v autorském zákoně nemá nic společného s pojmem „dílo“ používaném ve smlouvách o dílo v občanském a obchodním zákoníku.

29 § 2 odst. 1 AutZ

r. 1886 Bernskou úmluvou o ochraně literárních a uměleckých děl; dílo je chápáno jako projev osobnosti autora, a proto jsou autorovi dána práva, která mají chránit jeho kreativní činnost. § 1 odst. 1, kde je „dílo“ v českém autorském zákoně definováno, obsahuje demonstrační výčet různých výtvorů, které jsou chápány jako autorská díla. Dle odst. 2 uvedeného paragrafu se pak za dílo ve smyslu autorského zákona považuje i počítačový program, u kterého je upuštěno od požadavku jedinečnosti, je pouze vyžadováno, aby šlo o autorův vlastní duševní výtvor. V praxi totiž nelze na požadavku originality trvat, neboť určité problémy lze efektivně řešit pouze omezeným množstvím jedinečných řešení. V odst. 2 je pak dále formulována i speciální ochrana databází.

2.6.7 DRM

V současné době je masově rozšířena výpočetní technika, která dokáže během krátké doby vytvořit dokonalou kopii původního souboru, a připojení k internetu, prostřednictvím kterého mohou uživatelé celého světa sdílet informace. Tato situace ovšem rozhodně nenapomáhá držitelům autorských práv, neboť v takovém prostředí nejsou schopni zabránit šíření děl, k nimž práva drží. Proto byly vytvořeny určité technologické prostředky, které mají bránit jednoduchému kopírování autorsky chráněných souborů. Tyto prostředky, které bývají označovány jako *digital rights management* (DRM), však často přinášejí spoustu nevýhod i pro legitimní uživatele: nelze např. vytvořit záložní kopii pro případ poškození původního média, není možné převést soubor do jiného formátu, aby k němu mohli mít přístup hendikepovaní, někdy také není možné přenést soubor do jiného zařízení apod. Přes to všechno ovšem neodrazují skutečné porušitele, kteří si téměř s každou podobnou ochranou dokážou poradit a překonat ji, takže k nelegálnímu sdílení chráněných dat dochází i nadále.

Z toho důvodu držitelé práv celosvětově prosadili další legislativu, která tentokrát zakazuje obcházení „technických prostředků, jež používají autoři v souvislosti s výkonem svých práv podle této Smlouvy nebo podle Bernské úmluvy a která omezují nakládání s jejich díly, k němuž příslušní autoři nedali svolení nebo které není dovoleno zákonem“³⁰. Tato praxe je ovšem dle autorky tohoto článku nešťastná, neboť nejenže nezabrání dalšímu porušování autorského práva (pokud někdo porušuje jeden zákon, pravděpodobně jej neodradí, když tím poruší zároveň i zákon jiný), ale odsuzuje do illegality i jinak legitimní uživatele, kteří prostředky obcházející DRM používali v souladu s autorským právem.³¹

30 Článek 11 Smlouvy Světové organizace duševního vlastnictví o právu autorském (publikována jako sdělení č. 33/2002 Sb. m. s.)

31 V praxi vlastně DRM působí tak, že uživateli znemožní využít výhody elektronizace daného díla (jednoduchá přenositelnost na jiná zařízení, možnost jednoduše si vytvořit pro své potřeby kopii, možnost sdílení na velkou vzdálenost...), čímž je vlastně přibližuje způsobu, jakým bylo dané dílo sdělováno dříve (tištěné dokumenty, analogové zvukové nosiče, obrazy, papírové fotografie...). Na workshopu *Theory of Cyber Law* v rámci konference *Cyberspace 2011* byl dokonce zmíněn názor, že nejlepší DRM je papírová kniha – použití DRM tak svým omezením výhod současného technického rozvoje vrací tuto oblast zpět v čase...

2.7 Používané pojmy z oblasti licencování softwaru

2.7.1 Proprietární software

Proprietární software je běžný typ SW, kde si autor nebo případně osoba, která vykonává autorské právo, ponechává pro sebe veškerá práva k dílu a licenci uděluje pouze práva nezbytná k užívání díla. V drtivé většině případů je tato licence úplatná. Typickými příklady proprietárního softwaru jsou operační systémy MS Windows nebo Mac OS, kancelářský balík MS Office nebo grafický editor Adobe Photoshop.

2.7.2 Bezúplatně licencovaný proprietární software (či jeho části)

Pro rychlejší rozšíření či prezentaci proprietárního softwaru potenciálním uživatelům bývá i proprietární software za určitých podmínek licencován zdarma. Jedním z těchto případů je tzv. *shareware*, kde je omezena doba užívání či počet spuštění programu a po vypršení má uživatel možnost plnou licenci k softwaru si zakoupit. Obdobně funguje i tzv. *demoware*, kde jsou k dispozici pouze určité funkce programu či několik počátečních úrovní hry a plná verze je opět licencována za úplatu. Jiné druhy softwaru, tzv. *nagware*, sice poskytují zdarma plnou verzi na neomezenou dobu, ovšem často se zobrazují různá vyskakovací okna (*nagging*), která vyzývají uživatele, aby si zakoupil licenci produktu bez vyskakovacích oken. Zajímavostí je tzv. *postalware*, kde autor udělí plnou licenci softwaru každému, kdo mu pošle pohlednici. V poslední době jsem se setkala s moderní verzí tohoto konceptu, kdy autor uděluje licenci na základě e-mailu s fotografií místa, kde uživatel žije³².

Asi nejdůležitějším pojmem z této oblasti je ovšem *freeware* – SW, který je poskytován bezúplatně, v plné verzi a na neomezenou dobu, ovšem velmi často pouze pro nekomerční užití. Zajímavostí je např. licence, která opravňuje k bezúplatnému užívání každého, kdo během posledního roku neletěl více než 2x letadlem³³. I když je *freeware* tedy licencován některým uživatelům zdarma, stále jde o proprietární software, neboť uživatelé nejsou oprávněni jej měnit, studovat jeho funkcionalitu ve větší míře, než je zaručena zákonem, apod. V anglicky mluvících zemích dochází někdy k zaměňování termínů „*freeware*“ a „*free software*“, ovšem ve slově „*freeware*“ znamená ono „*free*“ cenu, nikoli svobodu, jak je uvedeno dále u *free software*.

2.7.3 Free software

Free software (česky „svobodný software“, ovšem běžně se používá originální název, proto se jej budu držet i v tomto článku) používá slovo „*free*“ ve významu „svobodný“ („*free*“ as in „*free speech*“, not as in „*free beer*“).

32 KLINZMANN, Martin. *LicenseCrawler* [počítačový program]. Klinzmann.org. Změněno 13. 2. 2012 [cit. 10. 3. 2012]. Dostupné z: <http://www.klinzmann.name/licensecrawler_download.htm>

33 *WordWeb Free Version Licensing* [online]. Wordweb.info. Změněno 2010 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://wordweb.info/free/licence5.html>>

Takovýto software musí splňovat pravidlo, že zachovává uživatelům 4 základní svobody:

- *svoboda spustit program za jakýmkoli účelem*
- *svoboda studovat, jak program pracuje, a měnit jej tak, aby dělal, co si přejete (předpokladem je přístup ke zdrojovému kódu)*
- *svoboda dále šířit kopie a pomoci tak někomu jinému*
- *svoboda šířit vámi změněný program a tím dát celé komunitě šanci využít vaše změny (předpokladem je opět přístup ke zdrojovému kódu).³⁴*

Free software vzniká ve velké komunitě kolem *Free Software Foundation* (FSF), což je nezisková organizace založená Richardem Stallmanem v r. 1985 za účelem propagace a rozšiřování svobody uživatelů počítačů a obrany jejich práv.

Základní filozofii FSF je, že veškerý SW by měl být vyvíjen jako free software, aby zaručoval všem uživatelům co největší svobodu. Vývojáři by měli vytvářet software, který sami potřebují, a při té příležitosti ho poskytnout k dispozici i ostatním. K tomu se jeví jako nejlepší způsob tlačit na ostatní tvůrce, aby příp. odvozená díla šířili rovněž pod licencemi, které uživatelům svobody zajišťují. Svoboda uživatelů je tak vykoupena omezením svobody vývojářů rozhodnout se, jak se svým dílem odvozeným od jiného naloží. Je ale pravdou, že většina běžných programátorů se filozofickými dopady až tak nezabývá a nic jiného by je k vytváření svobodného SW nepřimělo. FSF poskytuje zázemí pro vývoj operačního systému GNU³⁵, se kterým začal Richard Stallman již v r. 1983.³⁶ Právě za účelem jeho ochrany poprvé vznikla licence GNU GPL, jíž se budu dále věnovat ve třetí kapitole.

2.7.4 Open source software

Open source software (česky „software s otevřeným zdrojovým kódem“ nebo krátce „otevřený software“, zkráceně OSS) je další druh neproprietárního softwaru. Ačkoli význam názvu je zřejmý, nestačí pouze zveřejnění zdrojového kódu, ale musí být splněny všechny následující předpoklady:

- Volné další šíření

³⁴ Volný překlad pravidel dostupných na webu (*What is free software?*:

The Free Software Definition [online]. GNU Operating System. Změněno 26. 2. 2012 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z:

<<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>:

„*The freedom to run the program, for any purpose (freedom 0).*

The freedom to study how the program works, and change it so it does your computing as you wish (freedom 1). Access to the source code is a precondition for this.

The freedom to redistribute copies so you can help your neighbor (freedom 2).

The freedom to distribute copies of your modified versions to others (freedom 3). By doing this you can give the whole community a chance to benefit from your changes.

Access to the source code is a precondition for this.“

³⁵ GNU je rekurzivní zkratka, jejímž významem je „GNU's Not Unix“ (tedy *GNU není Unix*) – jde částečně o odkaz na základní myšlenky Unixu, na kterých GNU staví, zároveň ale zdůrazňuje, že jde o něco jiného.

³⁶ *About the GNU Operating System* [online]. GNU Operating System. Změněno 20. 9. 2011 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/gnu/about-gnu.html>>

- Dostupnost zdrojového kódu (v nejlepším případě šíření přímo spolu se spustitelnou verzí programu)
- Možnost vytvářet odvozená díla a distribuovat je pod stejnou licenci
- Možná omezení z důvodu integrity autorova kódu (např. nutnost jiného názvu odvozeného díla)
- Zákaz diskriminace osob nebo skupin
- Zákaz diskriminace účelu použití
- Licence se má vztahovat i na všechny další uživatele
- Licence nesmí být vázaná na produkt, v rámci něhož je program získán (tentýž program má být licencován všem uživatelům stejně, bez ohledu na to, jak jej získali)
- Licence nesmí zakazovat použití nebo distribuci jiného softwaru (např. tím, že by na stejném médiu mohl být distribuován pouze další open source software)
- Technologická neutralita³⁷

Výše uvedenou definici vytvořila a spravuje *Open Source Initiative*, což je nezisková organizace, která se zabývá hlavně zjišťováním a potvrzováním, že daná licence je opravdu open source. K tomu vlastní ochrannou známku *OSI certified*, jejíž použití umožňuje takto prověřeným projektům. Zároveň vede seznam licencí, které definici open source splňují.

OSI se původně oddělila z FSF. Její zakladatelé se snažili přiblížit free software komerčním subjektům, aby do této oblasti dostali kapitál. Setkávali se ovšem s nepochopením, protože pro většinu společností bylo slovo „free“ chápáno jako „nedá se na tom vydělat“. Proto byl vytvořen termín *open source software*, tato komunita se začala méně zabývat filozofií a více marketingem.

2.7.5 Free and open source software

Mezi FSF a OSI panuje jistá rivalita. Z části je to jejich konkurenčním vztahem, zčásti nepochybně i odlišným náhledem na samotnou filozofii tvorby neproprietárního softwaru. FSF mnohem více propaguje svobodu uživatele a význam slova „free“ v názvu a snaží se o „eticky správný“ přístup k vývoji, distribuci a užívání softwaru. Oproti tomu OSI se specializuje spíše na ekonomickou prospěšnost otevřených zdrojových kódů a spolupráce na projektech, kterou mohou využít i komerční společnosti.

V praxi ovšem není moc rozdílů mezi free softwarem a open source softwarem, platí, že se tyto množiny téměř překrývají. Proto se někdy pro označení celé této skupiny programů používá termín *free and open source software* (FOSS), který budu dále používat i v tomto článku.

2.7.6 Public domain

Termín „*public domain*“ nemá v češtině přesný překlad, dalo by se ale říct, že jde o oblast, kam spadají volná díla. Jelikož ale doba trvání autorskoprávní ochrany je ve

³⁷ *The Open Source Definition (Annotated)* [online]. Version 1.9. Open Source Initiative. [cit. 9. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.opensource.org/osd.html>>

většině zemí v řádu desítek let od smrti autora, pro oblast softwaru je až nesmyslně dlouhá, vezmeme-li v úvahu, že programy se používají maximálně několik let, než přijde kompletně nová verze.³⁸ I někteří autoři softwaru se rozhodují „věnovat“ takto již za svého života dílo veřejnosti k jakémukoli užití bez nároku na svá autorská práva. Dříve to šlo např. v USA, ale v r. 1988 i tam začala platit Bernská úmluva, dle níž by úplné vzdání se autorských práv nemělo být možné. Toto pravidlo je pak přejato i do našeho autorského zákona, podle kterého se autor svých osobnostních práv přímo nemůže vzdát (§ 11 odst. 4 AutZ), obdobná prohlášení jsou tedy (nejen) dle našeho práva neplatná.

V této souvislosti je zajímavé srovnání autorského práva např. s právem vlastnickým. Vlastnického práva se totiž na rozdíl od autorského můžeme kdykoli vzdát (zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen OZ) explicitně sice derekci neupravuje, ovšem sám s ní počítá³⁹, stejně tak jako právní teorie). Účelem tohoto rozdílu je ochrana autora před tím, aby byl vydavatelem (tedy ekonomicky silnější stranou vzájemného vztahu) nucen vzdát se veškerých svých práv k dílu. Na důležitosti takovéto ochrany umělců (např. spisovatelů, muzikantů apod.) se pravděpodobně nic nezměnilo ani v dnešní době, ovšem pro účely ochrany práv k softwaru je i tahle skutečnost (obdobně jako délka ochrany po smrti autora) spíše nepraktická. Když ještě vezmeme v úvahu fakt, že vývoj softwaru není uměním, ale spíše hledáním praktických řešení reálných problémů,⁴⁰ nabízí se otázka, zda je ochrana pomocí autorského práva (navíc právě taková, jako je ochrana literárních děl) správným způsobem, jak k právní ochraně softwaru přistupovat. Dle komentáře k AutZ byla v 70. letech 20. stol. připravována v rámci WIPO ochrana počítačových programů *sui generis*, ovšem nakonec byla prosazena ochrana pomocí práva autorského. V poslední době se začínají opět objevovat snahy o průmyslověprávní ochranu softwaru, ovšem za zachování stávající ochrany autorskoprávní.⁴¹

Řešení uvedené otázky není předmětem tohoto článku, ovšem nezbyvá než podotknout, že současnou legislativou je autorovo právo (ve smyslu přirozenoprávním, nikoli „autorské právo“ dle AutZ) k dílu ve skutečnosti vlastně omezováno tím, že se svých zákonných práv nemůže ze své vůle svobodně vzdát.⁴²

2.8 Copyleft

Copyleft je nástroj, jakým licence FOSS (ale i další obdobné licence např. z oblasti výtvarného umění či literatury) zajišťují, aby i odvozená díla poskytovala uživatelům stejná práva, jako dílo původní. Copyleft je založen na autorském právu (*copyright*), neboť právě to dává autorovi právo rozhodnout o tom, jak má být jeho dílo využíváno. Autor pomocí něj tedy zakáže distribuci modifikovaných verzí svého díla, pokud nebude splněna určitá podmínka, konkrétně licencování pod stejnou (či obdobnou) licenci. Licencím, které obsahují copyleft, se někdy říká virální licence, neboť daný software „nakazí“ a veškerá odvozená díla musí být poté takto licencována.

Existují různé úrovně copyleftu: silný copyleft vyžaduje licencování veškerých odvozených děl tou samou či ekvivalentní licenci, slabý copyleft se používá pro některé knihovny, aby mohly být dynamicky odkazovány ze všech možných programů. Dále ještě existují takzvané permissivní licence, které obsahují velmi málo omezení adresáta – typicky vyžadují pouze určitou poznámku o autorském právu, značení změn a vyloučení odpovědnosti. Od takto licencovaného softwaru pak může být odvozen i software proprietární.

Hlavním využitím copyleftu je tedy znemožnění zahrnutí daného zdrojového kódu např. do proprietárního produktu. Může ovšem způsobovat i problémy ve spolupráci komunity kolem FOSS, protože formulace copyleftu v jednotlivých licencích se značně liší (a to nejen silou copyleftu, ale i jeho přesnou definicí). Může se pak stát, že různě licencované části nelze spojit do většího celku, neboť výběrem jedné z licencí (či příp. nějaké třetí) by byla druhá licence porušena. V této souvislosti hovoříme o takzvané kompatibilitě licencí.

Dlouhou dobu nebylo jasné, jestli je vůbec copyleft jako takový platný a vymahatelný, zvláště v rámci Evropské unie. Andrés Gaudamuz ve svém článku *Viral contracts or unenforceable documents? Contractual validity of copyleft licenses* k této problematice uvádí, že v případě, kdy jde o spotřebitelskou smlouvu (což se dle textu směrnice může stát velmi často, někdy dokonce lze mluvit o spotřebitelské smlouvě i tehdy, když je spotřebitelem právnická osoba), musíme se zabývat tím, jestli je daná podmínka opravdu nepřiměřená a hlavně tím, jestli byl poskytovatel v dobré víře. Autor zde dochází k závěru, že ustanovení o copyleftu nepřiměřeně nezvyšuje hodnotu poskytovatele, neboť „je jasné napsáno, neobsahuje žádné skryté nástrahy a poskytovatel se nesnaží využít slabou pozici spotřebitele, protože ten má vždy možnost software nepoužívat, pokud si tak přeje, a dokonce si může najít obdobný software, který nepoužívá licenci s copylefitem“⁴³. Co se týká platnosti copyleftu ve vztahu k podnikateli (který software dále distribuuje nebo mění v rámci své podnikatelské činnosti), neměl by být s tímto ustanovením žádný větší problém, zvláště s přihlédnutím k výsledkům soudních sporů v posledních letech proběhlých v Německu⁴⁴.

38 Navíc, software je silně vázán na hardware – vzhledem k technologickému pokroku pak pravděpodobně po vypršení ochrany nebude již (mimo muzea) daný software na čem spustit.

39 Např. § 135 odst. 4 OZ

40 Pro účely jeho ochrany bylo navíc třeba přijmout výjimku, neboť velmi často nesplňuje obecné požadavky AutZ na dílo

41 KRÍŽ, Jan, HOLCOVÁ, Irena, KORDAČ, Jiří, KRĚSTANOVÁ, Veronika. *Autorský zákon a předpisy související, komentář*. 2. aktualizované vyd. Praha: Linde Praha, a. s., 2005. s. 51.

42 Takováto ochrana proti samotné vůli autora je velmi podobná přístupu, který zvolil Evropský soud pro lidská práva ve věci D. H. proti České republice, kde mimo jiné prohlásil, že rodiče nebyli dostatečně kompetentní k rozhodování o svých dětech. (rozsudek ze dne 13. 11. 2007 ve věci stížnosti 57325/00 D. H. a ostatní proti České republice)

43 GAUDAMUZ, Andrés. *Viral contracts or unenforceable documents? Contractual validity of copyleft licenses*. *E.I.P.R.* Roč. 2004, č. 8, s. 331 - 339. Dostupné z: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=569101>

44 Některé zmíněny v páté kapitole tohoto článku.

2.9 Copyfree

Copyfree je slovo, které má symbolizovat osvobození ode všech restrikcí přinášejících jak autorským právem, tak copyleftem. Iniciativa Copyfree analyzuje jednotlivé texty licencí a ověřuje, jestli splňují její požadavky:

- svobodné použití
- svobodné šíření
- svobodné změny a odvozená díla
- svobodné kombinování díla s jinými
- všeobecné použití.⁴⁵

Filozofií tohoto hnutí je požadavek, aby byla zaručena práva dělat s dílem „úplně cokoliv“ nejenom uživatelům, ale i vývojářům, kteří na jeho základě dále něco vytvářejí. Podobně jako copyleft se i princip copyfree uplatňuje především u SW, není ale vyloučeno (spíše je doporučováno⁴⁶) jeho použití na jakákoli jiná autorská díla.

3 Příklady často používaných licencí

3.1 GNU General public license

Licence GNU GPL (*General Public License*) jsou vytvořené Free Software Foundation a jsou bezkonkurenčně nejpoužívanějšími licencemi FOSS. V současné době je většina FOSS ještě stále licencována pod GNU GPL v. 2⁴⁷, i když ji pomalu začíná nahrazovat novější verze. Pro obě (a vlastně i ostatní licence vytvořené FSF) platí, že chápou licenci jako udělení práv, nikoli jako smlouvu. Právnický FSF, Eben Moglen, vysvětluje, že *licence byla původně jednostranným povolením k použití majetku někoho jiného, zatímco smlouva je výměnou závazků, kde každá strana něco slibuje té druhé*.⁴⁸ Licence je tedy FSF považována za *jednostranný právní úkon, který není založen na tom, že by druhá strana slíbila chovat se v jejích mezích, ale na tom, že bez licence by dané právo neměla vůbec a musí se tedy držet v jejích mezích*.⁴⁹ Pamela Jones přirovnává licenci k rybářskému povolení – jeho držitel je oprávněn lovit ryby za určitých podmínek, jejichž porušení vede ke ztrátě onoho oprávnění (a případně i dalším právním následkům).⁵⁰

Pokud bychom tedy považovali licenci za jednostranný právní úkon, jejím porušením nedojde k porušení žádné smlouvy, ale k porušení autorského práva. *V případě sporu by pak držitel práv stačilo to, že porušitel dále distribuuje dílo nad rámec jeho souhlasu. Porušitel by pak buďto musel uznat, že nemá povolení k dalšímu šíření díla, nebo tvrdit, že povolení má, a prokázat, že splňuje jeho podmínky*.⁵¹ I v případě, kdy je licence chápána jako jednostranný právní úkon bez možnosti obrany proti porušení smlouvy, je tedy možné domáhat se nápravy v případě jejího porušení. Chápání GPL (a licence obecně) jako jednostranného úkonu je např. v USA převládající teorií, ovšem nikoli jedinou. Zvláště v souvislosti s proprietárním SW se objevují názory, že licence na SW by měly být chápány jako smlouvy, neboť nejenže obsahují nějaké ujednání o ceně⁵², ale často i jiné závazky uživatele nad rámec tradičních podmínek licence. Eben Moglen uvádí, že *licence začaly být jako smlouvy chápány až ve 20. století, kdy do nich převážně tvůrci proprietárního softwaru začali přidávat ustanovení zavazující uživatele, se kterými musel souhlasit, takovéto licence jsou tedy spíše kontrakty. GNU GPL je oproti tomu klasickou jednostrannou licencí*.⁵³

V USA je sice výše uvedený závěr použitelný, v oblasti kontinentálního práva ovšem narážíme na jeden zásadní problém: práva k SW zde bývají udělována na základě smlouvy, která může být někdy i definována zákonem⁵⁴. Aby tedy mohla být GPL platná, musí ji být možné v těchto právních rádech považovat za smlouvu. To zohlednila i sama FSF při přípravě její 3. verze, kde v prvním konceptu byl článek 9 nazván „*Not a Contract*“⁵⁵ („*Nejde o smlouvu*“), ve výsledné verzi byl tento název nahrazen termínem „*Acceptance Not Required for Having Copies*“⁵⁶ („*Souhlas není potřebný pro držení kopií*“). Tento přístup je taktéž dobře použitelný v případě porušení licence – jednoduše ho lze považovat za porušení smlouvy. Mohou zde ale vznikat situace, kdy by došlo k extrémní nespravedlnosti vůči porušiteli licence, např. v případě, že by do rozsáhlého proprietárního softwaru bylo chybou jednotlivce zahrnuto malé množství kódu licencovaného GPL. Pokud by šlo o smlouvu, v takovém případě by byla jediná možnost, jak chybu napravit: zveřejnit zdrojový kód celého díla a distribuovat je pod licencí GPL. Takovýto drastický způsob ovšem ani sama FSF nepředpokládá a nepožaduje. Další nepříjemnosti mohou nastat např. v tom, že díky spolupráci na projektech licencovaných GPL bývá

45 The Copyfree Standard Definition [online]. Copyfree.org. [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://copyfree.org/standard/>>

46 Copyfree: Unfetter your ideas.: What is Copyfree? [online]. Copyfree.org. [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://copyfree.org/>>

47 Advanced search [vyhledávač]. Geeknet, Inc. Sourceforge.net. Změněno 2012 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://sourceforge.net/directory/?q=>>

48 JONES, Pamela. *The GPL is a License, Not a Contract, Which is Why the Sky Isn't Falling* [online]. Groklaw.net. Změněno 14. 12. 2003 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.groklaw.net/articlebasic.php?story=20031214210634851>>

49 MOGLEN, Eben. *Free Software Matters: Enforcing the GPL, I* [online]. Columbia.edu. Změněno 12. 8. 2001 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://moglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.html>>

50 JONES, Pamela. *The GPL is a License, Not a Contract, Which is Why the Sky Isn't Falling* [online]. Groklaw.net. Změněno 14. 12. 2003 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.groklaw.net/articlebasic.php?story=20031214210634851>>

51 KUMAR, Sapna. Enforcing the Gnu Gpl. *Journal of Law, Technology & Policy*. Roč. 2006, s. 1 - 36. Dostupné z: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936403##>

52 Tamtéž.

53 JONES, Pamela. *The GPL is a License, Not a Contract, Which is Why the Sky Isn't Falling* [online]. Groklaw.net. Změněno 14. 12. 2003 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.groklaw.net/articlebasic.php?story=20031214210634851>>

54 Oddíl 1 dílu 6 AutZ

55 FREE SOFTWARE FOUNDATION, Inc. *GNU GENERAL PUBLIC LICENSE: Discussion Draft 1 of Version 3* [online]. Tim Bray. Změněno 16. 1. 2006 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.tbray.org/gpl/gpl3-draft.html>>

56 FREE SOFTWARE FOUNDATION, Inc. *GNU General Public License: Version 3* [online]. GNU Operating System. Změněno 29. 7. 2007 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>>

často na jedné straně licence větší množství různých subjektů, které spadají pod různé jurisdikce. Nelze rovněž ani jednoduše vyčíslit škodu, která vznikla nedodržením GPL.⁵⁷

Ani to, že lze licenci chápat i jako smlouvu, jí ovšem nezajišťuje platnost ve všech právních řádech – např. slovenské právo nejenže neobsahuje explicitní ustanovení, které by umožňovalo nabídku licenční smlouvy učinit vůči neurčitému okruhu osob a souhlas vyjádřit provedením určitého úkonu (§ 46 odst. 5 a 6 českého AutZ), ale dokonce vyžaduje pro licenční smlouvu písemnou formu (§ 40 odst. 2 slovenského autorského zákona⁵⁸), takže GPL (ani většina dalších softwarových licencí) dle slovenského práva nejsou platné a vymahatelné licenční smlouvy. I přes kritiku příslušných organizací, jako např. *Free Software Foundation Europe* (FSFE)⁵⁹ ale situace zůstává i nadále beze změny.

3.1.1 Verze 2

GNU GPL v. 2 tvoří 12 ustanovení, která obsahují podmínky, za jakých je možné licencované dílo kopírovat, distribuovat a měnit. Tato licence uděluje právo distribuovat dílo ve formě zdrojového kódu pod jedinou podmínkou, že spolu s ním bude distribuováno sdělení o autorském právu a vyloučení záruky. Dále je možné distribuovat pozměněný zdrojový kód s tím, že u všech změn musí být vyznačen jejich autor a datum, výsledné dílo musí být licencováno všem třetím stranám zdarma pod touto licencí a pokud je výsledný program interaktivní, musí se po spuštění zobrazit příslušné sdělení o autorském právu a vyloučení odpovědnosti. Dále je možné distribuovat i dílo (ať už původní nebo změněné) ve spustitelné formě, pokud jsou splněny následující předpoklady: je připojen kompletní odpovídající strojově čitelný zdrojový kód, příp. je možné připojit pouze písemnou nabídku jeho poskytnutí nebo na takovou písemnou nabídku odkazovat.

Veškeré další způsoby kopírování, změn, distribuce nebo podlicencování jsou zakázány a automaticky ruší práva poskytovaná touto licencí. Nikdo nemá povinnost licenci přijmout, ovšem distribuce a měnění programu jsou zakázány autorským právem a bez přijetí licence tedy tyto činnosti nejsou možné. Proto jsou právě tyto úkony (distribuce nebo změny) považovány za konkludentní souhlas s podmínkami této licence. V případě distribuce původního díla získává adresát automaticky tuto licenci od původního autora. V případě, že by došlo k nějakému konfliktu povinností vyplývajících z této licence a ze smlouvy, rozhodnutí či jiného právního důvodu, nikdo není oprávněn porušit povinnosti vyplývající mu z této licence, ale zároveň jej licence nijak neopravňuje porušit jiné závazky. V této situaci je tedy znemožněno využití práv udělených licencí. Pokud je distribuce licencovaného díla v některých zemích omezena

patenty nebo autorským právem, původní poskytovatel licence může působnost této licence explicitně geograficky omezit. V případě, že by někdo chtěl programy nebo části programů licencované GPL v. 2 použít ve svobodném projektu, který je jinak licencovaný, musí se domluvit přímo s autorem daného programu a požádat ho o povolení.

Na závěr jsou dvě (jak je i v proprietárních softwarových licencích obvyklé, i když to nemusí být dle některých právních řádů platné smluvní ujednání) majuskulemi napsaná ustanovení o tom, že neexistuje žádná záruka nad rámec toho, co vyžadují právní předpisy. Autor nebo distributor poskytují program zdarma, tak, jak je, bez jakékoli záruky. Riziko kvality a výkonnosti programu leží na uživateli, v případě vad nese uživatel náklady veškeré nutné údržby, oprav nebo úprav. Držitel autorského práva či distributor nebude rovněž odpovědný za žádnou škodu vyplývající z použití programu nebo nemožnosti jeho použití či neschopnosti programu spolupracovat s jinými programy, a to i když by byli upozorněni na možnost takových škod.⁶⁰

3.1.2 Verze 3

Nová verze GNU GPL z roku 2007 je postavená na předchozí, ovšem již v samotném přístupu a způsobu psaní byly uplatněny některé změny. Předchozí verze totiž používala některé termíny bez jejich předchozí definice, což způsobilo, že se mohl lišit výklad v závislosti na významu, který danému slovu přikládaly konkrétní právní systémy. Proto je hned v úvodu několik definic, které se snaží co nejpresněji definovat význam daných pojmů. To zlepšilo čitelnost samotných pravidel, i když se (nejen tímto) text o poznání prodloužil. K dalším změnám patří ustanovení eliminující předpisy o zákazu obcházení DRM v oblasti Free software: prosté sdělení, že jakýkoli Free software, který implementuje DRM, nemůže být považován za „efektivní technologický způsob ochrany“ ve smyslu předpisů, které obcházení DRM zakazují. Takovýto software tedy půjde i nadále legálně „obcházet“. Dále je obsaženo ustanovení proti tzv. *tivoizaci*⁶¹ – jde o praxi některých výrobců, které do určitého svého zařízení nainstalují Free software, ale znemožní jeho změnu uživateli, který si dané zařízení koupí. V licenci je tedy stanoveno, že distributor musí poskytnout veškerá data nutná k tomu, aby uživatel sám mohl software změnit.

Další změna je reakcí na patentové spory, které se zejména v USA objevily. Licence v současnosti nutí držitele patentu, aby zároveň s licencí udělil třetím stranám i bezplatné právo k využití příslušných patentů, jejichž je držitelem. K upřesnění a zjednodušení došlo

57 SZATTLER, Eduard. GPL Viral License or Viral Contract. *Masaryk University Journal of Law & Technology*. Roč. 2007, s. 67 – 79.

58 „Licenčná zmluva musí mať písomnú formu, inak je neplatná.“ (SlovAutZ)

59 FSFE calls for an amendment of Slovak Copyright Act [online]. FSFE. org. Změněno 10. 1. 2012 [cit. 7. 3. 2012]. Dostupné z: <<https://fsfe.org/news/2012/news-20121010-01.en.html>>

60 GNU GENERAL PUBLIC LICENSE: Version 2, June 1991 [online]. GNU Operating System. Změněno 28. 6. 2007 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html>>

61 Tento termín pochází ze jména společnosti TiVo, která produkuje videorekordéry, jež jsou vybaveny linuxovým jádrem a některými dalšími programy licencovanými GNU GPL v. 2, ale hardware na nich dovolí spustit pouze software digitálně podepsaný touto společností. (SULLIVAN, John. *GPLv3 Update #2* [online]. Info-gplv3 mailing list. Změněno 8. 2. 2006 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://gplv3.fsf.org/pipermail/info-gplv3/2006-February/000001.html>>)

také v oblasti kompatibility licencí. Je přímo obsaženo ustanovení o kompatibilitě s *Affero GPL*, která se používá v prostředí webových aplikací. Dále je pak umožněno v projektech licencovaných GPL využívat kód licencovaný některými dalšími licencemi, kde kompatibilitě bránila ustanovení v praxi neúčinná či nepodstatná.⁶² Uvedením výjimky systémových knihoven je zajištěno, že každý distributor nemusí znovu zveřejňovat zdrojový kód široce rozšířených knihoven obsažených v obvyklých balících informačních systémů nebo kompilátorů použitého jazyka.

Nově licence obsahuje možnost, jak při porušení opět práva nabýt: stane se to automaticky, jakmile daná osoba přestane licenci porušovat, ovšem pokud držitel autorského práva do 60 dnů takového člověka kontaktuje, práva se obnovují jen tehdy, pokud šlo o první takovýto prohřešek a bude napraven do 30 dní. Jinak záleží na konkrétní dohodě daného držitele a porušitele. Všechny tyto změny (dle vyjádření FSF) měly ten efekt, že „*býl posílen copyleft, svoboda uživatelů je lépe chráněna, ale zároveň je umožněna lepší spolupráce v rámci komunity*“.⁶³

3.2 GNU Lesser general public license

GNU LGPL (*Lesser General Public License*) je (jak už název napovídá) „nižší“ verze GPL. Spočívá to ve skutečnosti, že LGPL neposkytuje tak silný copyleft, jako GPL. Díla licencovaná LGPL lze za určitých podmínek užít v jakýchkoli jiných kombinovaných dílech, ať už jsou tato odvozená díla licencována jinou FOSS licencí nebo dokonce proprietární. To je možné, pokud se dané původní dílo (velmi často knihovna – původní verze této licence se dokonce jmenovala „*Library General Public License*“) nestane přímo součástí odvozeného programu, ale ten na ně pouze dynamicky odkazuje. LGPL obsahuje relativně podrobná pravidla, jak přesně postupovat, čímž se snaží zaručit co nejvíce svobod uživatelů výsledného programu.⁶⁴ Licencování LGPL napomáhá rovněž některým větším projektům, které by mohly být ohroženy nekompatibilitou licencí jednotlivých součástí.

3.2.1 Rozdíl mezi verzemi LGPL 2.1 a 3

Mezi těmito dvěma verzemi není žádný zásadní rozdíl v obsahu, ale každá je psaná jinou formou. Zatímco verze 2.1 byla vytvořena jako úplně samostatná licence⁶⁵, verze 3 je přímo založena na GPL v. 3⁶⁶, jejím textem

62 SMITH, Brett. *A Quick Guide to GPLv3* [online]. GNU Operating System. Změněno 24. 1. 2012 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/quick-guide-gplv3.html>>

63 „And taken as a whole, all these upgrades represent something more: we made a better copyleft. It does more to protect users' freedom, but it also enables more cooperation in the free software community.“, tamtéž

64 FREE SOFTWARE FOUNDATION, Inc. *GNU Lesser General Public License: Version 3, 29 June 2007* [online]. GNU Operating System. Změněno 11. 3. 2012 [cit. 21. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/lgpl.html>>

65 FREE SOFTWARE FOUNDATION, Inc. *GNU Lesser General Public License: version 2.1* [online]. GNU Operating System. Změněno 30. 1. 2012 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/lgpl-2.1.html>>

66 „This version of the GNU Lesser General Public License incorporates the terms

jsou pak vlastně jen výjimky vůči GPL v. 3. To plně odpovídá současnému trendu v rámci komunity kolem FSF, která se snaží o co nejširší využití copyleftu a nahrazování LGPL samotnou GPL. Tato strategie zajišťuje, že některé knihovny není možné použít v proprietárních dílech, což dává komunitě FOSS výhodu proti tvůrcům proprietárních programů, kteří si musejí dané knihovny dopsat sami.⁶⁷ Má to ale taktéž některé nevýhody – nemusí dojít k tak širokému rozšíření a používání dané knihovny (což zajišťuje snadnější testování a hledání chyb, ale i možnosti dalšího vývoje) a hlavně to ztěžuje spolupráci i v rámci samotné FOSS komunity.

3.3 BSD licence a MIT licence

Jde o rodinu velmi permissivních licencí založených na licenci vytvořené pro operační systém BSD (*Berkeley Software Distribution*) na univerzitě v Berkeley v 80. letech. I v současnosti patří k nejpoužívanějším permissivním licencím.⁶⁸ V praxi se používají různé verze licence, které se vzájemně mohou lišit, vždy ale obsahují 2 základní podmínky dalšího šíření či distribuce zmíněného díla:

- opětovná distribuce zdrojového kódu musí obsahovat sdělení o autorském právu, licenční podmínky a vyloučení záruky a odpovědnosti
- opětovná distribuce v binární⁶⁹ formě musí uvedené obsahovat v dokumentaci nebo jiných přiložených materiálech.

K výše uvedeným dvěma podmínkám jsou někdy přidány další, které se týkají spíše marketingu – jméno tvůrce tak nesmí být používáno k reklamě či vyzdvihování odvozených děl bez předchozího písemného souhlasu, naopak veškerá dokumentace k odvozeným dílům někdy musí nést poznámku, že dané dílo obsahuje software vyvinutý daným tvůrcem⁷⁰. Zřídka se pak objevují ještě další pravidla, např. nutnost použít pro odvozené dílo jiný název.

MIT (*Massachusetts Institute of Technology*) licence (někdy také „*X11 License*“ nebo „*MIT/X Consortium*

and conditions of version 3 of the GNU General Public License, supplemented by the additional permissions listed below.“ (FREE SOFTWARE FOUNDATION, Inc. *GNU Lesser General Public License: Version 3, 29 June 2007* [online]. GNU Operating System. Změněno 11. 3. 2012 [cit. 21. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/lgpl.html>>)

67 *Why you shouldn't use the Lesser GPL for your next library* [online]. GNU Operating System. Změněno 20. 9. 2011 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/why-not-lgpl.html>>

68 Na serveru SourceForge.net je pod touto licencí 14491 projektů, což jí zajišťuje 3. místo hned za GNU GPL v. 2 a GNU LGPL v. 2.1. (*Advanced search* [vyhledávač]. Geeknet, Inc. Sourceforge.net. Změněno 2012 [cit. 22. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://sourceforge.net/directory/?q=>>)

69 spustitelné

70 Tento požadavek byl součástí původní BSD licence, ovšem vzhledem k nepraktičnosti neustálého růstu jmen přispěvatelů bylo Univerzitou v Berkeley od této praxe upuštěno, a to dokonce i zpětně ve vztahu k již takto licencovaným dílům, *BSD License Definition* [online]. The Linux Information Project. Změněno 22. 4. 2005 [cit. 7. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.linfo.org/bsd-license.html>>

*License*⁷¹⁾ je permissivní licence velmi podobná BSD, jen podmínku dalšího šíření obsahuje pouze jedinou:

- Sdělení o autorském právu a vyloučení odpovědnosti musí být obsaženo ve veškerých kopiích zásadní části SW.⁷²⁾

Téměř všechny BSD i MIT licence jsou certifikovány jako *copyfree*.⁷³⁾ Všechny tyto licence rovněž obsahují vyloučení odpovědnosti, jejichž textem se budu ještě zabývat v 6. kapitole tohoto článku.

3.4 Apache licence

Apache licence byla vytvořena Apache Software Foundation, která stojí mimo jiné za vývojem jednoho z nej-používanějších webových serverů. Radí se stejně jako BSD nebo MIT licence k licencím permissivním⁷⁴⁾, ovšem obsahuje některé požadavky, kvůli kterým nemohla být zařazena mezi *copyfree* licence⁷⁵⁾. Její aktuální verze, 2.0, obsahuje definice základních pojmů; dále pak udělení trvalé, celosvětové, nevýhradní, bezplatné a neodvolatelné autorskoprávní a případně i patentové licence; podmínky další distribuce; ustanovení týkající se příspěvků dalších autorů a ochranných známek. Na závěr pak i tato licence zahrnuje vyloučení záruky a odpovědnosti za škodu s tím, že distributor může takovouto záruku sám na svůj účet poskytnout, a to i za poplatek.

Toto ustanovení je ovšem jedním z důvodů, proč je Apache licence nekompatibilní s GNU GPL v. 2 – obsahuje totiž pravidlo, že poskytovatel záruky je povinen odškodnit každého přispěvatele (spoluautora díla), který by byl takovýmto poskytnutím záruky poškozen. Druhým důvodem nekompatibility této licence s GNU GPL v. 2 je článek o patentech, neboť ten ukončuje všechny udělené patentové licence uživatele v případě jeho patentového sporu s autorem či jiným uživatelem. Obě tato pravidla představovala restrikce nad rámec GPL v. 2, zároveň GPL v. 2 je licencí silně *copyleftovou* a Apache licencí permissivní, proto uvedené licence nejsou kompatibilní ani v jednom směru. Co se týká GPL v. 3, s tou je již Apache licence kompatibilní, neboť do GPL v. 3 bylo taktéž zařazeno pravidlo o ode-

bírání patentových licencí v případě sporu a čl. 7 GPL v. 3 umožňuje jinou formulaci vyloučení odpovědnosti.

3.5 Mozilla Public License

Mozilla Public License (MPL) je další z licencí FOSS, která se oproti většině ostatních vyznačuje tím, že se vztahuje k jednotlivým souborům se zdrojovým kódem, nikoli k programům či obecně dílům jako celkům. Každý jednotlivý soubor zdrojového kódu je tak chráněn zvlášť (musí v něm tedy být obsaženy příslušné informace o licenci). MPL je sice *copyleftová*, ovšem *copyleft* se taktéž vztahuje pouze k jednotlivým souborům, v praxi tedy stačí, když jsou pod MPL licencovány pouze soubory, které zahrnují nějaký kód, jenž byl původně pod MPL licencován. Může být tedy na základě nějakého SW licencovaného MPL vytvořen dokonce SW proprietární, pokud je dodrženo pravidlo, že veškeré soubory obsahující části licencované pod MPL jsou zveřejněny a distribuovány pod touto licencí.^{76,77)}

MPL 1.1 byla vytvořena a spravována společností Netscape, poté byly tyto pravomoci přeneseny na Mozilla Foundation. Na počátku roku 2012 vyšla nová verze, MPL 2.0. V zásadě se snaží o to samé, co aktuální verze GPL: lepší čitelnost, přesnější výklad a rovněž kompatibilitu s ostatními licencemi. Zavádí třídu tzv. „sekundárních licencí“ – preferovaných licencí, se kterými je MPL 2.0 kompatibilní. Jsou to GNU GPL v. 2.0, GNU LGPL v. 2.1, GNU Affero GPL v. 3.0 a všechny jejich novější verze. V případě, že daný kód není z nějakého důvodu kompatibilní se sekundárními licencemi, musí to být explicitně uvedeno, aby byla zachována právní jistota adresátů licence. V praxi je pak možné odvozené dílo (v licenci používán termín „*Larger Work*“) licencovat některou ze sekundárních licencí, a to tehdy, pokud některá z jeho částí byla tou sekundární licencí chráněna a není to v rozporu s dalšími licenčními požadavky zbytku díla. Soubory obsahující kód chráněný MPL jsou i tak ale dále licencovány pod MPL, čímž vlastně i zde vzniká na určitých částech kódu duální licencování (podrobněji řešeno v dalších kapitolách), které má zajišťovat další kompatibilitu výsledného projektu.⁷⁸⁾

I MPL má ve svém textu ustanovení vylučující záruku a odpovědnost. Vyloučení záruky je bezpodmínečné, doplněné upozorněním, že jenom tato licence

71 Tyto názvy jsou odvozeny ze skutečností, že hlavním použitím této licence je tzv. X Window System, který tvoří základ grafického rozhraní některých unixových operačních systémů, především různých distribucí linuxu: TOM6. *Glossary* [online]. Ubuntu Help. Změněno 1. 12. 2011 [cit. 7. 3. 2012]. Dostupné z: <https://help.ubuntu.com/community/Glossary#X_Window_System>;

The X Window System [online]. Fedora Documentation. [cit. 7. 3. 2012]. Dostupné z: <http://docs.fedoraproject.org/en-US/Fedora/12/html/Deployment_Guide/ch-x.html>;

X Window System [online]. OpenSuse Wiki. Změněno 2011 [cit. 7. 3. 2012]. Dostupné z: <http://en.opensuse.org/X_Window_System>

72 *The MIT License (MIT)* [online]. Open Source Initiative. Změněno 2009 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.opensource.org/licenses/mit-license.php>>

73 *Copyfree Licenses* [online]. Copyfree.org. [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://copyfree.org/licenses/>>

74 *Apache License: Version 2.0, January 2004* [online]. The Apache Software Foundation. Změněno 2012 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0.html>>

75 Konkrétně jde o čl. 4 odst. 2 a 4, které určují podmínky další distribuce: *Rejected Licenses* [online]. Copyfree.org. [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://copyfree.org/rejected/>>

76 *MPL 2.0 FAQ* [online]. Mozilla. Změněno 19. 3. 2012 [cit. 21. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.mozilla.org/MPL/2.0/FAQ.html>>

77 *About MPL 2.0: Revision Process and Changes FAQ* [online]. Mozilla. Změněno 1. 2. 2012 [cit. 21. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.mozilla.org/MPL/2.0/Revision-FAQ.html>>

78 „3.3. *Distribution of a Larger Work*

You may create and distribute a Larger Work under terms of Your choice, provided that You also comply with the requirements of this License for the Covered Software. If the Larger Work is a combination of Covered Software with a work governed by one or more Secondary Licenses, and the Covered Software is not Incompatible With Secondary Licenses, this License permits You to additionally distribute such Covered Software under the terms of such Secondary License(s), so that the recipient of the Larger Work may, at their option, further distribute the Covered Software under the terms of either this License or such Secondary License(s).“ – Mozilla Public License: Version 2.0 [online]. Mozilla. [cit. 9. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.mozilla.org/MPL/2.0/>>

dává uživateli právo SW používat, takže pokud s vyloučením záruky dle licence nesouhlasí, nemá vůbec právo SW používat. Omezení odpovědnosti je formulováno o poznání umírněněji – nevztahuje se na odpovědnost za smrt nebo ublížení na zdraví, které by byly zapříčiněny nedbalostí v rozsahu, v jakém aplikované právo toto omezení odpovědnosti vylučuje.⁷⁹

3.6 Common Development and Distribution License

Common Development and Distribution License 1.0 (CDDL-1.0) je licence FOSS vytvořená pův. společností Sun Microsystems na základě MPL 1.1, jíž se textem velmi podobá. Taktéž používá licencování jednotlivých souborů zdrojového kódu, nikoli celých projektů.⁸⁰ V současnosti již není příliš častá (pravděpodobně především pro svou nekompatibilitu s GPL), ovšem některé projekty týkající se vývoje v programovacím jazyce Java (např. vývojové prostředí NetBeans) ji stále používají, i když nejčastěji jen jako jednu z licencí při duálním licencování či multilicencování.^{81,82}

3.7 European Union Public Licence

European Union Public Licence (EUPL, Veřejná licence Evropské unie) v. 1.1 byla vytvořena v rámci programu Interoperable Delivery of European eGovernment Services to public Administrations, Business and Citizens (IDABC) pro účely podpory celoevropských služeb elektronické veřejné správy. Evropské instituce nechtěly pro své programy jen tak vybrat některou z běžně používaných FOSS licencí, a tak byla pro účely použití v rámci Evropských společenství (nyní Evropské unie) vytvořena licence nová.⁸³ Její jednoznačnou výhodou oproti ostatním licencím FOSS, jejichž závazné znění bývá v drtivé většině případů pouze v anglickém jazyce, je ekvivalentní platnost všech jazykových verzí, tedy mimo jiné i české. Zde jsem ovšem narazila na docela vážný problém: česká jazyková verze neobsahuje (alespoň ke dni 25. 2. 2012) v čl. 5 odstavec o kompatibilitě licencí.⁸⁴ To by v praxi znamenalo, že odvozená díla musí být vždy licencována pod EUPL, což by prakticky znemožnilo kombinaci děl licencovaných EUPL a některými běžnými FOSS licencemi (např. GPL). Vzhledem k tomu, že ostatní jazykové verze (namátkově jsem zkontrolovala přibližně 10 dalších znění) ustanovení o kompatibilitě obsahují, pravděpodobně jde pouze

o administrativní chybu vzniklou při překladu licence (tomu nasvědčuje i přítomnost dodatku, který vysvětluje termín „slučitelné licence“).⁸⁵

Dalším znakem, který mohou instituce EU považovat za výhodu, je formulace pravidel spíše blízká evropskému právu (např. tím, že se podrobně zabývá příslušností soudu a rozhodným právem), odlišnost od typických FOSS licencí ale v rámci komunity vzbuzuje spíše nejistotu, neboť k praktickému použití zatím téměř nedochází.⁸⁶ Další výhodou má být jasná deklarace pravidel ohledně kompatibility licencí. Jak už bylo ale zmíněno výše, samotná deklarace kompatibility nemusí ještě znamenat, že kompatibilita reálně existuje. Ustanovení o nezměnitelnosti podmínek v čl. 5 totiž obsahuje pravidlo, že nabyvatel licence při dalším šíření původního nebo změněného díla musí použít právě tuto licenci a že nový nabyvatel nesmí být na právech uvedených v čl. 2 nijak omezován. Předpokládáme-li, že platí i ustanovení o kompatibilitě, je s výše uvedeným pravidlem v rozporu, neboť prohlašuje, že dílo kombinované s jiným, které je šířeno pod jednou ze „slučitelných licencí“, může být nadále šířeno i pod touto „slučitelnou licenci“. Konkrétní rozpor může spočívat např. v tom, že EUPL umožňuje podlicencování, kdežto GNU GPL v. 2.0 (která má dle dodatku být kompatibilní), podlicencování přímo zakazuje⁸⁷, takže nabyvatel licence k výslednému dílu má práv méně, než mu zaručuje EUPL. V tomto případě lze pravděpodobně ustanovení o kompatibilitě považovat za speciální, neboť se zabývá pouze některými případy, kdy je splněna podmínka licencování některé části výsledného díla jednou z mála taxativně vymezených licencí. Ve skutečnosti se ale může velmi jednoduše stát, že díky tranzitivitě kompatibility se může dané dílo dostat i do režimu licence úplně jiné, např. GNU GPL v. 3.0.⁸⁸

Dalším problémem EUPL může být právě již zmíněné podlicencování, které je dle jejího textu nabyvatelům licence přímo povoleno. Je otázkou, z jakého důvodu je v EUPL umožněno, když FOSS licence běžně fungují i bez něj (ať už je přímo zakázáno jako v GNU GPL, nebo pouze nepovoleno jako v BSD – i v takovém případě ale dle našeho práva podlicencování možné není, neboť zákon vyžaduje, aby tak bylo sjednáno v licenční smlouvě⁸⁹). I v režimu EUPL získává nový uživatel pří-

79 Tamtéž.

80 *COMMON DEVELOPMENT AND DISTRIBUTION LICENSE: Version 1.0* [online]. Open Source Initiative. [cit. 9. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.opensource.org/licenses/CDDL-1.0>>

81 *Legal Materials* [online]. Netbeans. Změněno 2012 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://netbeans.org/about/legal/index.html>>

82 *Search Results for „cddl“* [online]. Geeknet, Inc. SourceForge.net. Změněno 2012 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://sourceforge.net/directory/?q=cddl>>

83 *EUPL v.1.1: Preamble* [online]. Evropská komise. Jouinup. [cit. 25. 2. 2012]. Dostupné z: <<http://joinup.ec.europa.eu/system/files/CS/EUPL%20v.1.1%20-%20Preamble.pdf>>

84 *Veřejná licence Evropské unie* [online]. Evropská komise. Jouinup. [cit. 25. 2. 2012]. Dostupné z: <<http://joinup.ec.europa.eu/system/files/CS/EUPL%20v.1.1%20-%20licence.pdf>>

85 Pokusila jsem se prostřednictvím kontaktního formuláře portálu Joinup, kde je licence zveřejněná, na chybu upozornit (25. 2. 2012), příslušný pracovník podpory mi dal za pravdu a předal problém k řešení (27. 2. 2012), 24. 4. 2012 mi pak byla e-mailem zaslána opravená verze, která již je taktéž k dispozici na příslušném webu.

86 *Search Results for „eupl“* [online]. Geeknet, Inc. SourceForge.net. Změněno 2012 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://sourceforge.net/directory/?q=eupl>>

87 Čl. 4, *GNU GENERAL PUBLIC LICENSE: Version 2, June 1991* [online]. GNU Operating System. Změněno 28. 6. 2007 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html>>

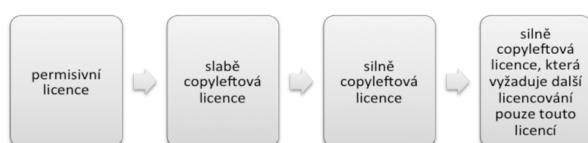
88 Mějme dílo licencované EUPL, které budeme kombinovat s dílem licencovaným GNU GPL v. 2.0. Protože EUPL je kompatibilní s GNU GPL v. 2.0, výsledné dílo můžeme licencovat pod GNU GPL v. 2.0 (pod EUPL to nelze, protože oproti GNU GPL v. 2.0 např. omezuje uživatele ohledně příslušnosti soudu, takže GNU GPL 2.0 není kompatibilní s EUPL). Vzhledem k tomu, že GNU GPL v. 2.0 je (za určitých podmínek) kompatibilní s licencí GNU GPL v. 3.0, může se dále stát, že výsledné dílo bude v dalším vývoji licencováno už GNU GPL 3.0, ačkoli tato licence není uvedena v dodatku EUPL.

89 § 48 odst. 1 AutZ

slušná oprávnění přímo od držitele autorského práva, nikoli od subjektu, který mu dané dílo zpřístupnil.⁹⁰ Vzhledem k tomu, že v čl. 2 je ve výčtu oprávnění samostatně uvedena položka „poskytování podlicencí k dílu nebo jeho kopíím“, podlicencování se evidentně nedá podřadit pod „šíření“ ani „sdělování“ díla dle dalších bodů uvedeného výčtu. Vzhledem k tomu, že omezující ustanovení licence (především „copyleft clause“) již pracují pouze s termíny „šíření“ a „sdělování“, evidentně⁹¹ se nevztahují na podlicencování, jehož režim tedy není v celé licenci nikterak upraven. V praxi by se tedy mohlo stát, že některý nabyvatel díla je bude podlicencovat způsobem, který nabyvatelům podlicence neudělí všechna práva dle čl. 2.

4 Kompatibilita licencí

Kompatibilita licencí je vztahem dvou licencí, který říká, že dílo licencované pod jednou licencí je možné použít v jiném díle licencovaném pod druhou licencí, aniž bychom kteroukoli z těchto licencí porušili. Tento vztah nemusí být vzájemný, licence A je kompatibilní s licencí B právě tehdy, když dílo licencované pod licencí A můžeme použít v díle licencovaném pod licencí B, ovšem nic to nevypovídá o tom, jestli dílo licencované pod licencí B můžeme použít v díle licencovaném pod licencí A, tedy jestli licence B je kompatibilní s licencí A. V praxi tedy může nastat situace, kdy licence X vyžaduje distribuci odvozených děl právě pod licencí X, pak tedy licence X není kompatibilní se žádnou jinou licencí (ovšem další licence mohou být kompatibilní s licencí X, tedy díla licencovaná jinými licencemi je možno v díle licencovaném X použít⁹²). Obecně platí, že permissivní licence jsou kompatibilní s licencemi copyleftovými a že slaběji copyleftová licence je kompatibilní s licencí silněji copyleftovou (můžeme tedy použít kód licencovaný permissivněji v projektu licencovaném silněji copyleftově).



Obr. 1: schéma kompatibility licencí

Vzájemná kompatibilita či nekompatibilita licencí je pak jedním z důvodů tzv. duálního licencování či multilicencování, kde autor distribuuje své dílo pod různými licencemi, aby byla zajištěna možnost jeho dalšího využití v různých, jinak vzájemně nekompatibil-

ních, projektech. Problematika duálního licencování je řešena na konci této kapitoly.

V některých licencích, doprovodných materiálech či na webech autorů se objevují ustanovení obsahující deklaraci, že daná licence je kompatibilní s ..., případně výčet licencí, které jsou kompatibilní s touto licencí. V praxi je ovšem rozhodující samotný text licencí – ten jediný je pro strany právního vztahu závazný a rozhoduje o tom, kterým jednáním byla či nebyla licence porušena. Jediné právně relevantní ustanovení tohoto typu je tedy ustanovení přímo v textu licence deklarující, že daná licence je kompatibilní s licencí jinou (což de facto opravňuje uživatele publikovat odvozené dílo pod touto jinou licencí), pokud někde ve zbytku textu není obsažen rozpor s tímto ustanovením (v takovém případě by ještě mohlo pomoci, kdyby některé ustanovení bylo speciální vůči druhému, jinak by byla licence vnitřně rozporná a neurčitá).

4.1 Kompatibilita verze 2 a verze 3 GNU GPL

Pokud jde o kompatibilitu těchto dvou verzí nejpoužívanější FOSS licence, dle svého samotného textu tyto licence kompatibilní nejsou – GNU GPL v. 3 obsahuje oproti GNU GPL v. 2 určitá omezení (např. týkající se patentů, tivoizace apod.), takže pro dílo licencované GNU GPL v. 2 nelze obecně GNU GPL v. 3 použít. Obdobně dílo licencované GNU GPL v. 3 nelze dále licencovat GNU GPL v. 2, protože ta neobsahuje některá další oprávnění uživatele (např. povinnost distributora poskytnout informace o instalaci). V praxi ovšem tento problém není třeba příliš často řešit, protože většina softwaru licencovaného pod GNU GPL v. 2 je ve skutečnosti licencována „verzí 2 nebo novější“, lze si tedy z pozice uživatele zvolit pro dané využití i GNU GPL v. 3 a takto kombinovat díla licencovaná těmito dvěma licencemi. Zároveň se tak dají kombinovat díla licencovaná GNU GPL v. 2 a některými licencemi, které nejsou kompatibilní s ní, ale jsou kompatibilní s GNU GPL v. 3, např. Apache licencí. Výsledné dílo je pak možné zveřejnit pod GNU GPL v. 3.

Formulace umožňující uživateli vybrat si mezi licencí aktuální a budoucí je použita taktéž v doporučení pro aplikaci GNU GPL v. 3.⁹³ V praxi jde o velmi jednoduchý a použitelný způsob, jak obejít kompatibilitu v případě, kdy nově vytvořená licence je sice teoreticky nekompatibilní, ale komunita má zájem na tom, aby bylo možné odvozovat od již vytvořených děl díla licencovaná pod novou verzí licence. Jde tedy vlastně o určitý způsob neurčitého multilicencování za účelem umožnění spolupráce na různě licencovaných projektech. Neurčitost dalších možných licencí ale zároveň může způsobit i určité problémy. Nikde není zaručeno, že budoucí verze GNU GPL budou i nadále zachová-

90 „Kdykoli přijmete licenci, původní poskytovatel licence a následní přispěvatelé Vám udělají licenci ke svým příspěvkům k dílu podle podmínek této licence.“ (čl. 6, třetí odstavec, *Věřejná licence Evropské unie* [online]. Evropská komise. Joinup. [cit. 25. 2. 2012]. Dostupné z: <<http://joinup.ec.europa.eu/system/files/CS/EUPL%20v.1.1%20-%20license.pdf>>)

91 „Argumentum per eliminationem (důkaz vyloučením) spočívá v tom, že je dána množina proků A, B, C, D... N a právní předpis z ní něco stanoví výslovně jen o C, D apod. Tím je dáno, že to neplatí o ostatních prvcích dané množiny.“, KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Plzeň: Západočeská univerzita, fakulta právnická, 1994. s. 87.

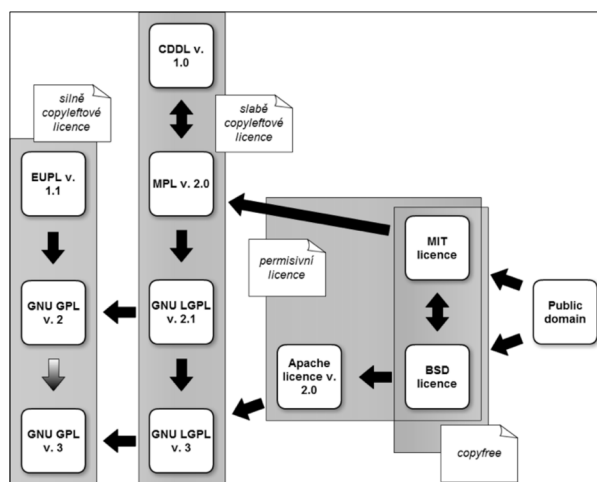
92 Samozřejmě jen tehdy, když z tyto další licence umožní.

93 „This program is free software: you can redistribute it and/or modify it under the terms of the GNU General Public License as published by the Free Software Foundation, either version 3 of the License, or (at your option) any later version.“, FREE SOFTWARE FOUNDATION, Inc. *GNU General Public License: Version 3* [online]. GNU Operating System. Změněno 29. 7. 2007 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>>

vat filozofii, ke které se hlásí současná FSF. Mohlo by se tak stát, že by byli autoři současných děl v budoucnosti vázáni licenci, se kterou by nesouhlasili a pod kterou nikdy neměli v úmyslu svá díla zveřejnit. Vážnějším problémem je pak validita takového prohlášení v případech, kdy je nutno považovat GNU GPL za smlouvu – smlouva již ze své podstaty vyžaduje určitost ujednání. Smlouva, kdy jedna strana formuluje nabídku odkazem na nějaké v současnosti ještě neznámé podmínky, u kterých není žádná právní záruka, jak budou vypadat, by ve většině právních řádů pravděpodobně nemohla být platná, protože by nebylo možné tuto nabídku považovat za dostatečně určitý právní úkon k uzavření smlouvy⁹⁴. Navíc zde dochází i k velké nerovnosti stran smlouvy, neboť nabízející strana v době nabídky podmínky ještě nezná, zatímco strana přijímající se s nimi již v době přijetí může seznámit.

4.2 Kompatibilita dalších licencí uvedených v tomto článku

Co se týká kompatibility dalších licencí uvedených v tomto článku, můžeme obecně říci, že platí následující obecné pravidlo: čím je licence více copyleftová, tím méně je kompatibilní s ostatními licencemi. Permisivní licence bývají často vzájemně kompatibilní, zatímco u licencí silně copyleftových musí být kompatibilita zajištěna speciálními ustanoveními v jejich textu. Dále platí, že pokud je některá licence (A) kompatibilní s jinou (B), je kompatibilní i se všemi dalšími licencemi, se kterými je kompatibilní B.⁹⁵ V praxi si lze uvedený vztah představit tak, že původní dílo šířené pod licenci A nejprve dále šíříme pod licenci B, čímž se stává kompatibilní s dalšími licencemi. Dle diagramu níže můžeme např. říci, že licence BSD je kompatibilní s licenci MPL, neboť BSD je kompatibilní s MIT a ta pak s MPL.⁹⁶



Obr. 2: schéma kompatibility konkrétních licencí zmíněných v tomto článku

Černými šipkami znázorněna kompatibilita daných licencí (ve směru šipek), šedá šipka zdůrazňuje, že kompatibilita GPL v. 2 a GPL v. 3 není zaručena ve všech případech.

⁹⁴ § 43a odst. 1 OZ

⁹⁵ Kompatibilita je tedy *transitivní*.

⁹⁶ Šipka mezi BSD a MPL by byla nadbytečná, jelikož vztah BSD a MPL vyplývá z transitivity kompatibility.

Na diagramu vidíme, že v zásadě platí pravidlo, že kompatibilita směřuje zprava doleva (směrem k silnějšímu copyleftu). Vzhledem k tomu, že copyleft není jediným faktorem, který kompatibilitu ovlivňuje, mohou nastat v některých případech výjimky, např. Apache licence není kompatibilní s GNU GPL v. 2. Další vztahy není jistě nezbytné slovně popisovat, neboť jasné vyplývají z diagramu.

4.3 Duální licencování

Duální licencování, obecně *multilicencování*, je způsob, kde se jedno dílo licencuje pod více (u duálního právě dvěma) různými licencemi, k čemuž může docházet z rozličných důvodů. Již výše jsem zmiňovala multilicencování za účelem kompatibility s větším množstvím projektů. Typickým příkladem tohoto způsobu jsou zdrojové kódy prohlížeče Mozilla Firefox, které jsou licencovány hned pod třemi různými licencemi: MPL, GPL a LGPL (i když spustitelná verze prohlížeče je licencována pouze pod MPL).

Někdy mohou také být různé části jednoho projektu licencovány různě (většina kódu může být pod GPL, ale některým částem bude ponecháno licencování pod LGPL nebo dokonce nějakou permisivní licenci) – v těchto případech sice nejde o multilicencování v pravém slova smyslu, neboť rozdílné licence se vztahují na rozdílné části projektů, v praxi ovšem mohou způsobovat neméně problémů, protože musí být jednoznačně určeno, která část spadá pod kterou licenci. Například FSF od této praxe sice odrazuje, ovšem na druhou stranu uznává, že v některých případech jde o nejrozumnější přístup⁹⁷.

Výše uvedené případy multilicencování jsou komunitou kolem FOSS běžně považovány za spíše prospěšné pro zajištění dostatečné spolupráce v rámci různých projektů. Následující odstavce se budou zabývat multilicencováním z důvodů primárně ekonomických, které mnohdy bývají idealisticky smýšlejícími lidmi kolem FSF či OSI považovány za poškozování a ohrožování FOSS.

Prvním takovýmto příkladem je duální licencování (či multilicencování) téhož díla v závislosti na tom, jak bude dále využito. Pro běžné domácí i komerční využití daného softwaru, stejně jako další distribuci, změny a distribuci změněného softwaru se použije některá z běžných FOSS licencí. Autor zde ale umožňuje i úplný způsob licencování v případě, že některý uživatel má zájem vyvinout na základě jeho díla nějaké dílo proprietární. To může probíhat buď na základě nějaké obecné licence, která je pak použita pro všechny takto postupující uživatele, nebo strany přímo vyjednávají na podmínkách a ceně konkrétní licence.

Druhým příkladem, který je podobný výše uvedenému, je situace, kdy autor vyvíjí dvě různé verze softwaru, obdobně jako v případě použití tzv. demo-verze je pak jedna z nich ochuzena o pokročilejší funkce,

⁹⁷ *Should code be "dual licensed" under the GPL and a permissive license?* [online]. Software Freedom Law Center. Změněno 2007 [cit. 4. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.softwarefreedom.org/resources/2007/gpl-non-gpl-collaboration.html#x1-90004>>

avšak licencována pod některou z licencí FOSS. Naopak plná verze bez jakýchkoli uživatelských omezení je pak distribuována na základě nějaké proprietární, většinou úplatné, licence, která zakazuje změny nebo získávání zdrojového kódu výsledné aplikace.⁹⁸

Další možností, jak provádět duální licencování, je rozlišování uživatelů podle operačního systému či jiného prostředí nutného pro použití daného softwaru.⁹⁹ Jde vlastně o kombinaci obou předchozích způsobů – zdrojový kód není pro obě verze stejný, ale zároveň nejde o jinou funkcionalitu, pro kterou by uživatel byl ochoten zaplatit licenční poplatek a nechat omezit svá práva. Tato strategie je postavena nejčastěji na tom, že uživatelé proprietárních operačních systémů jsou mnohem častěji ochotni platit za další software a netrvají na přístupnosti zdrojového kódu a možnosti provádět vlastní změny softwaru. Navíc, vývoj pro proprietární operační systémy je často dražší už jen tím, že je třeba (minimálně pro účely testování) investovat právě do operačního systému (v případě vývoje pro Mac OS často i do hardwaru, navíc, pro šíření prostřednictvím oficiálního App Store je třeba dodržovat i některé další požadavky společnosti Apple¹⁰⁰).

Jsou různé způsoby, jak na tyto druhy duálního licencování pohlížet. Je pravdou, že takto se část zdrojového kódu napsaného na základě zdrojového kódu publikovaného pod některou licencí FOSS legálně dostane mimo dosah této licence a z provedených změn nemají užitek všichni uživatelé tak, jak by tomu dle filozofie FOSS mělo být. Ovšem na druhou stranu přináší tento způsob do vývoje FOSS značné množství finančních prostředků, neboť právě úplatné licencování pro účely použití v proprietárních projektech nebo úplatné licencování rozšířených verzí programů umožňuje samotný vývoj jejich svobodných verzí.

4.3.1 MySQL

FOSS již zdaleka není pouze doménou nadšenců, kteří ve svém volném čase spolupracují na vyvíjení softwaru jenom pro svůj dobrý pocit (případně pro své zdokonalení v dané činnosti apod.). V posledních letech se vyvinulo několik různých způsobů, jak se i vyvíjením FOSS dají vydělat peníze. Nicholas Taylor rozlišuje 3 základní způsoby „platform model“, „service model“ a „product model“.¹⁰¹ Platform model je založen na tom, že daná společnost podporuje rozšíření určitého programu (platformy) pod licencemi FOSS (čímž získá velké množství uživatelů) a poté prodává rozšíření a další funkce programu. Service model využívá

toho, že díky otevřeným zdrojovým kódům může daný program upravovat i opravovat kdokoli, nejen původní vývojář. Některé společnosti se tak živí pouze poskytováním podpory k softwaru, jehož velkou část mohl napsat někdo jiný. Product model pak naopak zužikováá fakt, že danému programu nejlépe rozumí jeho vývojář, který pak za úplatu taktéž poskytuje podporu.¹⁰² Robert Gomulkiewicz uvádí strategií mnohem více, mezi nimi např. prodej HW s FOSS; prodej služeb (např. podpory) k FOSS; prodej „značkových“ verzí FOSS¹⁰³; prodej aplikací, které fungují na FOSS systémech; prodej rozšířených verzí FOSS; prodej verzí FOSS upravených dle přání zákazníka nebo prodej reklamy a dárkových předmětů.¹⁰⁴

Společnost MySQL¹⁰⁵ založila svůj podnikatelský model v oblasti FOSS na duálním licencování. Jejím produktem je databázový systém, pro který byla zvolena licence GNU GPL v. 2. To v začátcích mimo jiné zajistilo možnost stavět na dalších obdobně licencovaných nástrojích a umožnilo vytvoření široké základny uživatelů, kteří mohli taktéž pomoci s vývojem systému. Použitím právě licence GPL bylo zajištěno, že takto vytvořený systém nemůže být pak převzat do nějakého proprietárního SW. Druhou licencí, pod kterou je databáze MySQL taktéž vydávána, je licence komerční, jenž umožňuje použití MySQL v proprietárních produktech bez nutnosti zachovávat podmínky GPL. Aby byla zjednodušena spolupráce na FOSS, je rovněž možné použít výjimku pro uživatelské knihovny pro projekty, které nejsou licencovány pod GPL, ale splňují určitá kritéria.¹⁰⁶

MySQL ale netěží jen z uživatelů, kteří platí za komerční licenci, ale i z uživatelů, kteří se rozhodli pro GPL. Nejenže je tak zajištěna dostatečně široká uživatelská základna pro urychlení testování a oprav chyb, ale díky efektu *vendor lock-in*¹⁰⁷ jsou pak tito uživatelé v případě potřeby ochotni raději zaplatit MySQL za komerční licenci než přejít ke konkurenci.¹⁰⁸ MySQL tak využívá výhody obou základních licenčních modelů – komunita kolem FOSS zajišťuje rychlost vývoje a zároveň stabilitu, proprietární licencování pak přináší kapitál, který lze využít pro další zlepšování produktu.

102 TAYLOR, Nicholas. Open Source Dual Licensing as a Business Model: How a Flexible IP Strategy Helped Create the World's Most Popular Open Source Database Company. *APIA Quarterly Journal*. Roč. 2009, č. 37, s. 321 – 345.

103 Někteří zákazníci platí za určité záruky a podporu poskytované renomovanou společností, např. RedHat nebo Novell.

104 GOMULKIEWICZ, Robert W. Entrepreneurial Open Source Software Hackers: MySQL and Its Dual Licensing. *Computer Law Review and Technology Journal*. Roč. 2009, č. 9, s. 203 – 212.

105 Dnes již vlastněná Oraclem

106 Commercial License for OEMs, ISVs and VARs [online]. MySQL. Změněno červenec 2010 [cit. 3. 1. 2012]. Dostupné z: <<http://www.mysql.com/about/legal/licensing/oem/>>

107 Do češtiny překládáno jako „proprietární uzamčení“ (*Proprietární uzamčení* [online]. Wikipedie, otevřená encyklopedie. Změněno 10. 2. 2012 [cit. 11. 3. 2012]. Dostupné z: <http://cs.wikipedia.org/wiki/Propriet%C3%A1rn%C3%AD_uzam%C4%8Den%C3%AD>) - termín vyjadřující ekonomickou náročnost přechodu k jinému dodavateli

108 TAYLOR, Nicholas. Open Source Dual Licensing as a Business Model: How a Flexible IP Strategy Helped Create the World's Most Popular Open Source Database Company. *APIA Quarterly Journal*. Roč. 2009, č. 37, s. 321 – 345.

98 BLANCO, Elena. Dual-licensing as a business model [online]. OSS Watch, open source software advisory service. Změněno 13. 3. 2012 [cit. 20. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.oss-watch.ac.uk/resources/duallicence2.xml>>

99 SHIMEL, Alan. NetCitadel's Unique Dual Licensing Model For Managing Firewall Rules [online]. Network World. Změněno 13. 5. 2011 [cit. 15. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.networkworld.com/community/blog/netcitadels-unique-dual-licensing-model-manag>>

100 App Store Review Guidelines [online]. Apple Developer. Změněno 2012 [cit. 1. 3. 2012]. Dostupné z: <<https://developer.apple.com/appstore/guidelines.html>>

101 Do češtiny lze uvedeně přeložit jako „model základny“, „model služeb“ a „model produktu“.

5 Působnost licencí

Vzhledem k tomu, že drtivá většina FOSS licencí vzniká v prostředí angloamerického právního systému, může se stát, že v právním řádu kontinentálního typu nebudou fungovat tak, jak byly svými tvůrci zamýšleny. V prvé řadě je zde problematika jednostrannosti či dvoustrannosti licence. Dle českého právního řádu „autor poskytuje nabyvateli oprávnění k výkonu práva dílo užít“ licenční smlouvou ve smyslu § 46 AutZ, tedy dvoustranným právním úkonem, pro nějž je třeba, aby byly splněny náležitosti vzniku smlouvy dle občanského zákoníku.

5.1 Podmínky vzniku licenční smlouvy dle občanského zákoníku a autorského zákona

Návrh na uzavření takovéto smlouvy musí být dle OZ dostatečně určitý, musí z něj vyplývat vůle navrhovatele, aby byl vázán v případě jeho přijetí, a musí být adresován jedné nebo více určitým osobám.¹⁰⁹ Tuto podmínku by licence FOSS nemohly splnit, neboť princip fungování FOSS je založen na tom, že jej může používat a upravovat každý, kdo splní licencí stanovené podmínky. Zároveň ale existuje již výše zmíněná¹¹⁰ výjimka pro licenční smlouvu v AutZ, která umožňuje, aby návrh byl učiněn vůči neurčitému okruhu osob a přijat „provedením určitého úkonu bez vyrozumění navrhovatele tím, že se podle ní zachová, zejména že poskytne nebo přijme plnění“¹¹¹. Vzhledem k tomu, že licence v drtivé většině případů obsahují jasně definovaná práva a povinnosti obou stran (s tím, že pokud něco chybí, použije se podpůrně autorské právo) a navrhovatelé evidentně zamýšlejí, aby byly právně závazné, můžeme je považovat za dostatečně určité návrhy smluv. Co se týká způsobu uzavření licenční smlouvy, jsou tedy licence platné. Jejich neplatnost však může způsobit přítomnost určitých ustanovení, která mohou v některých právních rádech kolidovat se zákonnými požadavky.

Formálně jsou licence platné i podle nového občanského zákoníku¹¹² (dále jen NOZ), který začne platit 1. 1. 2014. V části čtvrté (Relativní majetková práva), hlavě I (Všeobecná ustanovení o závazcích), díle 2 (Smlouva), oddíle 2 (Uzavření smlouvy) jsou popsány obecné náležitosti uzavření smlouvy, které nepřinášejí oproti současné právní úpravě žádné další požadavky, které by u licencí FOSS neměly být splněny. Naopak formulace § 1731 působí vágněji než současný § 43a odst. 1 (není natolik zdůrazněna důležitost určitosti nabídky), proto pravděpodobně bude jednodušší považovat nějaký úkon za návrh k uzavření smlouvy. § 1732 odst. 2 navíc explicitně umožňuje považovat za určitých podmínek za nabídku k uzavření smlouvy i reklamu, katalog nebo vystavení zboží. Samotná licenční smlouva je pak upravena v části čtvrté, hlavě II (Závazky z právních jednání), dílu 2 (Přenechání věci k užití jinému), oddílu 5 (Licence). V pododdíle 2 (Zvláštní ustanovení pro licenci k předmětům chráněným autorským zákonem) jsou poté opět stano-

veny výjimky pro uzavírání licenční smlouvy: možnost učinění projevu vůle neurčitému počtu subjektů¹¹³ a možnost vyjádření souhlasu s návrhem provedením určitého úkonu¹¹⁴. Navíc je druhou větou odst. 1 § 2373 přímo umožněno, aby byl obsah smlouvy určen „odkazem na licenční podmínky, jež jsou stranám známe nebo veřejně dostupné“¹¹⁵.

AutZ pro platnost licence ještě vyžaduje, aby byla v licenční smlouvě sjednána výše odměny nebo to, že se licence poskytuje bezúplatně.¹¹⁶ Většina licencí FOSS i tuto podmínku splňuje (MPL 2.0, Apache License 2.0, CDDL-1.0, MIT licence, EUPL v. 1.1), ovšem v licencích GNU GPL ani BSD bezúplatnost explicitně uvedena není. Petr Jansa ve své diplomové práci ovšem dovozuje, že by i tak měly být platné, neboť bezúplatnost je zřejmá z kontextu.¹¹⁷ S touto argumentací lze souhlasit, ovšem jistě by bylo pro právní jistotu stran těchto smluv praktické, kdyby explicitní zmínka o bezúplatnosti obsahovaly.

5.2 Soudní spory v USA

Ani v kolébce svého vzniku, Spojených státech amerických, není platnost licencí FOSS, zejména GNU GPL, jednoznačně přijímána. Většina lidí s její právní vynutitelností souhlasí, ovšem vzhledem k nedostatku precedentů vládne ještě určitá nejistota. Často se pak i stane, že je sice podán návrh k soudu, ovšem strany se poté dohodnou mimosoudně.

5.2.1 Progress Software Corp. vs. MySQL, r. 2001

Progress Software Corporation vyvíjela databázový SW, který přímo odkazoval na kód vytvořený MySQL licencovaný pod GPL, aniž by zveřejnila zdrojové kódy. MySQL sice podala žádost o předběžné opatření, ovšem před soudním řešením věci došlo k mimosoudní dohodě mezi stranami. Jak výsledná dohoda, tak i postup soudu, kdy nebyla v žádné fázi rozporována platnost a vynutitelnost GPL naznačují, že by dle amerického práva měla být účinná.¹¹⁸

5.2.2 Wallace vs. Free Software Foundation, r. 2005

Tento případ poprvé konfrontoval GPL s antimonopolními zákony. Nezávislý programátor zde žaloval FSF s tím, že se nezákonně dohodla s distributory, aby byly zmrazeny ceny počítačových programů. Dle soudu by ovšem uvedená dohoda byla vertikální a jako taková by pak nemohla sama porušit antimonopolní zákony. Navíc soud přímo uvedl, že „chápe samu GPL jako softwa-

109 § 43a odst. 1 OZ

110 Podkapitola 3.1

111 § 46 odst. 6 AutZ

112 Zákon č. 89/2012 Sb. ze dne 3. února 2012, občanský zákoník

113 § 2373 odst. 1 NOZ

114 § 2373 odst. 2 NOZ

115 § 2373 odst. 1 NOZ

116 § 49 odst. 1 a 2 AutZ

117 JANSÁ, Petr. *Právní aspekty implementace projektu „Creative Commons“ v České republice*. 2008. Diplomová práce. Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta. Vedoucí práce JUDr. Irena Holcová. Dostupné z: <http://www.creativecommons.cz/wp-content/uploads/dp_petr_jansa_komplet_xmp.pdf>

118 GATTO, James. Doubts Wane Over GPL Enforceability. *Managing Intellectual Property*. Roč. 2007, č. 166, s. 33 – 35.

rovou licenční dohodu, prostřednictvím níž může být operační systém GNU/Linux licencován a distribuován jednotlivým uživatelům...¹¹⁹ – alespoň u obvodního soudu pro Indianu je tedy GPL platná.

5.2.3 SCO vs. IBM

Skupina SCO, mimo jiné vyvíjející operační systém Unix, zažalovala již v r. 2003 společnost IBM s tím, že porušuje její autorské právo tím, že do operačního systému Linux měla údajně zakomponovat některé části Unixu (a zároveň uplatnila větší množství dalších souvisejících nároků).¹²⁰ V následujících letech pak podala žaloby i na některé další vývojáře a velké uživatele Linuxu, po kterých požadovala licenční poplatky.¹²¹ K soudnímu řízení mezi SCO a IBM se vyjádřila společnost Novell s tím, že SCO není držitelem autorských práv k Unixu, že tím je (dle smlouvy s právní předchůdkyní SCO) právě Novell. Řízení ve věci IBM bylo proto zastaveno do doby, než bude rozhodnuto o tom, zda je SCO vůbec ve věci aktivně legitimována. V řízení proti Novellu federální soud pro oblast Utah vydal v r. 2011 rozsudek v neprospěch SCO¹²², Novell se již po vydání prvoinstančního rozhodnutí¹²³ vyjádřil ve smyslu, že je přesvědčen o tom, že Linux neobsahuje části Unixu a rozhodně nemá zájem na pokračování ve sporu s IBM na pozici žalobce¹²⁴. Proto v řízení s IBM vzala SCO zpět většinu požadovaných nároků, ovšem zůstaly i nadále nároky vyplývající ze skutečnosti, že (údajně kvůli Linuxu) klesla hodnota Unixu prodávaného SCO.¹²⁵ Problémem tohoto případu není pouze velký počet různých souvisejících řízení, ale i fakt, že v r. 2007 vyhlásila skupina SCO bankrot a téměř všechna řízení jsou tak ze zákona zastavena.¹²⁶ V současnosti není ještě znám výsledek celé věci, ovšem je relativně podobná předchozímu případu, Wallace vs. FSF – taktéž nejde přímo o platnost licencí FOSS jako takových, ale celá komunita je ohrožena nároky jiné osoby, proto má i tento případ pro další vývoj FOSS zásadní význam.

119 „The court's understanding from the GPL itself is that it is a software licensing agreement through which the GNU/Linux operating system may be licensed and distributed to individual users...“, Entry Granting Reasserted Motion to Dismiss. United States District Court, Southern District of Indiana, Indianapolis Division. 20. 3. 2006. 1: 05-cv-0618-JDT-TAB, judge John Daniel Tinder

120 *Complaint: 030905/99* [online]. Groklaw.net. Změněno 6. 3. 2003 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <http://www.groklaw.net/pdf/IBM-835-Exhibit_1.pdf>

121 SHANKLAND, Stephen. *SCO suits target two big Linux users* [online]. CBS Interactive. CNET News. Změněno 3. 3. 2004 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://news.cnet.com/2100-1014-5168921.html>>

122 *Final Judgement*. The United States Court for the District of Utah, Central Division. 10. 7. 2010. 2: 04-CV-139 TS, judge Ted Stewart

123 *Memorandum Decision And Order*. The United States District Court for the District of Utah, Central Division. 10. 8. 2007. 2: 04CV139DAK, judge Dale A. Kimball

124 MONTALBANO, Elizabeth. *Novell Won't Pursue Unix Copyrights* [online]. PCWorld. Změněno 15. 8. 2007 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <http://www.pcworld.com/article/135959/novell_wont_pursue_unix_copyrights.html>

125 JONES, Pamela. *Believe It Or Not: SCO Moves to Partly Reopen SCO v. IBM* [online]. Groklaw.net. Změněno 4. 11. 2011 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.groklaw.net/article.php?story=20111104202226210>>

126 JONES, Pamela. *SCO Litigation - From Soup to Nuts* [online]. Groklaw.net. Změněno 2. 1. 2011 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.groklaw.net/staticpages/index.php?page=20080803065719599>>

5.3 Soudní spory v SRN

Německo je stejně jako Česká republika zemí kontinentálního právního systému, takže z fungování FOSS licencí před německými soudy můžeme alespoň částečně odhadnout, jak by se v podobné situaci zachovaly soudy naše. V minulosti proběhlo už několik soudních sporů, které se týkaly otázky platnosti a vynutitelnosti GNU GPL (v. 2).

5.3.1 Welte vs. Sitecom, r. 2004

Německý programátor Harald Welte, který mimo jiné pracoval na vývoji Linuxu, si všimnul, že některé společnosti využívají software licencovaný pod GPL, ale nedodržují pravidla, které tato licence stanovuje. Pokusy o upozorňování a mimosoudní řešení často nikam nevedly, a proto se rozhodl uplatňovat práva vyplývající z licence soudní cestou. Prvním případem, který soudy řešily, bylo porušení GPL společností Sitecom Europe B. V. Ta prodávala bezdrátové routery, v jejichž obslužném softwaru byl použit SW licencovaný pod GPL v. 2. Společnost Sitecom ovšem svým zákazníkům nezpřístupnila zdrojový kód, ani je neinformovala, že je daný SW takto licencován. Pan Welte byl jako spoluautor předmětného SW aktivně legitimován k podání žaloby dle § 8 odst. 2 německého autorského zákona.

Dle právního názoru soudu tvoří text GPL standardní obchodní podmínky ve smyslu § 305 odst. 1 německého občanského zákoníku (dále BGB). Co se týká uzavření samotného kontraktu, v současnosti je běžné stahování programů z internetu a jejich instalace bez toho, aby bylo nutné cokoli fyzicky podepisovat. Žalovaný navíc uzavření smlouvy vůbec nerozporoval. Soud neměl žádný problém ani s tím, že text GPL je závazný pouze v anglickém znění a překlady do němčiny (stejně jako do ostatních jazyků) jsou pouze neoficiální, protože je angličtina vedoucím pracovním jazykem počítačového průmyslu a žalovaný je společnost v tomto odvětví podnikající.¹²⁷

Následně soud zkoumal, jestli ustanovení GPL, která byla (jak uvedeno výše) správně začleněna do smlouvy, jsou v souladu s německým právem (zároveň také komunitárním, neboť příslušná ustanovení BGB implementují směrnici Rady č. 93/13/EEC o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách). Zde soud dospěl k závěru, že čl. 4 GPL není v rozporu s § 307, neboť druhou smluvní stranu nepřiměřeně neomezuje, protože uživatelská práva dle německého autorského zákona mohou být udělena i podmíněně a GPL tedy v této věci zákon neobchází. Dále soud dovodil, že sankce za nedodržení podmínek licence v podobě ztráty práv k užívání díla není nepřiměřeně závažná, zvláště s přihlédnutím k principu, že uživatelům, kteří SW

127 „Auch wenn die deutsche Übersetzung nicht offiziell sein mag, bestehen angesichts des Umstandes, das English in der Computerindustrie die gängige Fachsprache ist, keinerlei Bedenken, weil die offiziellen Bedingungen nur in englischer Sprache vorliegen. Dies gilt zumindest, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen den Urhebern und einer gewerblichen Softwarefirma in Rede steht.“, rozsudek zemského soudu v Mnichově ze dne 19. 5. 2004, sp. zn. 21 O 6123/04

získali od porušitele, licence nadále zůstává v platnosti, dokud ji dodržují.

Co se týká platnosti článků 2 a 3 licence dle čl. 307 BGB, soud jednoznačně uvedl, že na nich nelze nic vytknout, neboť pouze vyžadují od uživatele, aby dalším uživatelům zpřístupnil SW způsobem, z něhož mohl sám těžit. Na závěr pak soud připomněl, že kdyby býval dospěl k závěru, že GPL není platná pro rozpor s § 307 BGB, nebyl by žádný titul, na základě jakého by žalovaný vůbec mohl dané dílo využít a taktéž by se jednalo o porušení autorského práva, neboť by bylo nutné použít obecná pravidla autorského zákona.¹²⁸

5.3.2 Welte vs. D-Link, r. 2006

Společnost D-Link Deutschland GmbH prodávala datová uložiska. Pan Welte pojal podezření, že v obsluhu SW zařízení je založen na programech licencovaných pod GPL. Proto si koupil jeden kus uvedeného uložiska a pokusil se z něj získat firmware, aby mohl svou domněnku ověřit. Po zjištění, že daný SW obsahuje téměř jistě zdrojový kód 3 programů licencovaných GPL, vyzval jeho právní zástupce D-Link dopisem, aby přestali s porušováním práva. Společnost D-Link pak tak sice učinila (přestala dále distribuovat předmětná zařízení a zveřejnila zdrojový kód) ovšem odmítla uhradit náklady nutné k zakoupení a otestování jejich výrobku a náklady právního zastoupení s tím, že požadavkům druhé strany vyhověli pouze z dobré vůle a i přes dřívější soudní rozhodnutí nepovažují GPL za právně závaznou. Příklad se poté dostal až k soudu, který opět dovodil, že GPL je dle německého práva platná a vynutitelná a přisoudil žalobci náhradu většiny požadovaných nákladů.¹²⁹

5.3.3 AVM vs. Cybits, r. 2011

AVM Computersysteme Vertriebs GmbH je výrobcem a distributorem routerů, na kterých je použit firmware založený na linuxovém jádře, licencovaný GPL. Cybits AG vytváří software na filtrování webu pro děti. AVM žalovala Cybits z důvodu, že měnil firmware nainstalovaný na jimi produkováném hardwaru. Soud drtivou většinu nároků AVM odmítl s tím, že GPL zaručuje uživatelům svobodu SW měnit.¹³⁰

5.4 Možné důsledky v ČR

Jak vyplývá z uvedených soudních případů, v USA a Německu je GNU GPL v. 2 považována za platnou, minimálně ve vztahu mezi vývojářem a podnikatelem, který vytváří odvozená díla. Nikde ovšem nebyl zatím řešen případ, ve kterém by naopak šlo o nárok uživatele proti vývojáři, který by GPL vylučovala. Tuto problematiku se proto pokusím alespoň teoreticky přiblížit v následující kapitole.

¹²⁸ Tamtéž.

¹²⁹ Rozsudek zemského soudu ve Frankfurtu nad Mohanem ze dne 6. 9. 2006, sp. zn. 2-6 O 224/06

¹³⁰ Rozsudek odvolacího soudu v Berlíně ze dne 6. 9. 2010, sp. zn. 24 U 71/10

6 Vyloučení odpovědnosti

Drtivá většina softwarových licencí, a to jak z oblasti FOSS, tak i proprietárního SW, obsahuje nějakou formu vyloučení záruky a odpovědnosti za vady a vyloučení nebo alespoň omezení odpovědnosti tvůrce za možnou škodu, kterou SW může způsobit. Cílem této kapitoly je zjistit, zda jsou takováto ustanovení v našem právním systému vůbec platná a jestli naopak nemohou způsobit neplatnost celé licence.

6.1 Obecná odpovědnost za škodu a za vady

V soukromém právu je nutno rozlišovat 2 základní druhy odpovědnosti, které mohou v souvislosti s licencováním SW vzniknout: odpovědnost za škodu a odpovědnost za vady. Zatímco odpovědnost za škodu může být jak závazková (z kontraktu), tak i mimozávazková (z deliktu)¹³¹, odpovědnost za vady vyplývá vždy jen ze smlouvy. Rozdílem mezi závazkovou odpovědností za škodu a odpovědností za vady je skutečnost, v čem vlastně způsobená újma spočívá – pokud jde o vady samotného plnění, které je předmětem smlouvy, jde o odpovědnost za vady, zatímco v případě, kdy dojde v důsledku vadného plnění k poškození jiné věci či vzniku jiné škody, je na místě uplatňovat odpovědnost za škodu.¹³² Jako další možný nárok z porušení smlouvy si mohou strany dohodnout smluvní pokutu, která (není-li ujednáno jinak), ve svém rozsahu konzumuje nárok na náhradu škody.¹³³

6.1.1 Režim občanského zákoníku

Úprava odpovědnosti za škodu je v OZ obsažena v ustanoveních §§ 415 – 450. Jejím základem je obecná preventivní povinnost, která stanoví, že „Každý je povinen počínat si tak, aby nedocházelo ke škodám na zdraví, na majetku, na přírodě a životním prostředí.“¹³⁴ Pokud tedy kdokoli tuto svou povinnost poruší, jedná protiprávně a může být¹³⁵ za případnou vzniklou škodu odpovědný. Obecnou preventivní povinnost ovšem nelze vykládat příliš extenzivně. Komentář k OZ uvádí, že má jít o „běžnou míru opatrnosti, nikoliv o bezbřehou povinnost předvídat a předjet veškerým možným škodám v budoucnu.“¹³⁶ Tuto povinnost ovšem nemá pouze potenciální škůdce, ale také potenciální poškozený. V OZ je pak přímo definovaná povinnost toho, komu hrozí škoda, proti ní přiměřeným způsobem zakročit¹³⁷, neboť porušení této povinnosti je taktéž protiprávním jednáním a může vést k tomu, že část nebo celou

¹³¹ ŠVESTKA, Jiří, SPÁČIL, Jiří, ŠKÁROVÁ, Marta, HULMÁK, Milan. *Občanský zákoník I: Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009. s. 1198.

¹³² Tamtéž, s. 1200.

¹³³ Tamtéž, s. 1201.

¹³⁴ § 415 OZ

¹³⁵ Pokud jsou splněny i další podmínky odpovědnosti, tedy vznik škody, zavinění a kauzální nexus.

¹³⁶ ŠVESTKA, Jiří, SPÁČIL, Jiří, ŠKÁROVÁ, Marta, HULMÁK, Milan. *Občanský zákoník I: Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009. s. 1187

¹³⁷ § 417 odst. 1 OZ

škodu ponese sám poškozený.¹³⁸ U poškozeného rovněž nehraje roli, zda si škodu (či její část) způsobil zaviněně či nikoliv – v tomto rozsahu za ni pak případný škůdce neodpovídá.¹³⁹ Obdobně škůdce za škodu neodpovídá v rozsahu, ve kterém byla tato způsobena náhodou – náhoda působí vždy k tíži poškozeného.¹⁴⁰

Předpoklady odpovědnosti za škodu jsou následující: porušení právní povinnosti (ať už vyplývající ze závazného předpisu, ze smlouvy nebo z porušení preventivní povinnosti), samotný vznik škody (a to jak skutečné škody, tak ušlého zisku), příčinná souvislost mezi porušením povinnosti a vznikem škody (kauzální nexus) a zavinění (ne v případě objektivní odpovědnosti).¹⁴¹ Komentář k občanskému zákoníku dále uvádí, že zavinění je „*chápáno jako psychologický vztah škůdce jak k vlastnímu protiprávnímu jednání, tak ke škodě, která je výsledkem tohoto protiprávního jednání*“.¹⁴² Pro obecnou odpovědnost za škodu stačí zavinění na úrovni nevědomé nedbalosti, v určitých speciálních případech je třeba alespoň nepřímý úmysl (např. pro odpovědnost za úmyslné jednání proti dobrým mravům dle § 424 OZ).

Odpovědnost za vady vzniká tehdy, nesplní-li dlužník řádně svůj závazek z úplatné smlouvy.¹⁴³ Jde o odpovědnost objektivní, není tedy třeba prokazovat zavinění.¹⁴⁴ Porušení této povinnosti však nenastane, pokud dlužník plnil řádně a škoda pak vznikla buďto přímo zásahem nabyvatele, nebo po přechodu nebezpečí škody na něj.¹⁴⁵ Věci ve smyslu § 499 OZ pak může být jakákoli hmotná věc nebo ovladatelná přírodní síla.¹⁴⁶ „Vadnost“ věci dle § 499 OZ může spočívat v následujících problémech: věc neodpovídá smluvnímu ujednání stran, věc nemá obvyklé náležitosti nebo se nehodí k účelu dle smlouvy, či případně má právní vady. Za zjevné vady zcizitel neodpovídá, pokud nabyvatele výslovně neujistil, že věc je „*bez jakýchkoli vad*“.¹⁴⁷ Zjevnou vadou se v tomto smyslu rozumí vada zjištěitelná běžným nabyvatelem při běžné prohlídce¹⁴⁸ – zákon zde i po nabyvateli vyžaduje určitou pozornost. V režimu občanského zákoníku nemůže být dle komentáře odpovědnost za škodu účastníky dohodou ani vyloučena, ani omezena.¹⁴⁹ Co se týká přenechání věci „*jak stojí a leží*“ dle ust. § 501 OZ, dle judikatury¹⁵⁰ může být použito pouze pro věc hromadnou (např. Rozhodnutí nejvyš-

šího soudu ze dne 5. 3. 2009, sp. zn. 32 Cdo 5430/2007). Tato formulace bývá používána při překladu anglického termínu „as is“, který se velmi často používá v softwarových licencích, ovšem vzhledem k tomu, že SW není věcí hromadnou, z pohledu českých soudů je takovéto ustanovení neplatné.

Kromě odpovědnosti za vady spočívající v plnění nikoli řádném ještě zákon umožňuje využití záruky. V takovémto případě je zcizitel odpovědný nejen za vady, které existovaly v době plnění, ale i za vady, které se objeví v určité době po předání (záruční lhůta). Zákon předpokládá 3 možnosti vzniku záruky: její stanovení v obecně závazném předpisu, dohoda stran a jednostranné prohlášení zcizitele.

Aby odpovědnost za vady věci vůbec vznikla, musí být vady vyčteny zciziteli, a to v prekluzivní lhůtě 6 měsíců (v případě záruky do konce záruční doby). Nestačí zde uvést, že věc má nějaké vady, musí být přímo uveden druh vady či případně její projevované důsledky. Na uplatnění nároku z odpovědnosti za vady u soudu počíná běžet promlčecí doba právě okamžikem vytknutí vad zciziteli.¹⁵¹ Uplatnění nároku z odpovědnosti za vady samozřejmě nevylučuje odpovědnost zcizitele za případnou škodu, která vznikla jako důsledek jeho vadného plnění. Odpovědnost za škodu je pak možno uplatnit i tehdy, pokud nebyla včas zciziteli vada vyčtena, ovšem ještě neuběhla promlčecí doba uplatnění odpovědnosti za škodu dle § 106 OZ.¹⁵²

U některých smluvních typů a v několika zvláštních zákonech je pak upravena odpovědnost konkrétní, vůči níž se výše uvedená ustanovení OZ použijí subsidiárně. Typicky je tomu tak např. u kupní smlouvy, kde je prodávající povinen kupujícího upozornit na vady věci, o kterých ví. Pokud vyjde najevo vada, na kterou prodávající neupozornil, má kupující právo na přiměřenou slevu z kupní ceny či (v případě, kdy vada činí věc neupotřebitelnou) odstoupení od smlouvy. §§ 612 – 627 OZ pak speciálně upravují prodej zboží v obchodě, budou tak použitelné např. na proprietární *off-the-shelf* SW, ale nikoli na SW distribuovaný pomocí internetu. V § 620 OZ je pro spotřební zboží prodávané v obchodě stanovena obecná záruční doba v délce 24 měsíců. Darovací smlouva nepředstavuje převod úplatný, proto na vztahy z ní nelze použít § 499 a následující, ovšem neznamená to, že by vady darované věci nebyly v zákoně nijak upraveny. Dle § 629 je dárce povinen upozornit obdarovaného na vady, o nichž ví. Má-li věc vady, na které nebyl dárce upozorněn, může ji pak vrátit.

Další důležitou částí občanského zákoníku jsou § 51a a následující OZ, které upravují režim spotřebitelských smluv. Tato část OZ především zapracovává do českého právního řádu některé směrnice EU (např. 85/577/EHS ze dne 20. 12. 1985 o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených mimo obchodní prostory, 93/13/EHS ze dne 5. 4. 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, 97/77/ES ze dne 20. 5. 1997 o ochraně spotřebitele v případě

138 § 441 OZ

139 ŠVESTKA, Jiří, SPÁČIL, Jiří, ŠKÁROVÁ, Marta, HULMÁK, Milan. *Občanský zákoník I: Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009. s. 1277.

140 Tamtéž, s. 1208.

141 Tamtéž, s. 1198.

142 Tamtéž, s. 1207.

143 § 499 OZ

144 ŠVESTKA, Jiří, SPÁČIL, Jiří, ŠKÁROVÁ, Marta, HULMÁK, Milan. *Občanský zákoník II: Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009. s. 1511

145 Tamtéž, s. 1514

146 Tamtéž, s. 1513

147 § 500 odst. 1 OZ

148 ŠVESTKA, Jiří, SPÁČIL, Jiří, ŠKÁROVÁ, Marta, HULMÁK, Milan. *Občanský zákoník II: Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009. s. 1515

149 Tamtéž, s. 1514

150 Ani samotný zákonný text, ani jiné závazné pravidlo tomuto závěru neodpovídá, ovšem ustálená soudní praxe je neustále aplikuje. V NOZ pak je příslušná zákonná norma (§ 1918) doplněna o upřesnění „úhrnkem“, takže se uvedené pravidlo dostane do samotného textu zákona.

151 ŠVESTKA, Jiří, SPÁČIL, Jiří, ŠKÁROVÁ, Marta, HULMÁK, Milan. *Občanský zákoník II: Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009. s. 1520

152 Tamtéž, s. 1526

smluv uzavřených na dálku). Spotřebitelskými smlouvami se zde myslí smlouvy, jejichž stranami jsou spotřebitel (tedy fyzická osoba, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti) a dodavatel (osoba, které jedná v rámci své podnikatelské činnosti).¹⁵³ Tato ustanovení obsahují kromě pravidel některých konkrétních druhů smluv i obecná ustanovení o spotřebitelských smlouvách, především kogentnost ustanovení na ochranu spotřebitele (§ 55) a popis ujednání, která spotřebitelské smlouvy nesmějí obsahovat, včetně demonstrativního výčtu (§ 56). Mezi těmito smluvními ujednáními jsou mimo jiné vyloučení odpovědnosti dodavatele při způsobení smrti či újmy na zdraví spotřebitele¹⁵⁴ nebo vyloučení či omezení práva spotřebitele při uplatnění odpovědnosti za vady či za škodu¹⁵⁵.

6.1.2 Režim obchodního zákoníku

Obchodní zákoník se použije především na vztahy mezi podnikateli, které se týkají jejich podnikatelské činnosti. Odpovědnost za škodu je v něm obsažena v §§ 373 – 386. Na rozdíl od obecné úpravy v OZ, přistupuje ObchZ k odpovědnosti za škodu jako k odpovědnosti objektivní. Není proti ní tedy možné vyvinění, ale pouze zproštění se jí v případě některého z liberačních důvodů.¹⁵⁶ Z ustanovení § 373 ObchZ se sice zdá, jako by šlo pouze o odpovědnost závazkovou, odkaz v § 757 ObchZ ale stanoví, že i pro porušení jiných povinností dle tohoto zákona se §§ 373 a následující použijí obdobně. Odpovědnost za škodu tedy i v obchodním právu může vznikat jak ze smlouvy, tak mimosmluvně.

Bezpochyby největším rozdílem mezi odpovědností za vady a za škodu v občanském a obchodním právu je od 1. 1. 2012 možnost smluvně omezit nebo úplně vyloučit právo na náhradu škody ve vztazích regulovaných obchodním zákoníkem, pokud nejde o škodu způsobenou úmyslně.¹⁵⁷ Zákonnodárce touto úpravou ObchZ reagoval na reálné potřeby občanů, neboť předchozí text daného paragrafu¹⁵⁸ limitaci náhrady škody zakazoval, což v praxi působilo problémy především při jednání se zahraničními smluvními partnery, kteří limitaci náhrady škody běžně ve smlouvách používají.¹⁵⁹ Ustanovení o limitaci byla tedy v mnoha smlouvách používána i dříve, ovšem docházelo k velmi nejistým výsledkům v případě sporu, zvláště patrné pak byly např. rozdíly mezi rozhodčím řízením (kde bývala limitace často uznávána jako legitimní smluvní ujednání) a soudním řízením (např. rozhodnutí Nejvyš-

šího soudu České republiky ve věci 32 Odo 1651/2005 ze dne 27. 3. 2008). Právní úprava se tedy v této oblasti vrátila k zásadě autonomie vůle, která ovšem ani tak není nekonečná – odchýlení od zákona se stále musí pohybovat v mezích stanovených mimo jiné dobrými mravy a zásadami poctivého obchodního styku.¹⁶⁰

Naproti tomu OZ stále ještě obsahuje § 574 odst. 2, který kogentně zakazuje dohody, jimiž se někdo vzdává práv, která mu mohou v budoucnosti vzniknout, ale ještě se tak nestalo. Vzhledem k tomu, že v občanském právu (na rozdíl od obchodního, kde se obecně počítá se stranami jako profesionály a jejich vzájemnou rovností) mnohem častěji dochází k uzavírání smluv mezi různě postavenými subjekty, kde se reálná převaha jedné strany může promítnout i do nespravedlivých ustanovení v rámci vzájemného smluvního vztahu, zákonodárce zde pro účely ochrany slabší smluvní strany § 574 odst. 2 ponechal. Zajímavé je zde rovněž srovnání s novým občanským zákoníkem, který od 1. 1. 2014 nahradí nejen současný OZ, ale i ObchZ. Tam je k této problematice v § 2898 stanoveno následující: „*Nepřiblíží se k ujednání, které předem vylučuje nebo omezuje povinnost k náhradě újmy způsobené člověku na jeho přirozených právech, anebo způsobené úmyslně nebo z hrubé nedbalosti; nepřiblíží se ani k ujednání, které předem vylučuje nebo omezuje právo slabší strany na náhradu jakékoli újmy. V těchto případech se práva na náhradu nelze ani platně vzdát.*“ NOZ tedy opět mírně omezí možnosti limitace náhrady škody mezi podnikateli¹⁶¹, ovšem umožní limitaci i ve vztazích, které jsou v současnosti regulovány OZ.

Na rozdíl od úpravy kupní smlouvy v OZ, kupní smlouva v ObchZ explicitně předpokládá úplatný převod věci movité (zboží). Prodávající má povinnost dodat zboží v množství, jakosti a provedení určeném ve smlouvě, a pokud smlouva uvedené nestanoví, tak v jakosti a provedení potřebném pro účel stanovený ve smlouvě či případně účel obvyklý.¹⁶² Pokud prodávající tyto své povinnosti nesplní, zboží má vady, za které prodávající odpovídá, i když se projeví až po přechodu nebezpečí škody na zboží na kupujícího.¹⁶³ Kupující je nároky z vad zboží povinen uplatnit bez zbytečného odkladu, nejdéle však do dvou let od dodání zboží.¹⁶⁴ I dle ObchZ si strany mohou sjednat záruku za jakost, a to dle §§ 429 a následujících.

6.2 Charakter softwaru - zboží nebo služba?

Vzhledem k tomu, že nejen v českém právu, ale i v právních řádech jiných států a komunitárním evropském právu bývá často velmi podrobně zakotvena odpo-

153 § 52 OZ

154 § 56 odst. 3 písm. a OZ

155 § 56 odst. 3 písm. b OZ

156 KOBLIHA, Ivan, KALFUS, Jan, KROFTA, Jiří, KOVAŘÍK, Zdeněk, KOZEL, Roman, POKORNÁ, Jarmila, SVOBODOVÁ, Yvona. *Obchodní zákoník: Úplný text zákona s komentářem*. Praha: Linde Praha, a. s., 2006. s. 1056.

157 § 386 ObchZ

158 „*Nároku na náhradu škody se nelze vzdát před porušením povinnosti, z něhož může škoda vzniknout.*“, § 386 zákona č. 513/1991, obchodního zákoníku, ve znění účinném do 31. 12. 2011

159 SPIRYTOVÁ, Jiřina, HRAZDIRA, Jan. *Opět k možnosti smluvní limitace náhrady škody v českém obchodním právu* [online]. eLaw.cz. Změněno 12. 11. 2009 [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.elaw.cz/cs/obchodni-pravo/138-opt-k-monosti-smluvni-limitace-nahrady-kody-v-eskem-obchodnim-pravu.html>>

160 HROZA, Jaroslav, PODDANÁ, Jana. *Smluvní limitace náhrady škody dle platného práva a s ohledem na připravovanou novelu obchodního zákoníku* [online]. epravo.cz. Změněno 25. 7. 2008 [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.epravo.cz/top/clanky/smluvni-limitace-nahrady-skody-dle-platneho-prava-a-s-ohledem-na-pripravovanou-novelu-obchodniho-zakoniku-55010.html>>

161 V současnosti je možné vzdát se v režimu ObchZ náhrady škody i v případě hrubé nedbalosti.

162 § 420 ObchZ

163 § 425 ObchZ

164 § 428 ObchZ

vědnost za vady zboží¹⁶⁵, mnozí autoři dovozují, že vzhledem k ekonomickému účelu SW by měl taktéž být považován za zboží, ačkoli rozhodně nejde o movitou věc, což obdobné předpisy často explicitně vyžadují. SW bývá nejčastěji považován za zboží (tedy spíše součást zboží) tehdy, je-li dodáván přímo nainstalován na nějakém hardwaru.¹⁶⁶ Větší problém však může nastat, pokud jde o software prodáváný samostatně, např. na CD nebo DVD.¹⁶⁷ Zákazník si v tomto případě sice kupuje krabici s nějakou hmotnou věcí uvnitř, ovšem nepochybně je pro něj důležitější právě nehmotná hodnota na hmotném médiu zachycená. Zákazník si zde ale nekupuje vlastnické právo k samotnému softwaru, ale pouze platí za licenci k jeho užívání. Tato problematika (aplikovatelnost ustanovení o koupi na úplatné licencování) již byla řešena u amerických soudů, ovšem s různými výsledky.¹⁶⁸ Existuje ale i další způsob distribuce SW, který je zároveň nejčastějším způsobem, jak se v současnosti distribuuje FOSS, tedy šíření prostřednictvím internetu. Na takové případy již pravděpodobně nebude možné ustanovení týkající se zboží použít vůbec, neboť neexistuje žádné pevné médium, které bychom se softwarem získali.¹⁶⁹

Ač to může vypadat nesmyslně, v praxi se tedy můžeme setkat se třemi různými přístupy k charakteru softwaru, ať už jako součást nějakého jiného zboží, zboží samo osebě díky spojení s pevným médiem nebo nehmotnou hodnotu, která zbožím být nemůže. To může mít důsledky v aplikaci rozdílných právních předpisů třeba i na jeden a tentýž software, pokud některým uživatelům je distribuován např. jako součást určitého zařízení, jiným na CD a další si jej stáhli z internetu.¹⁷⁰ Taková situace je zřejmě neudržitelná a pro právní jistotu všech účastníků by bylo vhodné, kdyby byla nějak vyřešena, ať už ve prospěch zařazení SW mezi zboží či proti tomuto řešení.

6.3 Odpovědnost za vady softwaru a způsobenou škodu

Jak už bylo řečeno výše, odpovědnost za vady dle OZ i ObchZ se uplatní pouze na hmotné věci a ovladatelné přírodní síly, nelze ji tedy ze zákona aplikovat i na SW, který není věcí, ale jinou majetkovou hodnotou ve smyslu § 118 OZ.¹⁷¹ Teoreticky by bylo možné daná ustanovení

použít prostřednictvím odkazu v § 560 ObchZ v případech, kdy by byla mezi vývojářem a zákazníkem uzavřena smlouva o dílo na vytvoření *bespoke SW*.¹⁷² Pro software jako dílo chráněné autorským právem jsou pak zásadní ustanovení AutZ, především ta o licenční smlouvě. Ani v §§ 46 – 57, ani jinde v AutZ se ovšem nesetkáme s pravidly ohledně vad autorských děl – již z povahy věci je tento problém spíše okrajový, neboť názor na autorské dílo si lidé tvoří subjektivně a v drtivé většině případů nelze obecně říci ani to, jestli např. obraz nebo báseň má nějaké vady, natož se pak zabývat odpovědností za způsobenou škodu apod.¹⁷³ Zde se ovšem znovu setkáváme s odlišností SW od ostatních autorských děl: U SW je bohužel naopak běžné, že vady má.¹⁷⁴

Vzhledem k ekonomickému účelu pořízení licence SW se pak nabízí otázka, jestli by nebylo možné aplikovat příslušná ustanovení OZ a (mezi podnikateli) ObchZ analogicky. Komentář k AutZ uvádí, že autorské právo patří k právu soukromému¹⁷⁵, což hovoří ve prospěch aplikace obecných zákonů. To potvrdil i Nejvyšší soud v Usnesení ze dne 23. 3. 2004, sp. zn. 29 Odo 1020/2003, kde dovedl použitelnost ustanovení ObchZ o odstoupení od smlouvy i v případě, že plnění je „*předmětem ochrany podle autorského zákona*“. Obecná ustanovení OZ a ObchZ budou tedy subsidiárně použitelná i na vztahy vyplývající z licenčních smluv. Vzhledem k tomu, že ale odpovědnost za vady je v obchodním zákoníku součástí úpravy jednotlivých smluvních typů, autoři Knebl a Šurmanová rozebírají ve svém článku následující způsoby, o kterých lze uvažovat pro řešení této situace:

- i. „*použití pouze obecných ustanovení obchodního zákoníku*;
- ii. *analogické použití smluvního typu dle obchodního zákoníku*;
- iii. *použití obecných ustanovení dle občanského zákoníku o odpovědnosti za vady*;
- iv. *analogické použití smluvního typu dle občanského zákoníku*;

ware [online]. Právní rádce. Změněno 22. 9. 2010 [cit. 24. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://pravnicadce.ihned.cz/c1-46529960-odpovednost-za-vady-sw>>

172 To by mělo být možné díky formulaci § 536 ObchZ, který stanoví, že smlouva o dílo může být uzavřena za účelem vytvoření „*hmotně zachyceného výsledku jiné činnosti*“. Většina ustanovení týkajících se smlouvy o dílo však implicitně počítá s hmotou věci a proto si strany musí v takovém případě vzájemně závazky co nejpřesněji stanovit ve smlouvě.

173 Někdy ovšem mohou nastat takové situace, mimo jiné v případě chybného překladu. (SÝKOROVÁ, Petra. *Miliony ztracené v cizím jazyku: ODPOVĚDNOST ZA CHYBNÝ PŘEKLAD* [online]. Profit.cz. Změněno 25. 8. 2008 [cit. 24. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://profit.tyden.cz/clanek/miliony-ztracene-v-cizim-jazyku/>>)

174 Dokonce natolik běžné, že v programátorských kruzích již zlidovělo následující pravidlo: „*Every non-trivial program contains at least one bug. Every non-trivial program can be simplified by at least one line of code. The conclusion of the last two laws: Every non trivial program can be simplified to one line of code, and it will contain a bug.*“ (Murphy's computers laws [online]. Murphy's laws site. [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.murphys-laws.com/murphy/murphy-computer.html>>), český překlad: „*Každý program obsahuje jeden chybný řádek. Každý program jde zkrátit o jeden řádek. Z toho plyne, že každý program jde zkrátit na jeden řádek, který je chybný.*“ (BOROVCOVÁ, Anna. *Murphyho zákony. Proč jsou pravdivé?* [online]. Testování softwaru. Změněno 6. 9. 2009 [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.testovanisoftwaru.blogspot.com/2009/09/murphyho-zakony-proc-jsou-pravdivy.html>>)

175 TELEČ, Ivo, TŮMA, Pavel. *Autorský zákon. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 4

165 Např. zákon č. 59/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou vadou, ve znění pozdějších předpisů; směrnice Rady č. 85/374/EHS ze dne 25. července 1985, o sblížení právních a správních předpisů členských států týkajících se odpovědnosti za vadné výrobky

166 LEVY, L. B., BELL, S. Y. Software product liability: understanding and minimizing the risks. *High Technology Law Journal*. Roč. 1989, č. 5, s. 1 – 27.

167 FEILER, Lukas. Information Security Law in the EU and the U. S. - A Risk-Based Assessment of Regulatory Policies. *TTLF Working Papers*. Transatlantic Technology Law Forum. Roč. 2011, č. 9, s. 341.

168 KUWAHARA, Emily. Torts v. Contracts: Can Microsoft Be Held Liable to Home Consumers for Its Security Flaws. *Southern California Law Review*. Roč. 2006, č. 80, s. 997 – 1035.

169 FEILER, Lukas. Information Security Law in the EU and the U. S. - A Risk-Based Assessment of Regulatory Policies. *TTLF Working Papers*. Transatlantic Technology Law Forum. Roč. 2011, č. 9, s. 341.

170 Všemi těmito způsoby může zákazník (samozřejmě legálně) získat např. aktuální verzi operačního systému Windows.

171 KNEBL, Ondřej, ŠURMANOVÁ, Michaela. *Odpovědnost za vady soft-*

v. *aplikaci obchodních zvyklostí nebo zásad, příp. o neexistenci odpovědnosti poskytovatele software za vady*.¹⁷⁶

Možnost použití obecných ustanovení obchodního zákoníku vyplývá už z výše uvedeného judikátu Nejvyššího soudu. Vzhledem k § 1 odst. 2 ObchZ lze pak použít i obecná ustanovení občanského zákoníku. Dle jeho § 491 odst. 2 lze pak na závazky z inominátních smluv použít ustanovení upravující vztahy jim nejbližší. Lze tedy případně použít jak smluvní typy obsažené v občanském, tak v obchodním zákoníku.¹⁷⁷

Text výše uvedeného článku se zabývá především odpovědností dodavatele za vady *bespoke SW*. Výklad v něm obsažený je ovšem možné použít i pro případ FOSS, na který lze tedy použít příslušná ustanovení občanského a případně (dle stran vztahu¹⁷⁸) i obchodního zákoníku. Pokud jde o smluvní typy, jejichž ustanovení o odpovědnosti za vady budou analogicky použitelná na licencování SW, pro proprietární SW se nabízí především smlouva kupní (*off-the-shelf SW*) a smlouva o dílo (*bespoke SW*). U FOSS ovšem chybí jeden ze základních znaků uvedených smluv: úplatnost.¹⁷⁹ Z tohoto důvodu by pak byla použitelná spíše smlouva darovací, která obsahuje (vzhledem k tomu, že na darování nelze použít ani obecná pravidla o odpovědnosti za vady v §§ 499 a následujících OZ, která taktéž vyžadují úplatnost) speciální úpravu náhrady škody zmíněnou výše. V případě FOSS by pak byla jediná možnost, jak s jeho vadami právně naložit: analogicky k vrácení daru by měl uživatel přestat daný SW používat.

Komplikovanější je ovšem situace pro případ odpovědnosti za škodu. Ta je u SW použitelná již prostřednictvím aplikace obecných ustanovení o náhradě škody dle občanského zákoníku, především v souvislosti se všeobecnou prevenční povinností. I v případě daru je pak zaručena odpovědnost dárce za zaviněnou škodu, ani použitím analogie licencí FOSS s darovací smlouvou se tedy nedostaneme mimo režim odpovědnosti za škodu. V rámci našeho práva je odpovědnost za škodu i v oblasti vývoje a distribuce SW v teorii obecně uznávána¹⁸⁰, ovšem v praxi může být obtížné stanovit, zda škoda byla opravdu způsobena vadou SW a nikoli jeho špatným použitím nebo vzájemnou nekompatibilitou různých programů apod.¹⁸¹ Ve světě ovšem často není situace tak jednoznačná – např. Americký právní

institut upravil definici produktu pro účely odpovědnosti tak, že v současnosti obsahuje kromě hmotného osobního majetku i jiné předměty, na které je vhodné analogicky aplikovat daná pravidla.¹⁸²

Kromě nejasností v oblasti práva existují i nejasnosti ohledně ekonomických otázek a morální spravedlivosti odpovědnosti vývojářů za vady SW a případnou vzniklou škodu. Velký zastánce odpovědnosti vývojářů, odborník na kryptografii a bezpečnost v IT Bruce Schneier, mimo jiné uvádí, že jsou producenti SW nesmyslně zvýhodněni oproti jiným průmyslovým odvětvím, kde odpovědnost běžně funguje. Zavedení a prosazování odpovědnosti autorů za SW by pak přineslo možnosti pro vstup pojišťoven do těchto vztahů a zároveň samozřejmě způsobilo, že sami vývojáři by kladli větší důraz na bezpečnost (zvláště pak tehdy, když by jim to snížilo pojistku).¹⁸³ Je ovšem otázkou, zda sami uživatelé o bezpečnější (tím pádem i dražší a méně inovativní) SW vůbec mají zájem. Luther Martin za použití Coasova teorému¹⁸⁴ dovozuje, že cena bezpečného SW by byla pro uživatele v praxi dokonce vyšší, než součet jeho ceny při nedostatečném zabezpečení a škody, která kvůli tomu vznikne.¹⁸⁵ Programátor Alan Cox dále argumentuje, že v takovém případě by tvůrci operačních systémů mohli začít zakazovat instalaci programů třetích stran.¹⁸⁶

6.3.1 Platnost a rozsah vyloučení odpovědnosti

Většina licencí FOSS obsahuje nějakou formu vyloučení odpovědnosti za vady a případnou vzniklou škodu. Je ovšem otázkou, jestli jsou samotná takováto ustanovení podle českého práva platná a jestli případná neplatnost takového ustanovení nemůže způsobit neplatnost celé smlouvy. Uvedená ustanovení mohou mít dvojí podobu: buďto explicitně a bezpodmínečně vylučují jakoukoli odpovědnost, např. BSD licence nebo MIT licence; nebo obsahují formulace, které limitaci odpovědnosti omezují do rozsahu povoleného aplikovaným právem, např. „to the extent permitted by applicable law“¹⁸⁷ a „unless required by applicable law“^{188,189} v GNU GPL a Apache licenci,

176 KNEBL, Ondřej, ŠURMANOVÁ, Michaela. *Odpovědnost za vady software* [online]. Právní rádce. Změněno 22. 9. 2010 [cit. 24. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://pravnihradce.ihned.cz/c1-46529960-odpovednost-za-vady-software>>

177 Tamtéž

178 Vzhledem k tomu že v mezinárodně používaných licencích bude ObchZ jen těžko zvolen dle § 262 ObchZ stranami vztahu, na který by nebyl ze zákona aplikován.

179 Licence FOSS často umožňují zpoplatňovat související zboží a služby, samotná licence je ovšem poskytována zdarma. Např. v případě prodeje CD s operačním systémem Ubuntu by tak byl dle §§ 499 a násl. OZ prodejce odpovědný za vady média, ovšem nikoli za vady obsaženého SW.

180 Např. *Vada softwaru může ve firmách způsobit škodu. Kdo za ni odpovídá?* [online]. Podnikatel.cz. Změněno 29. 2. 2012 [cit. 24. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.podnikatel.cz/clanky/vada-software-muze-ve-firmach-zpusobit-skodu-kdo-za-ni-odpovida/>>

181 AUJEZDSKÝ, Josef. *Odpovědnost za vady a odpovědnost za škodu* [online]. Root.cz. [cit. 24. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.root.cz/specialy/licence/odpovednost-za-vady-a-odpovednost-za-skodu/>>

182 SCOTT, Michael D. Tort Liability for vendors of Insecure software: Has the time Finally Come. *Maryland Law Review*. Roč. 2007, č. 67, s. 425 – 484.

183 „There's no reason to treat software any differently from other products. Today Firestone can produce a tire with a single systemic flaw and they're liable, but Microsoft can produce an operating system with multiple systemic flaws discovered per week and not be liable.“, SCHNEIER, Bruce. *Liability and Security* [online]. Schneier.com. Změněno 15. 4. 2002 [cit. 26. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.schneier.com/crypto-gram-0204.html#6>>

184 *Coasův teorém* [online]. Wikipedie, otevřená encyklopedie. Změněno 29. 3. 2011 [cit. 26. 3. 2012]. Dostupné z: <http://cs.wikipedia.org/wiki/Coas%C5%AFv_teor%C3%A9m>

185 MARTIN, Luther. *Software liability is a bad idea* [online]. Superconductor: Security, Cryptography and Usability. Změněno 9. 10. 2008 [cit. 26. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://superconductor.voltage.com/2008/10/software-liabil.html>>

186 *Personal Internet Security: 5th Report of Session 2006 – 07*. Londýn: House of Lords, 2007. s. 35, Dostupné z: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldsctech/165/1651.pdf>>

187 FREE SOFTWARE FOUNDATION, Inc. *GNU General Public License: Version 3* [online]. GNU Operating System. Změněno 29. 7. 2007 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>>

188 Tamtéž.

189 *Apache License: Version 2.0, January 2004* [online]. The Apache Software Foundation. Změněno 2012 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.apache>>

„Some jurisdictions do not allow the exclusion or limitation of incidental or consequential damages, so this exclusion and limitation may not apply to You.“^{190,191} v MPL a CDDL nebo „Poskytovatel licence však ponese odpovědnost podle zákonů týkajících se odpovědnosti za škodu způsobenou vadou výrobku v míře, v jaké se takové zákony na dané dílo vztahují.“¹⁹² v EUPL. Vzhledem k nedávné novelizaci ObchZ v oblasti limitace náhrady škody pak ještě musíme rozlišovat, jestli se má daná licence vztáhnout na vztah regulovaný pouze OZ, nebo právě ObchZ.

Nejjednodušší je patrně situace, kdy se má bezpodmínečně vyloučení odpovědnosti posuzovat dle OZ. Vzhledem k § 574 odst. 2 OZ, dle kterého je dohoda, již se někdo vzdává práv, která mu mohou teprve vzniknout, neplatná, ustanovení o vyloučení odpovědnosti nemůže být dle českého práva v takovém případě platné. Protože je ale vyloučení odpovědnosti velmi zásadní otázkou daných licencí a pravděpodobně ji nelze oddělit¹⁹³ ve smyslu § 41 OZ, měla by neplatnost stihnout i celou licenční smlouvu, která je obsahuje.

Relativně jednoduchá se tato otázka zdá i v režimu obchodního zákoníku, který limitaci náhrady škody umožňuje¹⁹⁴. Vzhledem k tomu, že se jedná o software poskytovaný zdarma, navíc i se zdrojovým kódem a často i bez požadavků dalšího šíření za obdobných podmínek, pravděpodobně by byla splněna i podmínka souladu se zásadami poctivého obchodního styku. V režimu obchodního zákoníku by tedy mělo být dané ustanovení a tedy i licence dle českého práva platné.

Komplikovanější situace ovšem nastává v případě licencí, kde je limitace náhrady škody podmíněna souladem s aplikovaným právem. Takováto ustanovení mají vlastně formu logické implikace „pokud to není v rozporu s aplikovaným právem, tak je odpovědnost limitována“¹⁹⁵. Pokud tedy platí, že dochází k rozporu s právem, není splněna vstupní podmínka, a tedy nenastane následek implikace, což znamená, že náhrada škody limitována nebude. To samozřejmě nezpůsobuje neplatnost příslušného ustanovení¹⁹⁶ a tím spíše ani celé licence. V případě podmíněné limitace náhrady škody v režimu OZ není tedy splněna podmínka pro limitaci,

tedy soulad s aplikovaným právem, k limitaci škody zde nedochází, autor je tedy za případnou vzniklou škodu plně odpovědný. K neplatnosti licence z tohoto důvodu evidentně nemůže dojít, neboť i sám autor v návrhu licenční smlouvy omezení své odpovědnosti podmínil souladem s právem, čímž projevil vůli být jí vázán i tehdy, pokud aplikované právo limitaci neumožňuje.

Poslední možností je pak použití licence s podmíněným vyloučením odpovědnosti v režimu ObchZ. Zde je limitace odpovědnosti za škodu v zásadě možná v celém rozsahu (pokud nejde o škodu způsobenou úmyslně), takže by se měla použít a autor by neměl být za škodu odpovědný. V praxi by ale mohly nastat problémy s neurčitostí tohoto ustanovení, neboť až soud může v konkrétním případě stanovit, zda zvolená míra limitace je slučitelná s dobrými mravy a zásadami poctivého obchodního styku a je tedy v souladu s aplikovaným právem. I zde bychom ale měli dojít k obdobným závěrům jako v případě licencí s limitací bezpodmínečnou, tedy že i úplná limitace náhrady škody je v případě FOSS v souladu se zásadami poctivého obchodního styku.

6.3.2 Možné důsledky pro FOSS

Jak již bylo uvedeno výše, i autor FOSS může být za určitých okolností odpovědný za škodu, kterou může jeho SW způsobit, a to i přes snahu o limitaci této odpovědnosti v běžně používaných licencích. V dobách, kdy byl FOSS vyvíjen i používán pouze odborníky v oblasti IT, by se dalo argumentovat pro alespoň částečné způsobení škody samotným poškozeným, neboť měl k dispozici zdrojový kód, věděl, že program využívá bezúplatně a že nemusí být bezchybný a mohl si jej vzhledem ke svým schopnostem sám zkontrolovat a případně chybu opravit; ovšem v současnosti, kdy velká část uživatelů nemá příslušné odborné znalosti, nelze po nich spravedlivě požadovat kontrolu zdrojového kódu za účelem zjištění případných chyb a předcházení možné škodě.

Otázkou zůstává, jestli je tato situace spravedlivá a jestli by uplatňování této odpovědnosti v celosvětovém měřítku nemělo fatální následky pro celou komunitu kolem FOSS – vývojáři by se mohli oprávněně obávat, že budou hnáni k odpovědnosti relativně neomezeným množstvím uživatelů jejich programů, což by nemusely unést ani společnosti vyvíjející FOSS v rámci svého podnikatelského modelu, natož pak jednotliví dobrovolníci, kteří na FOSS spolupracují. Dle názoru autorky je pak krokem správným směrem v této oblasti alespoň částečné umožnění limitace náhrady škody v NOZ.

Jak bylo výše dovozeno, některé licence nejsou v režimu OZ platné, neboť obsahují bezpodmínečné vyloučení odpovědnosti. To ovšem znamená, že uživatelé takto licencovaných programů pak porušují autorské právo, neboť bez souhlasu s licenci (a tedy dle našeho práva platného uzavření licenční smlouvy) neexistuje žádný titul, na základě kterého by bylo možné SW používat (všichni, kdo u nás mimo svou podnikatelskou činnost používají např. operační systém FreeBSD, tak tedy činí nelegálně). V praxi tato situace nemusí přinášet žádné problémy, neboť žádný z autorů nemá

org/licenses/LICENSE-2.0.html>

190 Mozilla Public License: Version 2.0 [online]. Mozilla. [cit. 9. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.mozilla.org/MPL/2.0/>>

191 COMMON DEVELOPMENT AND DISTRIBUTION LICENSE: Version 1.0 [online]. Open Source Initiative. [cit. 9. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.opensource.org/licenses/CDDL-1.0>>

192 Veřejná licence Evropské unie [online]. Evropská komise. Jouinup. [cit. 25. 2. 2012]. Dostupné z: <<http://joinup.ec.europa.eu/system/files/CS/EUPL%20v.1.1%20-%20license.pdf>>

193 Autor v návrhu licenční smlouvy explicitně stanovil jako jednu z podmínek vyloučení odpovědnosti. Kdyby nemělo být platné, nedá se spravedlivě očekávat, že by autor i tak měl zájem být takovouto smlouvou vázán.

194 I když nikoli pro náhradu škody způsobené úmyslně – z textu příslušných ustanovení v licencích ovšem nevyplývá, že by se měla nutně vztahovat i na škodu způsobenou úmyslně. Navíc, vzhledem k otevřenosti zdrojových kódů by byl případný úmyslný škůdce relativně rychle odhalen, pravděpodobně ještě dříve, než by mohla škoda vzniknout.

195 $\neg R \rightarrow L$

196 Lze srovnat např. s § 42 OZ: „Vznikne-li pro neplatnost právního úkonu škoda, odpovídá se za ni podle ustanovení tohoto zákona o odpovědnosti za škodu.“ – pokud žádná škoda nevznikla, evidentně nenastane předpokládaný následek, tedy odpovědnost za ni, což ale nezpůsobuje neplatnost § 42 OZ, pouze není splněna jeho hypotéza, takže se nepoužije v něm uvedená dispozice.

v úmyslu svá práva proti jednotlivcům takto prosazovat, ovšem pro právo jako normativní systém není jisté přínosem, když se jeho porušování stává běžným standardem...

7 Závěr

V článku jsem se pokusila nastínit některé právní problémy, které v současnosti vyvstávají při vývoji, distribuci a používání svobodného softwaru. Jak již bylo uvedeno, dle mého názoru není pro software ochrana autorským právem ekvivalentní literárním dílům praktická. Tvůrci proprietárního softwaru na ni nespolehají a spíše jej chrání nezveřejňováním zdrojových kódů a omezováním možností šíření spustitelných verzí programu. Naopak vývojáři kolem FSF začali autorské právo využívat a pomocí copyleftu se snaží zajistit, aby i další odvozená díla zachovávala uživatelům svobody, které jim přinášelo dílo původní. To ovšem taktéž přináší nevýhody, neboť různé definice copyleftu a některá další pravidla využívaná ve svobodných licencích zapříčiňují, že vznikají nové umělé bariéry, jež zpomalují vývoj a komplikují spolupráci, která má zajišťovat komunitě výhodu oproti proprietárnímu softwaru.

Nejsem si rovněž jistá, jestli copyleft opravdu splňuje svůj účel. Spousta vývojářů by dle mého názoru zajistila uživatelům svobody i bez toho, aby je k tomu někdo musel nutit. Naopak ti, kteří nechtějí používat licence FOSS se spíše rozhodnou pro porušení copyleftu a vzhledem k obtížnosti samotného zjištění, že k něčemu takovému došlo, a prokázání této skutečnosti je nepravděpodobné, že by je čekal nějaký postih. Výsledky soudních sporů v Německu sice ukazují, že copyleft je vymahatelný, ovšem pravděpodobně jde pouze o špičku ledovce a není v silách komunity veškerá porušení řešit.

Z výše uvedených důvodů bych považovala za praktičtější využívat spíše permissivní licence a případně i public domain, kdyby právo umožňovalo autorovi vzdát se autorského práva, obdobně jako jiných soukromých práv. Místo této ochrany autorů před nimi samými by se právo mělo soustředit na ochranu soukromí jednotlivců proti požadavkům některých velkých společností držících majetková práva k autorským dílům, které se pod záminkou jejich ochrany pokoušejí prosadit nové mezinárodní smlouvy a národní zákony.

8 Literatura

8.1 Knihy

ČERNÁ, Ivana, KŘETÍNSKÝ, Mojmír, KUČERA, Antonín. *Automaty a formální jazyky I. verze 1.3*. Brno: Fakulta informatiky MU, 2002

ČÍKOVÁ, Andrea. *Základy DLL: studijní materiál*. Fakulta informatiky MU

KOBLIHA, Ivan, KALFUS, Jan, KROFTA, Jiří, KOVÁŘÍK, Zdeněk, KOZEL, Roman, POKORNÁ, Jarmila, SVOBODOVÁ, Yvona. *Obchodní zákoník: Úplný text zákona s komentářem*. Praha: Linde Praha, a. s., 2006.

KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Plzeň: Západočeská univerzita, fakulta právnická, 1994

KŘÍŽ, Jan, HOLCOVÁ, Irena, KORDAČ, Jiří, KŘEŠTANOVÁ, Veronika. *Autorský zákon a předpisy související, komentář*. 2. aktualizované vyd. Praha: Linde Praha, a. s., 2005

Macmillan English Dictionary for Advanced Learners. 2nd ed. Oxford: Macmillan Education, 2007

ŠKARVADA, Libor. *Principy programovacích jazyků: studijní materiál k předmětu*. Fakulta informatiky MU

ŠVESTKA, Jiří, SPÁČIL, Jiří, ŠKÁROVÁ, Marta, HULMÁK, Milan. *Občanský zákoník I: Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009

ŠVESTKA, Jiří, SPÁČIL, Jiří, ŠKÁROVÁ, Marta, HULMÁK, Milan. *Občanský zákoník II: Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009

TELEC, Ivo, TŮMA, Pavel. *Autorský zákon. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2007

8.2 Články

FEILER, Lukas. Information Security Law in the EU and the U. S. - A Risk-Based Assessment of Regulatory Policies. *TTLF Working Papers*. Transatlantic Technology Law Forum. Roč. 2011, č. 9, s. 341

GATTO, James. Doubts Wane Over GPL Enforceability. *Managing Intellectual Property*. Roč. 2007, č. 166, s. 33 - 35

GAUDAMUZ, Andrés. Viral contracts or unenforceable documents? Contractual validity of copyleft licenses. *E.I.P.R.* Roč. 2004, č. 8, s. 331 - 339. Dostupné z: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=569101>

GOMULKIEWICZ, Robert W. Entrepreneurial Open Source Software Hackers: MySQL and Its Dual Licensing. *Computer Law Review and Technology Journal*. Roč. 2009, č. 9, s. 203 - 212

KUMAR, Sapna. Enforcing the Gnu Gpl. *Journal of Law, Technology & Policy*. Roč. 2006, s. 1 - 36. Dostupné z: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936403>

KUWAHARA, Emily. Torts v. Contracts: Can Microsoft Be Held Liable to Home Consumers for Its Security Flaws. *Southern California Law Review*. Roč. 2006, č. 80, s. 997 - 1035.

LEVY, L.B., BELL, S.Y. Software product liability: understanding and minimizing the risks. *High Technology Law Journal*. Roč. 1989, č. 5, s. 1 - 27.

RAYMOND, E. The cathedral and the bazaar. *Knowledge, Technology & Policy*. Roč. 1999, č. 3, s. 23 - 49

SCOTT, Michael D. Tort Liability for vendors of Insecure software: Has the time Finally Come. *Maryland Law Review*. Roč. 2007, č. 67, s. 425 - 484.

SZATTTLER, Eduard. GPL Viral License or Viral Contract. *Masaryk University Journal of Law & Technology*. Roč. 2007, s. 67 - 79.

TAYLOR, Nicholas. Open Source Dual Licensing as a Business Model: How a Flexible IP Strategy Helped Create the World's Most Popular Open Source Database Company. *APILA Quarterly Journal*. Roč. 2009, č. 37, s. 321 - 345

8.3 Právní předpisy

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

Zákon č. 59/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou vadou, ve znění pozdějších předpisů;

Zákon č. 121/2000 Sb., zákon o právu autorském, právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách, ve znění pozdějších předpisů

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

Zákon ze dne 3. února 2012, občanský zákoník, podepsný prezidentem dne 20. 2. 2012

Zákon č. 618/2003 Z. z., o autorském práve a právech súvisiacich s autorským právom, ve znění pozdějších předpisů

Smlouva Světové organizace duševního vlastnictví o právu autorském, publikovaná jako sdělení č. 33/2002 Sb. m. s.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/24/ES ze dne 23. 4. 2009 o právní ochraně počítačových programů

Směrnice Rady č. 85/374/EHS ze dne 25. července 1985, o sbližování právních a správních předpisů členských států týkajících se odpovědnosti za vadné výrobky

8.4 Soudní rozhodnutí

Entry Granting Reasserted Motion to Dismiss. United States District Court, Southern District of Indiana, Indianapolis Division. 20. 3. 2006. 1: 05-cv-0618-JDT-TAB, judge John Daniel Tinder

Final Judgement. The United States Court for the District of Utah, Central Division. 10. 7. 2010. 2: 04-CV-139 TS, judge Ted Stewart

Memorandum Decision And Order. The United States District Court for the District of Utah, Central Division. 10. 8. 2007. 2: 04CV139DAK, judge Dale A. Kimball

Rozsudek zemského soudu v Mnichově ze dne 19. 5. 2004, sp. zn. 21 O 6123/04

Rozsudek zemského soudu ve Frankfurtu nad Mohanem ze dne 6. 9. 2006, sp. zn. 2-6 O 224/06

Rozsudek odvolacího soudu v Berlíně ze dne 6. 9. 2010, sp. zn. 24 U 71/10

8.5 Webové články a další zdroje

About MPL 2.0: Revision Process and Changes FAQ [online]. Mozilla. Změněno 1. 2. 2012 [cit. 21. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.mozilla.org/MPL/2.0/Revision-FAQ.html>>

About the GNU Operating System [online]. GNU Operating System. Změněno 20. 9. 2011 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/gnu/about-gnu.html>>

Advanced search [vyhledávač]. Geeknet, Inc. Sourceforge.net. Změněno 2012 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://sourceforge.net/directory/?q=>>

Apache License: Version 2.0, January 2004 [online]. The Apache Software Foundation. Změněno 2012 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0.html>>

App Store Review Guidelines [online]. Apple Developer. Změněno 2012 [cit. 1. 3. 2012]. Dostupné z: <<https://developer.apple.com/appstore/guidelines.html>>

AUJEZDSKÝ, Josef. *Odpovědnost za vady a odpovědnost za škodu* [online]. Root.cz. [cit. 24. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.root.cz/specialy/licence/odpovednost-za-vady-a-odpovednost-za-skodu/>>

BLANCO, Elena. *Dual-licensing as a business model* [online]. OSS Watch, open source software advisory service. Změněno 13. 3. 2012 [cit. 20. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.oss-watch.ac.uk/resources/duallicence2.xml>>

BOROVCOVÁ, Anna. *Murphyho zákony. Proč jsou pravdivé?* [online]. Testování softwaru. Změněno 6. 9. 2009 [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.testovanisoftwaru.blogspot.com/2009/09/murphyho-zakony-proc-jsou-pravdive.html>>

BSD License Definition [online]. The Linux Information Project. Změněno 22. 4. 2005 [cit. 7. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.lininfo.org/bsdlicense.html>>

BYFIELD, Bruce. *FOSS: Free and Open Source Software* [online]. Datamation. Změněno 30. 5. 2010 [cit. 14. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.datamation.com/osrc/article.php/3885101/FOSS-Free-and-Open-Source-Software.htm>>

Coasův teorém [online]. Wikipedie, otevřená encyklopedie. Změněno 29. 3. 2011 [cit. 26. 3. 2012]. Dostupné z: <http://cs.wikipedia.org/wiki/Coas%C5%AFv_teor%C3%A9m>

Complaint: 030905/99 [online]. Grocklaw.net. Změněno 6. 3. 2003 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <http://www.grocklaw.net/pdf/IBM-835-Exhibit_1.pdf>

Copyfree: Unfetter your ideas.: What is Copyfree? [online]. Copyfree.org. [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://copyfree.org/>>

Copyfree Licenses [online]. Copyfree.org. [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://copyfree.org/licenses/>>

Commercial License for OEMs, ISVs and VARs [online]. MySQL. Změněno červenec 2010 [cit. 3. 1. 2012]. Dostupné z: <<http://www.mysql.com/about/legal/licensing/oem/>>

COMMON DEVELOPMENT AND DISTRIBUTION LICENSE: Version 1.0 [online]. Open Source Initiative. [cit. 9. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.opensource.org/licenses/CDDL-1.0>>

EUPL v.1.1: Preamble [online]. Evropská komise. Jouinup. [cit. 25. 2. 2012]. Dostupné z: <<http://joinup.ec.europa.eu/system/files/CS/EUPL%20v.1.1%20-%20Preamble.pdf>>

FREE SOFTWARE FOUNDATION, Inc. *GNU GENERAL PUBLIC LICENSE: Discussion Draft 1 of Version 3* [online]. Tim Bray. Změněno 16. 1. 2006 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.tbray.org/gpl/gpl3-draft.html>>

FREE SOFTWARE FOUNDATION, Inc. *GNU General Public License: Version 3* [online]. GNU Operating System. Změněno 29. 7. 2007 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>>

FREE SOFTWARE FOUNDATION, Inc. *GNU Lesser General Public License: version 2.1* [online]. GNU Operating System. Změněno 30. 1. 2012 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/lgpl-2.1.html>>

FREE SOFTWARE FOUNDATION, Inc. *GNU Lesser General Public License: Version 3, 29 June 2007* [online]. GNU Operating System. Změněno 11. 3. 2012 [cit. 21. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/lgpl.html>>

FSFE calls for an amendment of Slovak Copyright Act [online]. FSFE.org. Změněno 10. 1. 2012 [cit. 7. 3. 2012]. Dostupné z: <<https://fsfe.org/news/2012/news-20120110-01.en.html>>

GNU GENERAL PUBLIC LICENSE: Version 2, June 1991 [online]. GNU Operating System. Změněno 28. 6. 2007 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html>>

HROZA, Jaroslav, PODDANÁ, Jana. *Smluvní limitace náhrady škody dle platného práva a s ohledem na připravovanou novelu obchodního zákoníku* [online]. epravo.cz. Změněno 25. 7. 2008 [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.epravo.cz/top/clanky/smluvni-limitace-nahrady-skody-dle-platneho-prava-a-s-ohledem-na-pripravovanou-novelu-obchodniho-zakoniku-55010.html>>

Interpreter and Compiler [online]. Pasteur.fr. [cit. 14. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.pasteur.fr/formation/infobio/python/ch05s02.html>>

JANSA, Petr. *Právní aspekty implementace projektu „Creative Commons“ v České republice*. 2008. Diplomová práce. Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta. Vedoucí práce JUDr. Irena Holcová. Dostupné z: <http://www.creativecommons.cz/wp-content/uploads/dp_petr_jansa_komplet_xmp.pdf>

JONES, Pamela. *The GPL is a License, Not a Contract, Which is Why the Sky Isn't Falling* [online]. Groklaw.net. Změněno 14. 12. 2003 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.groklaw.net/articlebasic.php?story=20031214210634851>>

JONES, Pamela. *SCO Litigation – From Soup to Nuts* [online]. Groklaw.net. Změněno 2. 1. 2011 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.groklaw.net/staticpages/index.php?page=20080803065719599>>

JONES, Pamela. *Believe It Or Not: SCO Moves to Partly Reopen SCO v. IBM* [online]. Groklaw.net. Změněno 4. 11. 2011 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.groklaw.net/article.php?story=20111104202226210>>

KLINZMANN, Martin. *LicenseCrawler* [počítačový program]. Klinzmann.org. Změněno 13. 2. 2012 [cit. 10. 3. 2012]. Dostupné z: <http://www.klinzmann.name/license-crawler_download.htm>

KNEBL, Ondřej, ŠURMANOVÁ, Michaela. *Odpovědnost za vady software* [online]. Právní rádce. Změněno 22. 9. 2010 [cit. 24. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://pravniciradce.ihned.cz/c1-46529960-odpovednost-za-vady-software>>

Legal Materials [online]. Netbeans. Změněno 2012 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://netbeans.org/about/legal/index.html>>

MARTIN, Luther. *Software liability is a bad idea* [online]. Superconductor: Security, Cryptography and Usability. Změněno 9. 10. 2008 [cit. 26. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://superconductor.voltage.com/2008/10/software-liabil.html>>

MOGLEN, Eben. *Free Software Matters: Enforcing the GPL, I* [online]. Columbia.edu. Změněno 12. 8. 2001 [cit. 6. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://moglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.html>>

MONTALBANO, Elizabeth. *Novell Won't Pursue Unix Copyrights* [online]. PCWorld. Změněno 15. 8. 2007 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <http://www.pcworld.com/article/135959/novell_wont_pursue_unix_copyrights.html>

Mozilla Public License: Version 2.0 [online]. Mozilla. [cit. 9. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.mozilla.org/MPL/2.0/>>

Murphy's computers laws [online]. Murphy's laws site. [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.murphys-laws.com/murphy/murphy-computer.html>>

MPL 2.0 FAQ [online]. Mozilla. Změněno 19. 3. 2012 [cit. 21. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.mozilla.org/MPL/2.0/FAQ.html>>

NACHUM, Michele. *Why Cloud Computing is a Safe Bet for Small Businesses* [online]. GetApp.com. Změněno 12. 7. 2011 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.getapp.com/blog/cloud-computing-security-smb/>>

Personal Internet Security: 5th Report of Session 2006 – 07. Londýn: House of Lords, 2007. s. 35. Dostupné z: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldsc-tech/165/165i.pdf>>

POLLICE, Gary. *Compiler vs. Interpreter* [online]. WPI Computer Science. Změněno 8. 8. 2005 [cit. 14. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://web.cs.wpi.edu/~gpollice/cs544-f05/CourseNotes/maps/Class1/Compilervs.Interpreter.html>>

Program [online]. Webopedia Computer Dictionary. Změněno 2012 [cit. 3. 1. 2012]. Dostupné z: <<http://www.webopedia.com/TERM/P/program.html>>

Proprietární uzamčení [online]. Wikipedie, otevřená encyklopedie. Změněno 10. 2. 2012 [cit. 11. 3. 2012]. Dostupné z: <http://cs.wikipedia.org/wiki/Propriet%C3%A1rn%C3%AD_uzam%C4%8Den%C3%AD>

RACHWALD, Rob. *Insider Threats: Quantifying the Problem* [online]. Imperva. Změněno 30. 8. 2011 [cit. 14. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://blog.imperva.com/2011/08/insider-threats-quantifying-the-problem.html>>

Rejected Licenses [online]. Copyfree.org. [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://copyfree.org/rejected/>>

Search Results for „cddl“ [online]. Geeknet, Inc. SourceForge.net. Změněno 2012 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://sourceforge.net/directory/?q=cddl>>

Search Results for „eupl“ [online]. Geeknet, Inc. SourceForge.net. Změněno 2012 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://sourceforge.net/directory/?q=eupl>>

SHANKLAND, Stephen. *IBM: Linux investment nearly recouped* [online]. CBS Interactive. CNET News. Změněno 29. 1. 2002 [cit. 14. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://news.cnet.com/2100-1001-825723.html>>

SHANKLAND, Stephen. *SCO suits target two big Linux users* [online]. CBS Interactive. CNET News. Změněno 3. 3. 2004 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://news.cnet.com/2100-1014-5168921.html>>

SHIMEL, Alan. *NetCitadel's Unique Dual Licensing Model For Managing Firewall Rules* [online]. Network World. Změněno 13. 5. 2011 [cit. 15. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.networkworld.com/community/blog/netcitadels-unique-dual-licensing-model-manag>>

Should code be “dual licensed” under the GPL and a permissive license? [online]. Software Freedom Law Center. Změněno 2007 [cit. 4. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.softwarefreedom.org/resources/2007/gpl-non-gpl-collaboration.html#x1-90004>>

SCHNEIER, Bruce. *Liability and Security* [online]. Schneier.com. Změněno 15. 4. 2002 [cit. 26. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.schneier.com/crypto-gram-0204.html#6>>

SMITH, Brett. *A Quick Guide to GPLv3* [online]. GNU Operating System. Změněno 24. 1. 2012 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/quick-guide-gplv3.html>>

Software [online]. Dictionary.com Unabridged. Random House, Inc. Změněno 2012 [cit. 13. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://dictionary.reference.com/browse/software>>

SPIRYTOVÁ, Jiřina, HRAZDIRA, Jan. *Opět k možnosti smluvní limitace náhrady škody v českém obchodním právu* [online]. eLAW.cz. Změněno 12. 11. 2009 [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.elaw.cz/cs/obchodni-pravo/138-opt-k-monosti-smluvni-limitace-nahrady-kody-v-eskem-obchodnim-pravu.html>>

SULLIVAN, John. *GPLv3 Update #2* [online]. Info-gplv3 mailing list. Změněno 8. 2. 2006 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://gplv3.fsf.org/pipermail/info-gplv3/2006-February/000001.html>>

SÝKOROVÁ, Petra. *Miliony ztracené v cizím jazyku: ODPOVĚDNOST ZA CHYBNÝ PŘEKLAD* [online]. Profit.cz. Změněno 25. 8. 2008 [cit. 24. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://profit.tyden.cz/clanek/miliony-ztracene-v-cizim-jazyku/>>

The Copyfree Standard Definition [online]. Copyfree.org. [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://copyfree.org/standard/>>

The MIT License (MIT) [online]. Open Source Initiative. Změněno 2009 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.opensource.org/licenses/mit-license.php>>

The Open Source Definition (Annotated) [online]. Version 1.9. Open Source Initiative. [cit. 9. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.opensource.org/osd.html>>

The X Window System [online]. Fedora Documentation. [cit. 7. 3. 2012]. Dostupné z: <http://docs.fedoraproject.org/en-US/Fedora/12/html/Deployment_Guide/ch-x.html>

TOM6. *Glossary* [online]. Ubuntu Help. Změněno 1. 12. 2011 [cit. 7. 3. 2012]. Dostupné z: <https://help.ubuntu.com/community/Glossary#X_Window_System>

Vada softwaru může ve firmách způsobit škodu. Kdo za ni odpovídá? [online]. Podnikatel.cz. Změněno 29. 2. 2012 [cit. 24. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.podnikatel.cz/clanky/vada-software-muze-ve-firmach-zpusobit-skodu-kdo-za-ni-odpovida/>>

Veřejná licence Evropské unie [online]. Evropská komise. Joinup. [cit. 25. 2. 2012]. Dostupné z: <<http://joinup.ec.europa.eu/system/files/CS/EUPL%20v.1.1%20-%20license.pdf>>

What is free software?: The Free Software Definition [online]. GNU Operating System. Změněno 26. 2. 2012 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>

Why Free Software needs Free Documentation [online]. GNU Operating System. Změněno 23. 1. 2012 [cit. 9. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/philosophy/free-doc.en.html>>

Why you shouldn't use the Lesser GPL for your next library [online]. GNU Operating System. Změněno 20. 9. 2011 [cit. 5. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://www.gnu.org/licenses/why-not-lgpl.html>>

WordWeb Free Version Licensing [online]. Wordweb.info. Změněno 2010 [cit. 8. 3. 2012]. Dostupné z: <<http://wordweb.info/free/licence5.html>>

X Window System [online]. OpenSuse Wiki. Změněno 2011 [cit. 7. 3. 2012]. Dostupné z: <http://en.opensuse.org/X_Window_System>

Review of Law and Technology

Review of Law and Technology

reviewed scientific journal for technological fields of law and jurisprudence

Published bi-annually
ISSN 1804-5383 (Print)
ISSN 1805-2797 (Online)
Ev. nr. MK ČR E 19707
The fifth issue was published on 30th June 2012.

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

Editor-in-chief
JUDr. Radim Polčák, Ph.D.

Deputy editor-in-chief and contact person
Mgr. Matěj Myška
Ústav práva a technologií Právnické fakulty MU
Veveří 70
611 80 Brno, ČR
tel: +420 549 494 751
fax: +420 541 210 604
e-mail: revue@law.muni.cz

Editorial staff
Mgr. Michal Koščík, Ph.D.
Mgr. Václav Stupka
Mgr. Jaromír Šavelka

Editorial Board
JUDr. Zuzana Adamová, Ph.D.
prof. JUDr. Michael Bogdan
JUDr. Marie Brejchová, LL.M.
JUDr. Jiří Čermák
JUDr. Bc. Tomáš Grivna, Ph.D.
doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.
Mgr. Zbyněk Loeb, LL.M.
JUDr. Ján Matejka, Ph.D.
prof. RNDr. Václav Matyáš, M.Sc., Ph.D.
Mgr. Antonín Panák
JUDr. Radim Polčák, Ph.D.
Mgr. Bc. Adam Ptašník, Ph.D.
JUDr. Danuše Spáčilová
JUDr. Eduard Szattler, Ph.D.

Layout
Mgr. Matěj Myška
Bc. Petr Šavelka

Print
Tribun EU s.r.o., Cejl 892/23, 602 00 Brno

The publication of this issue of the Review of Law and Technology was funded by the project „Právo a informační a komunikační technologie“ MUNI/A/0923/2011.

© Masarykova univerzita, 2012



Discussion

The European reform of personal data protection	3
Selected issues of the license agreement in the new Civil Code	9
Freedom “in the Net”	12
Overview of current case-law	17

Annotations

Case Wintersteiger	19
The time of delivery to the data mailbox of the court, the facts known to the court from its activities	21
Hidden costs imposing websites	23
Assessment of the Slovak court jurisdiction in the case of a distance e-tort	24
User identification and data retention	26
Analysis of the CJEU decision in the case SAS v WPL	27

Reviews

Christian van 't Hof, Rinie van Est, Floortje Daemen: Check In / Check Out. The Public Space as an Internet of Things	31
D. J. B. Svantesson: Private International Law and the Internet.	32
Paul Nihoul, Peter Rodford: EU electronic communications law	32
Pavel Mates, Eva Janečková, Václav Bartík: Ochrana osobních údajů	33

Topics

Legal theoretical aspects of electronic contracting	36
Compatibility of F/OSS licences	122

Nedopatřením v předtiskové přípravě byl u následujícího článku v tomto čísle vynechán český abstrakt a klíčová slova. Omlouváme se čtenářům za tuto chybu a jejich znění přikládáme níže.

Svoboda „v síti“

David C. Hájiček

Abstrakt

Článek se zabývá úpravou a prosazováním ochrany soukromí jedince v počítačové síti, zejména potom v Internetu, a to jak správně právní, tak trestně právní. Pozornost je věnována i typům útoků na tyto chráněné statky, jakož i Evropskému zatýkácímu rozkazu a jeho implementaci do českého právního řádu.

Klíčová slova

Ochrana soukromí, útoky proti soukromí, Evropský zatýkácí rozkaz

Key words

privacy protection, attacks against privacy, European arrest warrant

Call for Papers

10th international conference
Cyberspace 2012
<http://www.cyberspace.muni.cz>

organized by Faculty of Law in cooperation with Faculty of Social Studies, Masaryk University
Brno, Czech Republic, 30. 11. - 1. 12. 2012

Paper abstracts are solicited for submission to following workshops:

Ideas for cyberspace, chairs: Herbert Hrachovec, Radim Polčák, *publication of papers:* MUJLT

Legal Informatics, chair: Jaromír Šavelka, *publication of papers:* MUJLT

Videogames and Society, chair: Cyril Brom, *publication of papers:* MUJLT/Cyberpsychology

Open Access Workshop - libraries, repositories, online archives, chair: Matěj Myška, *publication of papers:* MUJLT

Cybersecurity, Cybercrime, chairs: Zsolt Balogh, Václav Stupka, *publication of papers:* MUJLT

New Media and Society, chair: Kristian Daneback, *publication of papers:* Cyberpsychology

Cybersurveillance, chair: Aleš Završník, *publication of papers:* MUJLT

International Internet Law, chair: Dan Svantesson, *publication of papers:* MUJLT

Intellectual Property On-Line, chairs: Andreas Wiebe, Heinz Wittmann, *publication of papers:* MUJLT

Religion in Cyberspace, chair: Vít Šisler, *publication of papers:* MUJLT/Cyberpsychology

eFinance, chair: Libor Kyncl, *publication of papers:* MUJLT

Psychology of Cyberspace, chair: David Šmahel, *publication of papers:* Cyberpsychology

eGovernment (incl. eJustice and on-line dispute resolution), chair: Ludwig Gramlich, *publication of papers:* MUJLT

Important dates:

Abstract submission deadline:	31 July 2012
Notice on acceptance deadline:	31 August 2012
Conference dates:	30 November - 1 December 2012
Papers for publication deadline:	11 January 2013

Abstract formal requirements:

Range: max. 1.500 characters incl. spaces
Submission: on-line at www.cyberspace.muni.cz

Papers formal requirements:

Papers published in MUJLT:
<http://mujlt.law.muni.cz/instructions.php>

Papers published in Cyberpsychology:
<http://www.cyberpsychology.eu/submission.php>

Conference fees:

full pass - speakers: 990 CZK (approx. 39 EUR)

full pass - delegates (not presenting a paper): 1290 CZK (approx. 52 EUR)

full pass - VIP (upon an appointment): FREE

student pass for the scientific programme - students of Masaryk University and partner universities (please, check with the organizers): FREE

last minute (on-site) registration - 1990 CZK (approx. 80 EUR)

dinner fee: conference dinner with free complimentary drinks - 550 CZK (approx. 22 EUR), last-minute (on-site): 650 CZK (approx. 26 EUR)

Notes: The registration will be carried out on-line through the conference web at www.cyberspace.muni.cz. The registration system will provide for the conference registration, for the payment of the registration fee (by credit/debit card or bank transfer) and for optional booking of accommodation in selected hotels at conference rates (from approx. 30 EUR/night). The registration opens 1 June 2012 and closes 10 November 2011

Addresses:

Conference website: <http://www.cyberspace.muni.cz>
Central conference e-mail address: cyberspace@law.muni.cz

Mailing address: Masaryk University, Faculty of Law
Institute of Law and Technology
Veveří 70
611 80 Brno
Czech Republic

General partner:



Main partner:



Partner:



muni
PRESS

