

9

REVUE PRO PRÁVO A TECHNOLOGIE

Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity



ROČNÍK 5 / ROK 2014 / ČÍSLO 9

REVUE.LAW.MUNI.CZ

Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity

si Vás dovoluje pozvat na VI. národní konferenci

České právo a informační technologie 2014

Plenární diskuse se zaměří na

Zákon o kybernetické bezpečnosti

Nový postup řešení sporů domény .cz

Abstrakty Vašich příspěvků do sekcí

Právní informatika (vedoucí: Danuše Spáčilová)

Téma: Rekodifikace a její odraz v právních informačních systémech a na internetu

eFinance (vedoucí: Libor Kyncl)

Téma: Finanční služby uváděné na trh na dálku a inovativní finanční služby

Kyberkriminalita (vedoucí: Václav Stupka)

Téma: Mezinárodní spolupráce a harmonizace v oblasti kybernetické kriminality

Duševní vlastnictví online (vedoucí: Matěj Myška)

Téma: Veřejné licence, licencování PSI, sdělování díla veřejnosti, databázové právo, free software

Lze odevzdávat prostřednictvím konferenčního webu do **30. 8. 2014**. Písemná vyhotovení příspěvků, která budou nabídnuta k publikaci v časopisu Revue pro právo a technologie, je třeba odevzdat do redakčního systému do **31. 10. 2014**. Pokyny ke zpracování příspěvků, jakož i detailní informace o konferenci jsou dostupné na konferenčním webu. Bezplatná registrace na konferenci je otevřena do **2. 9. 2014** včetně.

Datum a čas konání 11. 9. – 12. 9. 2014

Místo konání Hotel Santon, Přístavní 38, Brno-Bystrc

Konferenční web <http://cpit.law.muni.cz>



CYBERSPACE 14
www.cyberspace.muni.cz

Brno, Czech Republic
28 – 29 November 2014

12th international conference organized by the Institute of Law and Technology, Faculty of Law in cooperation with the Faculty of Social Studies, Masaryk university and the European Academy of ICT Law

Papers are solicited to the following streams:

Accepted papers will be, depending on their topic, published upon peer review in one of the following scientific journals:

Cybersecurity, Cybercrime
eCommerce, eFinance
Government 2.0
Intellectual Property On-Line
International Internet Law
Legal Informatics, Jurimetrics
Privacy, Personal Data, Surveillance
New Media and Politics
New Media and Society
Psychology of Cyberspace
Religion in Cyberspace
Video Games and Society
Ideas for Cyberspace

Masaryk University Journal of
Law and Technology
mujlt.law.muni.cz

Cyberpsychology
cyberpsychology.eu

Important dates

Abstract submissions
31 July 2014

Notice on acceptance
31 August 2014

Conference dates
28 – 29 November 2014

Papers for publication
11 January 2015

Conference fees

Full pass – speakers: 1290 CZK (approx. 48 EUR), Full pass – delegates: 1590 CZK (approx. 59 EUR),
full pass – UIPs: FREE, Student pass – students of MU & partner unis.: FREE, Last minute (on-site) registration: 1990
CZK (approx. 73 EUR)

Dinner fee (Saturday conference dinner with free complementary drinks: 550 CZK (approx. 21 EUR), Last minute (on-site): 650 CZK (approx. 25 EUR)

The registration will be carried out on-line through the conference web at www.cyberspace.muni.cz. The registration opens 1 June 2014 and closes 12 November 2014 (after that, it will be possible to register on-site).

all info at: www.cyberspace.muni.cz

REVUE PRO PRÁVO A TECHNOLOGIE

ROČNÍK 5 | ROK 2014 | ČÍSLO 9

TÉMA

Jakub Míšek: Souhlas se zpracováním osobních údajů za časů Internetu.....	3
Ondřej Antoš: Právní režim informací v genetických databázích a biobankách.....	75

DISKUZE

Anton Konkol: Rozhodné právo pre zmluvné závazky z medzinárodných licenčných zmlúv na predmety priemyselného vlastníctva pri absencii voľby práva.....	171
Václav Stupka: E-Sbírka a e-Legislativa.....	185
Jan Tomíšek: Software jako věc v režimu nového občanského zákoníku.....	199

ANOTACE

Martin Husovec: Ústavnoprávní ochrana domény ako majetkovej hodnoty.....	213
Eva Fialová: Aktuální judikatura NSS k ochraně osobních údajů.....	217
Matěj Myška: Oprávněnost zdroje rozmnoženiny pro osobní potřebu a náhradní odměna.....	223
Jakub Míšek: Vyhledávač jako správce osobních údajů.....	229
Tomáš Kubeša: Jak dál s internetovými odkazy?.....	233
Martin Husovec: Zodpovedá za phishingom ukradnuté peniaze banka alebo klient?.....	241
Jakub Harašta, Matěj Myška: Přehled judikatury I/2014.....	255

RECENZE

Jakub Harašta: Geers, Kenneth. Strategic Cyber Security.....	267
---	-----

Revue pro právo a technologie

odborný recenzovaný časopis pro technologické obory práva a právní vědy

Vychází dvakrát ročně. Toto číslo vyšlo 30. 6. 2014.

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

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

Šéfredaktor: doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.

Zástupce šéfredaktora a kontaktní osoba: JUDr. 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 | www.revue.law.muni.cz.

Redakce: Mgr. Michal Koščík, Ph.D., Mgr. Václav Stupka, JUDr. Bc. Jaromír Šavelka, Mgr. Jakub Harašta.

Tajemník redakce: Martin Loučka.

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 Loebl, LL.M., JUDr. Ján Matejka, Ph.D., prof. RNDr. Václav Matyáš, M.Sc., Ph.D., Mgr. Antonín Panák, LL.M., doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D., Mgr. Bc. Adam Ptašník, Ph.D., JUDr. Danuše Spáčilová, JUDr. Eduard Szattler, Ph.D., JUDr. Tomáš Ščerba, Ph.D.

Grafická úprava: Martin Loučka, JUDr. Matěj Myška.

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

Vydání časopisu Revue pro právo a technologie bylo financováno z projektu „Právo a technologie II“, MUNI/A/0918/2013.

© 2014 Masarykova univerzita.

POKYNY PRO AUTORY

Revue pro právo a technologie je recenzovaný vědecký časopis. Recenzovány jsou příspěvky v sekci Téma a Diskuze. 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. V příspěvku by měly být použity nejvýše dvě úrovně nadpisů.

DOPORUČENÝ ROZSAH PŘÍSPĚVKŮ:

Sekce Téma: 30 – 80 normostran
Sekce Diskuze: 5 – 20 normostran
Anotace judikatury: 2 – 10 normostran
Recenze knihy: 1 – 5 normostran

Pro další informace ohledně struktury a formálních náležitostí příspěvků prosím navštivte stránku „Pokyny pro autory“ na webu www.revue.law.muni.cz.

FORMÁT CITACÍ

Citace se řídí primárně Směrnicí děkana PrF MU č. 4/2013 (dostupná z http://is.muni.cz/do/law/ud/predp/smer/S-04-2013_O_citacich_dokumentu.pdf), podpůrně pak normou ISO 690 standard, 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.

STRUKTURACE CITACE

PRIMÁRNÍ AUTORSKÉ ÚDAJE. *Název: podnázev informačního pramene.* Sekundární autorské údaje. Vydání. Místo vydání: Nakladatelství, rok. Fyzický popis.

Pro další informace ohledně citací a jejich příkladů prosím navštivte stránku „Pokyny pro autory“ na webu www.revue.law.muni.cz.

TERMÍNY PRO DODÁNÍ PŘÍSPĚVKŮ

Do letního čísla: 30. dubna
Do zimního čísla: 30. října

Autor zasláním příspěvku uděluje souhlas k užití svého příspěvku v elektronických databázích společností Wolters Kluwer, 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.

SOUHLAS SE ZPRACOVÁNÍM OSOBNÍCH ÚDAJŮ ZA ČASŮ INTERNETU

JAKUB MÍŠEK*

ABSTRAKT

Studie Souhlas se zpracováním osobních údajů za časů Internetu analyzuje právní podstatu souhlasu se zpracováním osobních údajů a zkoumá jeho roli v systému práva ochrany osobních údajů. Následně upozorňuje na nedostatky v současné právní úpravě i faktickém stavu, které jsou zapříčiněny, mimo jiné, masivním rozvojem informačních a komunikačních technologií a lpění na starých myšlenkových modelech. Zvláštní kapitola je věnována cookies a obdobným technologiím. Je zkoumán jejich vztah k právu ochrany osobních údajů a adekvátnost současné právní úpravy. Součástí studie jsou také návrhy na možná řešení diskutovaných problémů.

KLÍČOVÁ SLOVA

Ochrana osobních údajů, Ochrana soukromí, Souhlas se zpracováním osobních údajů, Cookies, Internet, Informační a komunikační technologie, Fetišismus

ABSTRACT

Study Consent to personal data processing in the Time of Internet analyses legal grounds of consent to personal data processing. The role of consent in the system of personal data protection is examined. The thesis draws attention to defections of current legal regulation as well as to problems of everyday situations, which are caused among other things by massive development of information and

* Jakub Míšek získal roku 2013 titul magistr umění v oboru Hudební teorie na Hudební a taneční fakultně Akademie múzických umění v Praze, roku 2014 pak získal magisterský titul v oboru Právo a právní věda na Právnické fakultě Masarykovy univerzity. Od roku 2012 působí jako externista na Odboru legislativy a zahraničních vztahů Úřadu pro ochranu osobních údajů, kde se zabývá primárně posuzováním vlivu nových technologií na ochranu osobních údajů. Kontaktní e-mail: jkb.misek@gmail.com

communication technologies. The study offers proposals of possible solutions for discussed problems. A specific chapter is dedicated for cookies and similar technologies. Their relationship with personal data protection is examined.

KEYWORDS

Personal Data Protection, Privacy Protection, Consent to Personal Data Processing, Cookies, Internet, Information and Communication Technologies, Fetishism

1. ÚVOD

Ochrana osobních údajů představuje jednu z klíčových oblastí ochrany soukromí. Zásady, na kterých je postavena, byly poprvé formulovány v osmdesátých letech¹ a jsou dodnes platné. V průběhu desetiletí se tato oblast postupně formalizovala a její ustanovení se přesouvala do dokumentů se stále vyšší právní silou. Dnes najdeme ochranu osobních údajů ve stupních nejvyšších, v Listině základních práv Evropské unie² i v ústavních dokumentech.³ S masivním rozvojem informačních a komunikačních technologií došlo přirozeně k nárůstu možností jak a v jakém rozsahu osobní údaje zpracovávat, stejně tak jako k navýšení počtu zpracování, která jsou prováděna.⁴ Paradigma ochrany osobních údajů se za poslední roky působením nových technologií zásadně změnilo. Cloudové technologie, Internet of Things nebo další služby informační společnosti, představují pro ochranu osobních údajů zásadní výzvy, se kterými se doposud zákonodárci, výkladové orgány ani akademická obec

¹ Srovnej *Thirty years after, The OECD privacy guidelines*. OECD, © 2011 [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/49710223.pdf>.

² 2012/C 326/02, Listina základních práv Evropské unie. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [vid. 10. 6. 2014]. Čl. 8.

³ Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [vid. 10. 6. 2014]. Čl. 10 odst. 3.

⁴ Srovnej například: SOLOVE, Daniel J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemmas. *Harvard Law Review* [online]. 2013, vol. 126, no. 7, pp. 1880-1903. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018.

WOLF, Christopher; POLONETSKY, Jules. An Updated Privacy Paradigm for the "Internet of Things". *Future of Privacy Forum* [online]. Future of privacy, 2013, 12 s. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.futureofprivacy.org/wp-content/uploads/Wolf-and-Polonetsky-An-Updated-Privacy-Paradigm-for-the-%E2%80%9CInternet-of-Things-%E2%80%9D-11-19-2013.pdf>.

nedokázali plně vyrovnat. Tato studie se zaměřuje na jeden z klíčových institutů systému ochrany osobních údajů – souhlas se sběrem a zpracováním osobních údajů. Jejím cílem je posoudit jeho současnou právní úpravu a její praktické použití a dopad na adresáty právních norem. Zabývá se právní povahou souhlasu se zpracováním osobních údajů, zda se jedná o jednostranné nebo vícestranné právní jednání, jaký je vztah souhlasu a smlouvy a jaké jsou následky nevhodného použití tohoto institutu.

Nové technologie přinesly nečekané výzvy pro koncept ochrany osobních údajů, jak jej známe dnes, a souhlas není výjimkou. Současný systém je postaven na principu svobody vůle a schopnosti člověka (subjektu údajů) určit si, pro jaké příležitosti chce své údaje poskytnout a v jakých případech je neposkytne. Navýšení počtu zpracování, k nimž je souhlas vyžadován, však vede k rutinizaci udělování souhlasu, nepřehlednosti a v konečném důsledku k naprosté neefektivnosti tohoto právního institutu jako celku. Jak uvádí například Daniel J. Solove,⁵ nebo Frederik Borgesius,⁶ další překážkou bránící efektivnímu fungování souhlasu je psychologie lidského rozhodování, které rozhodně není tak racionální, jak zákonodárce předpokládá. Když se ke zmiňovaným problémům přidá ještě fakt, že lidé osobním údajům přikládají jen nízkou hodnotu,⁷ je evidentní, že rozdíl mezi tím, jak by institut souhlasu měl fungovat a jak opravdu funguje, je vpravdě propastný. O těchto a dalších problémech souhlasu, stejně jako o jejich možných řešeních, pojednává třetí kapitola.

Souhlas je důležitým konceptem i v právní úpravě cookies a podobných technologií, které spadají pod věcnou působnost článku 5 odst. 3 Směrnice

⁵ SOLOVE, Daniel J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemmas. *Harvard Law Review* [online]. 2013, vol. 126, no. 7, pp. 1880-1903. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018.

⁶ BORGESIOUS, Frederik. *Consent to behavioural targeting in European Law: What are the policy implications of insights from behavioural economics?* [online]. Amsterdam: Institute for Information Law, 2013, 58 s. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.ivir.nl/staff/borgesius.html>.

⁷ Srovnej např. ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. When 25 Cents is Enough: Willingness to Pay and Willingness to Accept for Personal Information [online]. *Workshop on the Economics of Information Security*. 2007, 22s. In: Carnegie Mellon University [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://weis2007.econinfosec.org/papers/66.pdf>, nebo KUMPOŠT, Marek; MATYÁŠ, Václav. Jak si lidé cení soukromí? *Zpravodaj ÚVT MU* [online]. Brno: Masarykova univerzita, 2009, roč. 20, č. 1, s. 13-20. [cit. 10. 6. 2014]. ISSN 1212-0901. Dostupné z: <http://www.ics.muni.cz/zpravodaj/articles/626.html>.

2002/58/ES,⁸ případně § 89 odst. 3 Zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích.⁹ Zákonodárce pomocí analyzovaného ustanovení vytváří další vrstvu ochrany soukromí. Metoda, kterou zvolil, tedy že souhlas s použitím technologie cookies přímo váže na souhlas se zpracováním osobních údajů, je však zcela nesystematická a poněkud nešťastná, protože dále prohlubuje problémy, o kterých pojednává třetí kapitola této práce. Silný tlak na omezování cookies využívaných k cílené reklamě navíc vede k zapojování technologií, které plní stejný účel, ale jsou ze strany uživatele hůře detekovatelné. Tím se snižuje jeho schopnost bránit se proti nim a dochází tedy ke zhoršení jeho pozice. Těmto otázkám se věnuje kapitola čtvrtá.

Cílem studie je více otevřít téma souhlasu se zpracováním osobních údajů v českém odborném prostředí. Zatímco ve světovém diskurzu už proběhl celý cyklus od pozice „Souhlas se zpracováním údajů je skvělý“, přes „Role souhlasu se nesmí přeceňovat“ a „Souhlas je mrtvý“, až po návrat k pozici „Souhlas má v systému ochrany osobních údajů své místo“, v Čechách diskuze zaostala na prvním kroku „Souhlas je skvělý“. Studie si klade za cíl zpochybnit tuto tezi, upozornit na nedostatky, které současná právní úprava má, navrhnout některá možná řešení a hlavně otevřít v českém diskurzu prostor pro diskusi o roli a budoucnosti souhlasu se zpracováním v systému ochrany osobních údajů.

Tato studie je založena na mé diplomové práci. Její dílčí část byla přijata k publikaci jako studie „*Consent to personal data processing – The Panacea or The dead end?*“ časopisem Masaryk University Journal of Law and Technology.¹⁰ V nyní publikované práci byl text zásadně přepracován a rozšířen.

⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích). In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

⁹ Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích). In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹⁰ Studie bude publikována v čísle 1/2014.

2. SOUHLAS V PRÁVU A OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Souhlas se zpracováním osobních údajů je jedním ze zástupců právního institutu souhlasu, specifický svými zákonnými požadavky a příležitostmi, při které se používá. První kapitola tohoto textu slouží jako vhléd do problematiky. V první podkapitole se zabývám charakterem souhlasu v jeho nejobecnější možné podobě, Hohfeldovskou analýzou právního vztahu a vlivem souhlasu na změnu právního vztahu z pohledu této analýzy. Druhá podkapitola je stručným představením právního rámce ochrany osobních údajů a to jak v Evropské unii, tak v České republice. Poslední podkapitola propojuje předchozí, pojednává o souhlasu se zpracováním osobních údajů z pohledu Hohfeldovy teorie a zabývá se otázkou, zda je souhlas se zpracováním jednostranným nebo dvoustranným právním jednáním.

2.1 SOUHLAS V PRÁVU

Vezměme si pro začátek výkladu o souhlasu v právu několik příkladů z českého právního řádu, které stanoví možnost souhlas použít. První je z oblasti soukromého práva a souvisí s ochranou absolutního majetkového práva. Dle § 1042 občanského zákoníku¹¹ se může vlastník věci domáhat ochrany proti každému, kdo neprávem do jeho vlastnického práva zasahuje. Pokud však vlastník udělí jiné osobě souhlas, že do vlastnického práva zasáhnout může,¹² nejedná se již o neoprávněný zásah. Jako druhý příklad jsem vybral § 30 trestního zákoníku,¹³ který jako jednu z okolností vylučujících protiprávnost činu jinak trestného uvádí svolení, tedy souhlas, poškozeného. Třetím příkladem je informovaný souhlas dle zákona o zdravotnických prostředcích,¹⁴ který působí jako způsob legitimizace provedení klinických zkoušek na pacientovi. Bez tohoto souhlasu, případně bez jiného důvodu ospravedlňujícího zásah, by byl takovýto postup

¹¹ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹² Takovým zásahem může být například zřízení věcného břemene na nemovité věci, nebo to, že jiná osoba věc zcizí.

¹³ Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹⁴ § 10 odst. 1 písm. b) zákona č. 123/2000 Sb., o zdravotnických prostředcích a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

protiprávní vzhledem k zákonné ochraně osobnosti a tělesné integrity člověka. Ta je zakotvena v šestém oddílu druhé hlavy první části občanského zákoníku,¹⁵ který se věnuje ochraně osobnosti člověka. Zde zákonodárce stanoví, že s výjimkou v zákoně uvedených důvodů, může být do osobní integrity zasaženo jen se souhlasem daného člověka.

Z výše uvedených příkladů můžeme formulovat tezi, že souhlas slouží jako oprávnění k činnosti jinak zákonem nedovolené. Deryck Beyleveld a Roger Brownsword ve své monografii *Consent in the Law* tvrdí, že se jedná o procesní oprávnění.¹⁶ Zatímco totiž osoba, která souhlas dává, může vykonávat předmětná práva na základě hmotně právního zákonného zmocnění, osoba, které byl souhlas udělen, je může vykonávat toliko na základě daného souhlasu. V okamžik udělení souhlasu se navíc souhlasící vzdává části svých práv, nebo minimálně jejich ochrany, ve prospěch toho, komu svůj souhlas udělil.

U Beylevelda s Brownswordem ještě zůstaneme. Ve své práci velmi zajímavě navázali na tradiční Hohfeldovu analýzu právních vztahů, kterou rozpracovali o vliv souhlasu na předmětné kategorie právních vztahů.¹⁷ Wesley Newcomb Hohfeld ve studii *Fundamental Legal Conceptions*¹⁸ poukazuje na terminologickou nepřesnost, kdy termín „právo“ („right“) nese najednou hned několik vnitřních významů a tím označuje několik úrovní vztahu mezi subjekty práva. Těmito významy jsou právo v úzkém slova smyslu (nárok) („right“, nebo „claim“), privilegium („privilege“), pravomoc („power“) a imunita („immunity“),¹⁹ k nimž se korelativně řadí povinnost („duty“), absence práva („no-right“), podřízení se²⁰ („liability“)

¹⁵ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014]. § 81 a následující.

¹⁶ BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in the Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, 388 s. ISBN 978-1-84113-679-4. s. 81.

¹⁷ *Ibid*, s. 64 – 85.

¹⁸ HOHFELD, Wesley, Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions*. In: COOK, Walter, Wheeler. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University Press, 1923, s. 23-144.

¹⁹ Používám českou terminologii, kterou užil Hubert Smekal. SMEKAL, Hubert. *Lidská práva*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 22.

²⁰ V případě tohoto termínu se jedná o můj překlad, protože Smekal českou variantu nenabízí. Zvolil jsem tento termín jako překlad Hohfeldova „liability“ proto, že přímý překlad „odpovědnost“ by byl vzhledem k zažitému kontextu zavádějící. Pro termín „podřízení se“ navíc hovoří následující Hohfeldův citát: „Perhaps the nearest synonym of ‘liability’ is ‘subjection’ or ‘responsibility’.“ In: HOHFELD, Wesley, Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions*. In: COOK, Walter, Wheeler. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University Press, 1923, s. 59.

a nezpůsobilost („*disability*“). Následující tabulka přehledně ukazuje vztahy mezi uvedenými pojmy:

Právní Opozita	Právo	Privilegium	Pravomoc	Imunita
	Absence práva	Povinnost	Nezpůsobilost	Podřízení se
Právní Korelace	Právo	Privilegium	Pravomoc	Imunita
	Povinnost	Absence práva	Podřízení se	Nezpůsobilost

Tabulka 1 Hohfeldovo schéma²¹

První dva sloupce obsahují pojmy, které se zabývají obsahem právního vztahu. Druhé dva obsahují termíny, jejichž předmětem je možnost nakládání s daným právním vztahem. Pod sebou zařazená právní opozita se vztahují k jedné osobě, jedné straně právního vztahu.²² Pod sebou zařazené právní korelace se vztahují ke dvěma osobám, které pojí právní vztah. První z uvedených právních vztahů je nejklassičtější dvojice právo (nárok) a tomu odpovídající povinnost druhého něco dle tohoto práva činit či nečinit. Termín privilegium představuje možnost vykonávat určité právo, jemu přiřazená absence práva představuje nemožnost druhého do tohoto vykonávání zasáhnout. Jak připomínají Beyleveld s Brownswordem,²³ tyto charakteristiky jsou oddělené a samostatné. Mějme následující příklad: „A“ je vlastníkem pozemku, „B“ má tedy povinnost nezasahovat do jeho vlastnického práva. „A“ má privilegium, že může své vlastnické právo vykonávat a „B“ nemá možnost do tohoto privilegia zasáhnout.²⁴ Za předpokladu, že by „A“ s „B“ uzavřeli dohodu, že výhradně „B“ bude na pozemku sbírat jablka, „A“ by se připravil o privilegium vykonávat sběr jablek, a do doby, než by se tato dohoda změnila, neměl by právo do sběru

²¹ HOHFELD, Wesley, Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions*. In: COOK, Walter, Wheeler. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University Press, 1923, s. 36.

²² SMEKAL, Hubert. *Lidská práva*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2013, 195 s. ISBN 978-80-210-6388-4. s. 23.

²³ BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in the Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, s. 66.

²⁴ Za předpokladu, že „A“ nebude své právo vykonávat způsobem, kterým by narušil sousedská práva „B“.

„B“ zasáhnout. Ruku v ruce s tím jde implicitní souhlas „A“, že se „B“ může v době sběru pohybovat po pozemku „A“.

Podívejme se na druhé dva sloupce tabulky. Pravomoc znamená možnost osoby rozhodnout, co se s daným právním vztahem stane. Podřízení se je povinnost druhého toto rozhodnutí přijmout, snést takový zásah. Imunita značí ochranu proti zásahu do právního vztahu a konečně nezpůsobilost je absence pravomoci se vztahem nakládat. Hohfeld s mírnou nadsázkou těchto osm pojmů označuje za „nejnižší společný dělitel práva“²⁵ a celý systém přehledně shrnuje takto:

*“A right is one's affirmative claim against another, and a privilege is one's freedom from the right or claim of another. Similarly, a power is one's affirmative "control" over a given legal relation as against another; whereas an immunity is one's freedom from the legal power or "control" of another as regards same legal relation.”*²⁶

Beyleveld s Brownswordem do Hohfeldovy čtveřice korelujících vztahů výslovně zakomponovali souhlas²⁷ a došli k poznatku, že souhlas může v případě první dvojice vztahů působit dvěma způsoby. První z nich je, že souhlas je výkonem pravomoci, kterou má jedna strana nad právním vztahem, a dojde ke změně vztahu z právo/povinnost ve prospěch „A“ na nový vztah privilegium/absence práva ve prospěch „B“, případně naopak. Druhým způsobem je zachování původního vztahu mezi „A“ a „B“, s tím, že změna (právoplatnost počínání „B“, které by jinak bylo porušením povinnosti vůči právu „A“, kterou souhlas způsobí, proběhne uvnitř daného vztahu. Efektem samozřejmě bude omezení silnější strany a posílení slabší strany adekvátně k prvnímu případu.²⁸

Pro ilustraci se vraťme ještě na okamžik k příkladu se sběrem jablek. Mějme subjekt „A“, vlastníka pozemku s ovocnými stromy, který má právo erga omnes, aby do jeho vlastnického práva nebylo zasahováno. Jedná se

²⁵ HOHFELD, Wesley, Newcomb. Fundamental Legal Conceptions. In: COOK, Walter, Wheeler. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University Press, 1923, s. 64.

²⁶ Ibid, s. 60. „Právo je pozitivní nárok, který má jeho vykonavatel vůči jinému a privilegium je svoboda, na právu (nároku) jiného. Podobně, pravomoc je pozitivní kontrola nad právním vztahem, kdežto imunita je svoboda na právní moci jiného týkající se stejného právního vztahu.“

²⁷ BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in the Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, s. 75 a n.

²⁸ Viz Ibid. S. 81-82.

tedy o modus právo a k němu odpovídající povinnost. „A“ udělí souhlas „B“, že se stane oprávněným ke sběru jablek. Tato situace se dle Beyleveld²⁹ dá vykládat buď jako využití pravomoci nad právním vztahem, kterou „A“ má, a změny vztahu na modus privilegium sběru jablek pro „B“ a absence práva do tohoto privilegia bez dalšího zasáhnout na straně „A“. Druhou variantou je, že zůstane zachován modus právo / povinnost do práva nezasáhnout, ale dojde k sebeomezení „A“ a oprávnění „B“, díky čemuž nebude sběr jablek považován za porušení vlastnického práva „A“. Tato změna však může proběhnout i v opačném směru. Jiným případem by bylo, kdyby se „A“, který má na své zahradě privilegium sběru jablek, zavázal „B“, že nebude jablka sbírat. „B“ doposud neměl žádné právo, jak by mohl zasáhnout do privilegia „A“. Opět se zde dle Beyleveld³⁰ nabízí použít dvojí interpretace dané situace. První možnost je, že vznikne nový vztah povinnosti nesebírat jablka na straně „A“ a tomu odpovídající právo aby tato povinnost nebyla porušena na straně „B“. Druhou možností je, že zůstane zachován vztah privilegium / absence práva s tím rozdílem, že se „A“ části svého práva vzdá ve prospěch „B“.

Zde uvedené poznatky Beyleveld s Brownswordem správně shrnují tak, že základní funkcí souhlasu v právu je poskytnout procesní oprávnění příjemci souhlasu něco činit na základě toho, že:³¹

- I) poskytovatel souhlasu udělí pravomoc příjemci souhlasu něco činit,
- II) poskytovatel souhlasu se vzdá svého práva, a nebo
- III) poskytovatel souhlasu se vzdá svého práva nebo udělí pravomoc příjemci souhlasu něco činit tím, že změní právní vztah mezi nimi.

Z uvedeného jasně vyplývá, že souhlas působí jako prostředek vzniku, změny, nebo zániku právního vztahu. Jelikož se jedná o jev závislý na vůli

²⁹ Ibid. S. 75.

³⁰ Ibid. S. 76.

³¹ Ibid. S. 83.

subjektu, můžeme, za předpokladu že nepůjde o individuální právní akt,³² celkem bezpečně říci, že souhlas je právním jednáním.³³

2.2 STRUČNÉ POJEDNÁNÍ O OBECNÉ ÚPRAVĚ OCHRANY OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Účelem této podkapitoly je stručné uvedení do problematiky ochrany osobních údajů a seznámení s aktuální právní úpravou jak na půdě Evropské unie, které se věnuje první oddíl, tak na území České republiky, které je věnován oddíl druhý. Zaměřuji se zejména na postavení, jaké v právní úpravě zastává institut souhlasu se zpracováním údajů.

2.2.1 OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ V EVROPSKÉ UNII

Budeme-li postupovat dle právní síly, prvním předpisem, ve kterém se s ochranou osobních údajů setkáme, je Listina základních práv Evropské unie.³⁴ Ochrana osobních údajů, zakotvená v článku 8, je systematicky zařazena k dalším článkům garantujícím respektování soukromého života. Listina základních práv EU rozpracovává a dovádí do detailu ochranu soukromí dle čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv, ze které vychází.³⁵ Na rozdíl od ní již obsahuje samostatné právo člověka na ochranu osobních údajů. Článek 8 Listiny základních práv EU zakládá každému právo na ochranu osobních údajů, které se ho týkají. Druhý odstavec je destilátem směrnice 95/46/ES, o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (dále jen Směrnice o ochraně osobních údajů),³⁶ z níž toto ustanovení ideově vychází. Stanoví totiž následující:

³² Souhlas může být samozřejmě výsledkem činnosti správního orgánu, jako příklad můžeme uvést územní souhlas. Tento aspekt souhlasu však stojí mimo záběr předkládaného textu a dále se jím proto nebudu zabývat.

³³ Srovnej například: ŠKOP, Martin; MACHÁČ, Petr. *Základy právní nauky*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, 196 s. ISBN 978-80-7357-709-4. s. 136.

³⁴ 2012/C 326/02, Listina základních práv Evropské unie. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

³⁵ Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod ve znění protokolů č. 3, 5 a 8. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

³⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 95/46/ES ze dne 24. října 1995 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

„[Osobní, JM.] údaje musí být zpracovány korektně, k přesně stanoveným účelům a na základě souhlasu dotčené osoby nebo na základě jiného oprávněného důvodu stanoveného zákonem. Každý má právo na přístup k údajům, které o něm byly shromážděny, a má právo na jejich opravu.“³⁷

Již jen z textu tohoto odstavce můžeme vyvodit základní modus práva ochrany osobních údajů na území Evropské unie. Je jím obecný zákaz zpracovávat osobní údaje,³⁸ který je překonatelný, má-li správce údajů nějaký zákonem stanovený důvod pro zpracování. Povšimněme si také privilegované role, kterou v evropské legislativě souhlas mezi těmito zákonem stanovenými důvody zaujímá. Jako jediný je zde uvedený výslovně, veškeré ostatní důvody jsou ukryty pod obecnou množinou „jiné oprávněné důvody stanovené zákonem“. Je to tedy jediný legitimizační důvod, který je podepírán právní silou předpisu stojícího na úrovni primárních smluv.³⁹

Připomeňme krátce, jaké je místo a aplikace Listiny základních práv EU v evropském právu. Dle čl. 6 odst. 1 Smlouvy o Evropské unii ve znění Lisabonské smlouvy,⁴⁰ Evropská unie uznává práva, svobody a zásady obsažené v Listině základních práv EU. Čl. 6 zároveň Listině základních práv EU uděluje stejnou právní sílu, jakou mají primární smlouvy.⁴¹ Dle článku 51 Listiny základních práv EU jsou její ustanovení určena orgánům, institucím a jiným subjektům Unie a členskými státy, výhradně pokud uplatňují právo Unie.

Sekundárním předpisem, který konkrétně upravuje právo na ochranu osobních údajů při zpracování osobních údajů orgány a institucemi Unie, je

³⁷ Článek 8, odst.2, 2012/C 326/02, Listina základních práv Evropské unie. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

³⁸ Subjektem údajů je osoba, o kterou dané údaje identifikují. Viz čl. 2 písm. a) Směrnice o ochraně osobních údajů. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

³⁹ Uvědomuji si, že možná v tomto místě přikládám textu Listiny a výskytu souhlasu v něm větší význam, než v dané souvislosti ve skutečnosti má. Na druhou stranu, kdyby zde souhlas zákonodárce uvést nechtěl, nemusel by tak činit. Souhlas se totiž perfektně vejde do množiny „oprávněných důvodů stanovených zákonem“.

⁴⁰ 2007/C 306/01, Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

⁴¹ Srovnej: CHMEL, Marek; SYLLOVÁ, Jindřiška. *Listina základních práv Evropské unie a česká „výjimka“ z Listiny* [online]. Praha: Parlamentní institut, 2009 [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=59998>

Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 45/2001.⁴² Tento předpis rovněž ideově vychází ze Směrnice o ochraně osobních údajů. Souhlas je zde uveden jako zákonný důvod pro zpracování údajů v čl. 5, písm. d).⁴³ Je zajímavé, že na rozdíl od Směrnice o ochraně osobních údajů souhlas není mezi dalšími důvody pro zpracování umístěn na prvním místě, ale téměř až na samém konci taxativního výčtu. Důvodová zpráva k tomu říká následující:

„The criteria have been listed in the order of practical importance that can reasonably be expected in the case of public authorities such as Community institutions and bodies. In particular, it is only logical to place at the top of the list the performance of the task carried out by those institutions and bodies. By the same token, ... the data subject's consent or vital interests should not in practice be the criteria most often applied in order to make processing legitimate.“⁴⁴

Díky tomuto citátu se poprvé v tomto textu setkáváme s problémem, který zůstane aktuální až do jeho konce. Tím je otázka, kdy legitimizovat zpracování osobních údajů pomocí souhlasu, a kdy některým jiným zákonným důvodem. V případě Nařízení Komise a Rady č. 45/2001 je převládajícím principem zásada legality, která říká, že orgány státní správy mohou činit jen to, co je jim zákonem dovoleno. Z toho důvodu jsou v tomto nařízení legitimační důvody spočívající v plnění zákonných povinností předrženy svobodné vůli, kterou souhlas představuje. Způsob, jakým je zde tato otázka upravena, je dle mého názoru velmi vhodný, jelikož jasně vyznačuje priority pro konkrétní situaci zpracování údajů veřejnou institucí.

⁴² Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 45/2001 ze dne 18. prosince 2000 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů orgány a institucemi Společenství a o volném pohybu těchto údajů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

⁴³ *Ibid.*, čl. 5 písm. d).

⁴⁴ 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 by the institutions and bodies of the Community and on the free movement of such data, COM(1999) 337 final, s. 39. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0337:FIN:EN:PDF>. „Kritéria byla uvedena v pořadí, které odpovídá jejich předpokládané praktické důležitosti pro případy jejich použití institucemi a orgány Společenství. Konkrétně, je zcela logické umístit na začátek seznamu zpracování nezbytné pro výkon činnosti daných institucí a orgánů. Zároveň, ... souhlas subjektu údajů, nebo zachování jeho životně nezbytných zájmů, by neměly být nejčastěji používané důvody pro legitimizaci zpracování osobních údajů.“

Směrnice o ochraně osobních údajů 95/46/ES tvoří základní právní rámec ochrany osobních údajů v Evropské unii a díky jejím implementacím i ve členských státech. Jak jsem již naznačil v předchozích odstavcích, základní modus nakládání s osobními údaji je vyloučení jejich zpracování správcem nebo zpracovatelem,⁴⁵ ledaže existuje zákonný důvod pro zpracování. Toto pravidlo stanoví první věta článku 7 Směrnice o ochraně osobních údajů.⁴⁶ Důvody, které zpracování legitimizují, jsou taxativně vypsány v témže článku. Hned na prvním místě (čl. 7, písm. a)) je nezpochybnitelný souhlas subjektu údajů, který je jinak zákonně definován článkem 2 písm. h) Směrnice o ochraně osobních údajů jako

„jakýkoli svobodný, výslovný a vědomý projev vůle, kterým subjekt údajů dává své svolení k tomu, aby osobní údaje, které se jej týkají, byly předmětem zpracování.“⁴⁷

Souhlas se zpracováním patří mezi klíčové prvky Směrnice a objevil se již v jejím prvním návrhu z roku 1990.⁴⁸ Mezi další zákonné důvody, které umožňují zpracování i bez souhlasu subjektu údajů, patří:

- je-li zpracování nezbytné pro splnění smlouvy, kde je subjekt údajů jednou ze stran, nebo pro provedení opatření přijatých před uzavřením smlouvy na žádost tohoto subjektu (čl. 7, písm. b)),
- je-li zpracování nezbytné pro splnění právní povinnosti, které správce podléhá (čl. 7, písm. c)),
- je-li zpracování nezbytné pro zachování životně důležitých zájmů subjektu údajů (čl. 7, písm. d)),
- je-li zpracování nezbytné pro vykonání úkolu ve veřejném zájmu nebo při výkonu veřejné moci (čl. 7, písm. e)), nebo
- je-li zpracování nezbytné pro uskutečnění oprávněných zájmů správce nebo třetí osoby či osob, kterým jsou údaje sdělovány, za podmínky, že tento zájem vyjde pozitivně z testu proporcionality,

⁴⁵ Vzhledem k tomu, že není předmětem této práce zabývat se rozdíly a vztahem správce a zpracovatele osobních údajů, a také proto, že oprávnění zpracovatele zpracovávat údaje je odvozeno od oprávnění správce, budu nadále hovořit toliko o správci.

⁴⁶ Směrnice o ochraně osobních údajů. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

⁴⁷ Ibid. Čl. 2, písm. h).

⁴⁸ Proposal for a Council Directive concerning the protection of individuals in relation to the processing of personal data, COM (90), 314 final, SYN 287 and 288, Brussels, 13 September 1990. In: *Archive of European Integration* [online]. University of Pittsburgh [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://aei.pitt.edu/3768/1/3768.pdf>.

při kterém je vážen vůči právům a právem chráněným zájmům, které může narušit (čl. 7, písm. f)).

Zvláštní kategorie osobních údajů, jako jsou například údaje o etnickém původu, politických názorech a náboženském přesvědčení, jsou článkem 8 Směrnice o ochraně osobních údajů zařazeny do přísnějšího režimu ochrany, který některé legitimizační důvody článku 7 vylučuje (například plnění smlouvy) a ostatní zpřísňuje. Zpřísněná podoba souhlasu⁴⁹ předpokládá výslovný souhlas subjektu údajů.

Posledním případem, kdy se ve Směrnici objevuje institut souhlasu, je čl. 26, který souhlas stanoví jako způsob legitimizace předávání osobních údajů do zahraničí. Účel tohoto souhlasu je sice jiný, než je v případě souhlasu se shromažďováním a zpracováním údajů, formální požadavky jsou však na něj kladeny stejné. Směrnice je v tomto směru nikterak nerozlišuje a pro jeho platnost musí být splněny stejné podmínky, jaké jsou kladeny na souhlas se zpracováním.

Jako *lex specialis* vůči Směrnici o ochraně osobních údajů působí v oblasti elektronických komunikací Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích.⁵⁰ To je založeno čl. 1 odst. 2, který stanoví, že „ustanovení této směrnice upřesňují a doplňují směrnici 95/46/ES“. Článek 2, který definuje podstatné právní termíny pro tuto směrnici, dále v písm. f) stanoví, že „souhlas“ uživatele či účastníka odpovídá souhlasu subjektu údajů dle Směrnice o ochraně osobních údajů. To se projevuje zejména v třetím odstavci článku 5 Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích, který upravuje cookies a podobné technologie. Původně bylo použití cookies v režimu opt-out, tedy že se jich mohlo použít, pokud uživatel neprojevil s jejich použitím nesouhlas. Evropská Směrnice č. 2009/136/ES⁵¹ změnila úpravou zmíněného článku režim použití cookies

⁴⁹ Ibid. čl. 8, odst. 2, písm. a).

⁵⁰ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích). In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

⁵¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2009/136/ES ze dne 25. listopadu 2009, kterou se mění směrnice 2002/22/ES o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací, směrnice 2002/58/ES o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací a nařízení (ES) č. 2006/2004 o spolupráci mezi vnitrostátními orgány příslušnými pro vymáhání dodržování zákonů na ochranu zájmů spotřebitele. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

na opt-in. Uživatel tedy nyní musí předem udělit poskytovateli služby souhlas s jejich použitím, jinak k němu nemůže dojít. Tento souhlas navíc musí splňovat požadavky na souhlas se zpracováním osobních údajů dle Směrnice o ochraně osobních údajů. Detailnímu rozboru uvedených ustanovení včetně výjimek z povinnosti souhlasit, je čtvrtá kapitola této práce.

Závěrem tohoto přehledového oddílu jen velmi stručně pojednám o připravovaném obecném nařízení o ochraně osobních údajů (dále „GDPR“).⁵² Od 25. ledna 2012, kdy byl návrh nařízení na půdě Evropské komise zveřejněn, došlo vzhledem k tisícům připomínek k nepočítaně úprav.⁵³ 12. března 2014 prošel návrh s vybranými připomínkami prvním čtením na půdě Evropského parlamentu.⁵⁴ S touto poměrně aktuální verzí pracuji. Stále však platí, že před dokumentem ještě stojí dlouhá legislativní cesta, během níž se může dojít k jeho změně. Jakkoli blíže analyzovat text GDPR, stále znamená stát na velmi kluzké a velmi pohyblivé ploše, a je proto dle mého názoru na místě určitá zdrženlivost. Jelikož věštění z čajových lístků nikdy nepatřilo do oblasti mé odbornosti, nebudu se pokoušet předvídat budoucnost, ale na základě aktuálního znění GDPR komentuji tendence, které jsou z něj znatelné.

Jednou z těchto tendencí je vědomé posílení role souhlasu se zpracováním. Čl. 4 odst. 8 návrhu GDPR uvádí, že souhlas musí být výslovný a nebude tedy již možné souhlasit konkludentně.⁵⁵ To potvrzuje i upravená verze recitálu č. 31 GDPR,⁵⁶ která rovněž výslovně uvádí zmíněný požadavek. Stejně jako v dnešní úpravě, dle čl. 6 návrhu GDPR je souhlas se zpracováním jedním z důvodů, které umožňují zpracování

⁵² Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (obecné nařízení o ochraně údajů), COM(2012) 11 final, 2012/0011. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_cs.pdf.

⁵³ Spisu s návrhem nařízení se na odboru legislativy a zahraničních vztahů Úřadu pro ochranu osobních údajů přezdívá familiárně „Tlustoch“.

⁵⁴ Progress on EU data protection reform now irreversible following European Parliament vote. *Press releases database* [online]. Europa.eu, [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-186_en.htm.

⁵⁵ Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (obecné nařízení o ochraně údajů), COM(2012) 11 final, 2012/0011. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_cs.pdf. Čl. 4 odst. 8.

osobních údajů. Velmi podstatný je čl. 7 návrhu GDPR, který upravuje podmínky nezbytné pro vyjádření platného souhlasu. Velice zajímavé je ustanovení upraveného čl. 7 odst. 4 b),⁵⁷ které zakazuje podmiňovat poskytování služeb udělením souhlasu, pokud pro jejich funkčnost není nezbytně nutný.

2.2.2 OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ V ČESKÉ REPUBLICE

V tomto oddílu budeme postupovat analogicky k předchozímu, od předpisů nejvyšší právní síly k předpisům s nižší právní silou a od obecných ke speciálním. Na ústavní úrovni je právo na ochranu osobních údajů součástí práva na soukromí v širším smyslu,⁵⁸ které garantuje článek 10 Listiny základních práv a svobod (dále „LZPS“).⁵⁹ Tento článek stanoví ve třetím odstavci, který Eliška Wagnerová v komentáři k LZPS označuje jako „Informační sebeurčení“,⁶⁰ že každý má právo na ochranu před neoprávněným shromažďováním, zveřejňováním nebo jiným zneužíváním údajů o své osobě.

Je celkem bez diskuze, a výše zmíněné ustanovení LZPS to potvrzuje, že ochrana osobních údajů je specifickou oblastí práva ochrany soukromí, a tedy ochrany osobnosti, což zase například dokládá systematické zařazení pododdílu „Podoba a soukromí“ do oddílu „Osobnost člověka“ v občanském zákoníku.⁶¹ Občanský zákoník představuje obecnou úpravu ochrany soukromí na úrovni běžného zákona. Jak správně poznamenává Nonnemann,⁶² je poněkud nešťastné, že byt' došlo k detailnějšímu rozpracování ochrany soukromí oproti starému občanskému zákoníku,

⁵⁶ Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM (2012)0011–C7-0025/2012-2012/0011(COD)). *Evropský parlament* [online]. Europarl.europa.eu [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/pr/922/922387/922387en.pdf. s. 17.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 76.

⁵⁸ WAGNEROVÁ, Eliška et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2012, 931 s. ISBN 978-80-7357-750-6. s. 277.

⁵⁹ Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

⁶⁰ WAGNEROVÁ, Eliška et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2012, s. 284.

⁶¹ § 81 a následující zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

zákonodárce nikterak nezohlednil platnou právní úpravu ochrany osobních údajů a nejen, že nesjednotil terminologii mezi předpisy, ale nikterak výslovně nevyjasnil, jaký vztah mezi sebou občanský zákoník a Zákon o ochraně osobních údajů mají.

Nezbývá než vycházet z obecných právních zásad a řídit se pravidlem *lex specialis derogat legi generali*. Zákon o ochraně osobních údajů je pro předmětnou oblast ochrany soukromí zvláštním zákonem, a má proto interpretační přednost před občanským zákoníkem.

V Občanském zákoníku je souhlas - v jeho terminologii „svolení“, hlavním legitimačním důvodem pro zásah do soukromí člověka.⁶³ Stojí za zmínku, že § 87 výslovně umožňuje udělený souhlas odvolat a to i v případě, že byl dán na dobu určitou. Svědčí to o tom, že zákonodárce akcentuje právo člověka spravovat a hlídat si své soukromí.

Zákon o ochraně osobních údajů je implementací evropské Směrnice o ochraně osobních údajů a analogicky tak tvoří základní rámec právní úpravy ochrany osobních údajů v českém právním řádu. Souhlas se zpracováním je v něm upraven velmi obdobně jako ve zmíněné směrnici, stejně je na tom i výčet dalších legitimizačních důvodů pro zpracování. Detailní analýze právních náležitostí souhlasu je věnována následující kapitola, na tomto místě se však zastavme u některých dalších povinností, které musí správce splnit, aby mohl osobní údaje zpracovávat. Základní povinností správce je stanovit účel zpracování⁶⁴ a tomuto účelu zpracování podřídit.⁶⁵ Účel musí být vyjádřen dostatečně konkrétně, jelikož se dle něj posuzuje, který z legitimizačních důvodů bude použit.⁶⁶ Další povinnosti, které na tuto přímo navazují, jsou povinnost shromažďovat jen údaje odpovídající účelu a to v nezbytném rozsahu⁶⁷ a povinnost zpracovávat

⁶² Srovnej NONNEMANN, František. Právní úprava ochrany osobnosti v novém občanském zákoníku a její vztah k ochraně osobních údajů. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 13-14, s. 505-509. ISSN 1210-6410.

⁶³ § 84 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

⁶⁴ § 5 odst.1 písm. a) zákona č. 101/2000 Sb o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

⁶⁵ *Ibid* § 5 odst. 1 písm. d).

⁶⁶ Srovnej MATOUŠOVÁ, Miroslava; HEJLÍK, Ladislav. *Osobní údaje a jejich ochrana*. 2. Vyd. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2002, 468 s. ISBN 978-80-7357-322-5. s. 202.

⁶⁷ § 5 odst.1 písm. d) Zákona o ochraně osobních údajů. [cit. 10. 6. 2014].

údaje pouze v souladu s účelem, k němuž byly shromážděny.⁶⁸ Zatímco první ze jmenovaných chrání subjekt údajů, aby nebyly shromažďovány údaje, které jsou pro splnění daného účelu nadbytečné, druhá zamezuje správci, aby měnil účel v průběhu zpracování, což zajišťuje právní jistotu subjektu údajů. Té napomáhá i povinnost správce uchovávat osobní údaje jen po dobu nezbytnou vzhledem k účelu zpracování.⁶⁹ Tato povinnost je vlastně základem pro, v poslední době tolik citované, „právo na zapomenutí“, které se objevilo v GDPR, jelikož po uplynutí doby nezbytné účelu zpracování, která by navíc měla být správcem předem stanovena, má správce povinnost zpracovávané osobní údaje zlikvidovat.⁷⁰ Poslední z povinností správce, kterou na tomto místě zmíním, je informační povinnost. První odstavec § 11 stanoví:

„Správce je při shromažďování osobních údajů povinen subjekt údajů informovat o tom, v jakém rozsahu a pro jaký účel budou osobní údaje zpracovány, kdo a jakým způsobem bude osobní údaje zpracovávat a komu mohou být osobní údaje zpřístupněny, nejsou-li subjektu údajů tyto informace již známy.“⁷¹

Toto ustanovení dává povinnost správci údajů informovat subjekt poměrně detailně o všech podstatných náležitostech zpracování. Rovněž časově specifikuje, že k informování má dojít při shromažďování údajů, tedy, jak uvádí Alena Kučerová:

„... nejpozději v okamžiku, kdy správce od subjektu údaje požaduje, žádá o jejich sdělení, případně předložení dokladu, nebo dokumentu, který údaje obsahuje. Aby byl naplněn účel tohoto ustanovení, musí být subjekt údajů v okamžiku předání svých údajů ... již informován, proto se jako přesnější (resp. jako jediný možný výklad tohoto časového určení) jeví formulace, že správce je povinen informační povinnost splnit již před samotným získáváním osobních údajů.“⁷²

⁶⁸ Ibid. § 5 odst.1 písm. f).

⁶⁹ Ibid. § 5 odst.1 písm. e).

⁷⁰ Ibid. § 20 odst. 1.

⁷¹ Ibid. § 11 odst. 1.

⁷² KUČEROVÁ, Alena et al. *Zákon o ochraně osobních údajů, Komentář*. 1. Vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, 536 s. ISBN 978-80-7179-226-0. s. 211.

Vzhledem k tomu, správce musí plnit uvedené povinnosti při každém zpracování nehledě na jeho legitimizaci, můžeme vyslovit hypotézu, že souhlas se zpracováním se od ostatních legitimizačních důvodů liší toliko tím, že umožňuje zpracování údajů pro účely a v situacích, na které jiné legitimizační důvody nestačí.

Posledním právním předpisem, o kterém se v této části zmíním, je Zákon o elektronických komunikacích,⁷³ jehož pátá hlava je implementací výše zmiňované směrnice o soukromí a elektronických komunikacích. A podobně jako směrnice, i tento zákon je *lex specialis*⁷⁴ vůči zákonu o ochraně osobních údajů pro oblast elektronických komunikací. Cookies a podobné technologie jsou právně upraveny ve třetím odstavci § 89. Dopodrobna se tomuto předpisu věnuji ve zvláštní části této práce.

Touto stručnou zmínkou o Zákonu o elektronických komunikacích uzavíráme část, jejímž účelem bylo vytvořit obraz vztahů a spojitostí mezi jednotlivými předpisy upravujícími ochranu osobních údajů. Zároveň s tím byly představeny klíčové právní instituty a máme tak připraven základ pro další text práce.

2.3 HOHFELDOVSKÁ ANALÝZA VZTAHU SUBJEKT – SPRÁVCE A VLIV SOUHLASU NA TENTO VZTAH

V poslední podkapitole první kapitoly propojují poznatky z podkapitol předchozích a analyzují vztah subjekt údajů – správce údajů za pomoci Hohfeldových kritérií. Závěrem pak argumentují, zda je souhlas se zpracováním jednostranným, nebo dvoustranným právním jednáním.

Subjekt údajů má ústavně garantované právo na ochranu soukromí a osobních údajů. To můžeme přeformulovat tak, že má právo, aby nebylo zasahováno do jeho soukromí tím, že by bylo neoprávněně nakládáno s jeho osobními údaji.⁷⁵ Toto právo má subjekt údajů erga omnes.

⁷³ Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích). In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

⁷⁴ Viz ibid. § 87.

⁷⁵ Povšimněme si určitého oddělení soukromí a osobních údajů. Předmětem Zákona o ochraně osobních údajů jsou právě osobní údaje, soukromí je chráněno nepřímo skrze jejich ochranu. Tuto tezi podporuje například systematika Listiny základních práv a svobod EU, která výslovně uvádí právo na ochranu osobních údajů v samostatném článku.

Zákon potenciálnímu správci údajů zakazuje shromažďovat a zpracovávat údaje, nemá-li k tomu zákonný důvod.

Podívejme se na stav právního vztahu dle Hohfelda před udělením souhlasu:

- Subjekt má právo, aby s jeho údaji nebylo nakládáno, a potenciální správce má povinnost zdržet se nakládání s nimi (zpracování).
- Subjekt má privilegium vykonávat právo, aby s jeho údaji nebylo nakládáno,⁷⁶ a potenciální správce postrádá právo do výkonu tohoto práva jakkoli zasáhnout.
- Subjekt údajů má pravomoc změnit vztah mezi ním a potenciálním správcem,⁷⁷ který má povinnost se této změně podřídit.
- Subjekt údajů má imunitu chránící ho před změnou vztahu a potenciální správce není způsobilý takovou změnu provést.

Udělením souhlasu se zpracováním údajů se subjekt v jeho rozsahu vzdá zákonné ochrany a dojde k následující změně:

- Správce údajů má právo prolomit zákonnou ochranu subjektu údajů a subjekt údajů má povinnost zdržet se zásahu do tohoto práva.⁷⁸
- Správce má právo vykonávat právo prolomit zákonnou ochranu subjektu údajů, tedy zpracovávat osobní údaje subjektu. Subjekt postrádá právo do tohoto práva zasáhnout.

Co se týče třetí a čtvrté kategorie, zdánlivě je možných více variant změny vztahu.

Varianta A) předpokládá, že se souhlas se zpracováním na tyto kategorie nevztahuje, pravomoc nad tímto právním vztahem zůstává v rukou subjektu údajů a ten tak může jednou daný souhlas kdykoli odvolat. Vypadá následovně:

- Subjekt údajů má pravomoc změnit vztah mezi ním a správcem,⁷⁹ který má povinnost se této změně podřídit.

⁷⁶ To znamená, že se může zpracování údajů bránit.

⁷⁷ Tj. udělit souhlas se zpracováním a umožnit tak zpracování údajů.

⁷⁸ To znamená, že se nemůže bez dalšího zpracování údajů bránit. Pokud bychom vyjmuli pouze tuto dílčí část, tak by souhlas subjektu zněl „Souhlasím s tím, že nebudu se bránit zpracování těchto údajů.“

Srovnej: BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in the Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, s. 76.

⁷⁹ Tj. odvolat souhlas se zpracováním údajů a znemožnit tak jejich zpracování.

- Subjekt údajů má imunitu chránící ho před změnou vztahu a správce tak není způsobilý takovou změnu provést.

Tato varianta odpovídá tezi, že souhlas se zpracováním je jednostranné právní jednání. Problém varianty A) spočívá v tom, že správce zdánlivě nemá možnost vztah ukončit. Domnívám se, že možné řešení spočívá v povinnostech, které jsou nezbytné pro zpracování údajů, zejména v povinnosti uchovávat osobní údaje jen po dobu nezbytnou vzhledem k účelu zpracování. Ve chvíli, kdy účelnost zpracování pomine, má správce povinnost zpracování ukončit, a tím skončí i souhlas daný pro to konkrétní zpracování. Toto řešení možné je, není však příliš elegantní.

Podívejme se nyní na variantu B). Ta předpokládá, že souhlas se zpracováním mění i tyto kategorie. V takovém případě ke změně dojde a vztah bude vypadat takto:

- Správce údajů má pravomoc změnit vztah mezi ním a subjektem,⁸⁰ který má povinnost se této změně podřídit.
- Správce údajů má imunitu chránící ho před změnou vztahu a subjekt není způsobilý takovou změnu provést.⁸¹

Z této varianty však vyplývá, že do vztahu může zasáhnout toliko správce. Subjekt do něj nemůže nikterak zasáhnout a nakládat s ním, nemá tedy ani možnost jednou daný souhlas odvolat. Ačkoli existují autoři, kteří tvrdí, že právě tak tomu je,⁸² podpořen studiemi Františka Nonnemanna⁸³ a Iva Telce,⁸⁴ českou judikaturou⁸⁵ a stanoviskem⁸⁶ Pracovní skupiny pro

⁸⁰ Pokud bychom opět vyjmuli pouze tuto dílčí část, souhlas by zněl takto „Souhlasím s omezením imunity, a proto mají akce správce efekt na náš právní vztah.“

Srovnej: BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in the Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, s. 80.

⁸¹ Zde by dílčí souhlas subjektu zněl: „Souhlasím, že se vzdávám pravomoci nakládat s daným právním vztahem.“ Kauzálně správně by tedy nové vyjádření vztahu mělo znít „Správce údajů má imunitu chránící ho před změnou vztahu, protože subjekt není způsobilý takovou změnu provést.“

⁸² Srovnej CURREN, Liam; KAYE, Jane. Revoking consent: A 'blind spot' in data protection law? *Computer Law & Security Review* [online]. 2010, vol. 26, no. 3, pp. 273-283. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.publichealth.ox.ac.uk/helex/publications/Curren2010273>.

⁸³ NONNEMANN, František. Odvolání souhlasu se zpracováním osobních údajů. *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19, č. 24, s. 871-877. ISSN 1210-6410.

⁸⁴ Studie je věnována obecně ochraně osobnosti dle starého občanského zákoníku, ve kterém podobně jako v zákoně o ochraně osobních údajů nebylo odvolání výslovně uvedeno. Při použití analogie je aplikovatelná i na ochranu osobních údajů. Viz TELEČEK, Ivo. Svolení, nebo zákonné licence v právu osobnostním. *Právní rozhledy*. 2007, roč. 15, č. 24, s. 879-883. ISSN 1210-6410.

ochranu údajů zřízené podle článku 29⁸⁷ (dále „WP29“) tvrdícím, že souhlas, který nejde efektivně odvolat je nedostatečný, se domnívám, že jednostranné odvolání souhlasu se zpracováním subjektem údajů je, a musí být, možné. Z toho důvodu varianta B) není přijatelná.

Do úvahy tak přichází varianta C), která předchází dvě kombinuje:

- Subjekt údajů má pravomoc změnit vztah mezi ním a správcem, který má povinnost se této změně podřídit.⁸⁸
- Správce údajů má pravomoc změnit vztah mezi ním a subjektem, který má povinnost se této změně podřídit.

Výsledkem je situace, kdy obě strany mohou svým jednostranným právním jednáním rovnou změnit vzájemný právní vztah a ani jedna z nich nepoživá imunity. Prakticky to tedy znamená, že subjekt údajů může souhlas odvolat, a tím i připravit správce údajů o právo osobní údaje zpracovávat. Zároveň s tím se může správce údajů svobodně vzdát uděleného práva zpracovávat osobní údaje.

Spojíme-li předchozí úvahy v jeden celek, schéma vztahu mezi subjektem a správcem údajů je následující:

Před udělením souhlasu:

- Subjekt má právo, aby s jeho údaji nebylo nakládáno a potenciální správce má povinnost zdržet se nakládání s nimi (zpracování).
- Subjekt má privilegium vykonávat právo, aby s jeho údaji nebylo nakládáno, a potenciální správce postrádá právo do výkonu tohoto práva jakkoli zasáhnout.
- Subjekt údajů má pravomoc změnit vztah mezi ním a potenciálním správcem, který má povinnost se této změně podřídit.

⁸⁵ Městský soud v Praze na straně 8 rozsudku ve věci žaloby proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu osobních údajů s odvoláním souhlasu operuje a nikterak jej nerozporuje. Srovnej: Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 23. května 2013, sp. zn. 8Ca 95/2009. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. Úřad pro ochranu osobních údajů [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.uouu.cz/VismoOnline_ActionScripts/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=6558.

⁸⁶ Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 15/2011 k definici souhlasu. WP 187. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_cs.pdf, s. 13.

⁸⁷ WP 29 je nezávislý evropský poradní orgán zabývající se ochranou osobních údajů, jehož kompetence jsou popsány v článku 30 Směrnice o ochraně osobních údajů.

⁸⁸ To znamená, že subjekt údajů nesouhlasí se změnou této části vztahu.

- Subjekt údajů má imunitu chránící ho před změnou vztahu a potenciální správce není způsobilý takovou změnu provést.

Po udělení souhlasu:

- Správce údajů má právo prolomit zákonnou ochranu subjektu údajů a subjekt údajů má povinnost zdržet se zásahu do tohoto práva.
- Správce má právo vykonávat právo prolomit zákonnou ochranu subjektu údajů, tedy zpracovávat osobní údaje subjektu. Subjekt postrádá právo do tohoto práva zasáhnout.
- Subjekt údajů má pravomoc změnit vztah mezi ním a správcem, který má povinnost se této změně podřídit.
- Správce údajů má pravomoc změnit vztah mezi ním a subjektem, který má povinnost se této změně podřídit.

Takto popsaný souhlas je jednostranným právním jednáním. V literatuře a teoretickém diskurzu však nevyřešenou otázkou zůstává, zda je souhlas se zpracováním jednostranným, nebo dvoustranným právním jednáním mezi subjektem a správcem.⁸⁹ Jedním z autorů, kteří argumentují pro variantu, že se jedná o jednání dvoustranné je Nonnemann. Ve své studii uvádí:

„Povinnosti správce a práva subjektu údajů při probíhajících zpracováních jsou sice předmětem veřejnoprávní regulace, ale samotný jejich vztah, pokud vznikl na základě souhlasu subjektu údajů, je spíše soukromoprávní povahy. ... V oblasti soukromého práva můžeme ... nalézt jistou analogii pro postup před vyjádřením souhlasu se zpracováním osobních údajů. Informace o parametrech zamýšleného zpracování, které je správce před získáním souhlasu povinen poskytnout, lze spolu s dalšími skutečnostmi, které ... subjektu sdělí (např. jaké protiplnění mu za souhlas se zpracováním jeho osobních údajů nabízí), považovat za svého druhu

⁸⁹ Domnívám se, že není nutné na tomto místě podrobovat eventualitu dvoustranného právního jednání stejně detailní Hohfeldovské analýze. Stručně řečeno, první dvě kategorie jsou odpovídající jednostrannému právnímu jednání (jak před souhlasem, tak po souhlasu). Druhé dvě kategorie jsou však pouze v pozici imunity pro obě strany a to jak před souhlasem, tak po jeho udělení. Dá-li jedna strana ofertu, zároveň tím dává druhé straně pravomoc nad právním vztahem a na sebe ukládá odpovídající povinnost podřídit se této pravomoci. Srovnej: HOHFELD, Wesley, Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions*. In: COOK, Walter, Wheeler. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University Press, 1923, s. 55-56.

nabídku, ofertu, a poskytnutí souhlasu za její přijetí. ... Lze říci, že mezi nimi vzniká inominátní smlouva sui generis.“⁹⁰

Argumenty, které Nonnemann uvádí, jsou bez pochyby platné. Poměrně hezky navíc ilustrují povahu souhlasu, jak by měl fungovat. Měl by být užíván tehdy, když správce údajů něco po subjektu žádá a iniciuje vznik právního vztahu. Pokud žádá něco subjekt po správci, nebude v naprosté většině případů souhlasu potřeba, protože se jako legitimizace zpracování použije důvod nutnosti zpracování údajů pro plnění smlouvy, jíž je subjekt stranou.

Dvoustranný pohled na souhlas však rozhodně není univerzálně přijímán. Opačnou interpretaci podporuje například stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů (dále jen „UOOU“) č. 2/2012,⁹¹ které na 2. straně výslovně uvádí, že souhlas je jednostranným právním úkonem. Tuto doktrínu potvrzuje i ve své rozhodovací činnosti.⁹² Jako „jednoznačně jednostranný“ právní úkon jej označuje i Václav Bartík⁹³ a Ivo Telec, který ve své studii,⁹⁴ byť věnované souhlasu v právu duševního vlastnictví, popisuje situaci, o které jsem přesvědčen, že dobře odpovídá souhlasu se zpracováním osobních údajů. Blízkost těchto institutů je dána tím, že oba chrání osobnostní práva.⁹⁵ Telec píše, že souhlas je jednostranné právní jednání, které nezavazuje jiného, ale působí jako okolnost vylučující protiprávnost zásahu druhé strany. Toto schéma je zcela totožné s působením souhlasu se zpracováním, jak jasně vyplynulo z Hohfeldovské analýzy.

⁹⁰ NONNEMANN, František. Odvolání souhlasu se zpracováním osobních údajů. *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19, č. 24, s. 873.

⁹¹ Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů č. 2/2011, Zpracování osobních údajů na základě souhlasu ve smlouvě nebo Všeobecných obchodních podmínkách a s tím související problémy. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.uouu.cz/VismoOnline_ActionScripts/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=9185

⁹² Rozhodnutí Úřadu pro ochranu osobních údajů čj. SPR-5685/09. Náležitosti souhlasu se zpracováním osobních údajů. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. Úřad pro ochranu osobních údajů [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.uouu.cz/nalezitosti-souhlasu-se-zpracovanim-osobnich-udaju/d-1768>.

⁹³ BARTÍK, Václav; JANEČKOVÁ, Eva. Souhlas se zpracováním osobních údajů jako součást smlouvy. *Daně a právo v Praxi*. 2012, č. 11, s. 49. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 10. 6. 2014].

⁹⁴ TELEC, Ivo. Souhlas, nebo licenční závazek? *Právní rozhledy*. 2013, roč. 21, č. 13–14, s. 457–462. ISSN 1210-6410.

⁹⁵ Srovnej ibid s. 458.

Já se stavím spíše za variantu, že se jedná o jednostranné právní jednání. Utvrzuje mě v tom i existence plnění smlouvy jako samostatného legitimizačního důvodu pro zpracování osobních údajů.⁹⁶ Pokud by byl souhlas dvoustranným právním jednáním, tedy quasi smlouvou, bylo by zpracování na základě této smlouvy legitimizovatelné smlouvou samotnou dle § 5 odst. 2 písm. b) Zákona o ochraně osobních údajů, a nebylo by potřeba souhlasu jako takového. Existence těchto dvou institutů vedle sebe by za takového stavu postrádala smysl, proto je dle mého názoru tento stav možné a nutné vyloučit.

Často je variantě „jednostranné jednání“ vytýkáno, že nese málo jistoty pro správce údajů, který si nikdy nemůže být jistý, jestli jeho model podnikání nebude poškozen svévolným odvoláním souhlasu subjektem údajů. Jak uvádí Nonnemann,⁹⁷ tento problém je alespoň částečně ošetřen obecným požadavkem dobrých mravů a zákonnosti,⁹⁸ který je kladen na právní jednání. Jednání přičící se dobrým mravům, kterým šikanózní odvolání souhlasu zřejmě je, je dle § 580 občanského zákoníku neplatné.

Není ambicí této práce definitivně vyřešit otázku, zda je poskytnutí souhlasu jednostranným nebo dvoustranným právním jednáním. Cílem posledních odstavců bylo upozornit na tento převážně akademický problém a uvést některé zaznívající argumenty.

3. ANALÝZA SOUHLASU SE ZPRACOVÁNÍM OSOBNÍCH ÚDAJŮ

V této kapitole podrobíme souhlas se zpracováním osobních údajů detailnější praktické analýze. Jelikož je účelem souhlasu zajištění kontroly subjektu údajů nad svými daty,⁹⁹ jsou krom běžných požadavků na právní jednání¹⁰⁰ na souhlas se zpracováním kladeny ještě požadavky další, specifické pro tento právní institut. Evropská a česká zákonná úprava jsou

⁹⁶ § 5 odst. 2 písm. b) zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

⁹⁷ NONNEMANN, František. Odvolání souhlasu se zpracováním osobních údajů. *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19, č. 24, s. 874.

⁹⁸ § 545 Zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

⁹⁹ Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 15/2011 k definici souhlasu. WP 187. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_cs.pdf. s. 8.

vzhledem k vysoké míře harmonizace velmi podobné. Můžeme proto vycházet zároveň z obou pramenů, přičemž v případě odlišností je rozdílům věnována pozornost. Poslední podkapitola je věnována otázce souhlasu jako součásti smlouvy.

3.1 ROLE SOUHLASU SE ZPRACOVÁNÍM V SYSTÉMU PRÁVA NA OCHRANU OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Alena Kučerová v komentáři k Zákonu o ochraně osobních údajů uvádí, že souhlas je dle systematiky Zákonu o ochraně osobních údajů i Směrnice o ochraně osobních údajů základním legitimizačním prostředkem.¹⁰¹ S tímto názorem nemohu zcela souhlasit. Porovnejme znění konkrétních ustanovení. § 5 odst. 2 Zákonu o ochraně osobních údajů říká:

„(2) Správce může zpracovávat osobní údaje pouze se souhlasem subjektu údajů. Bez tohoto souhlasu je může zpracovávat,

a) jestliže provádí zpracování nezbytné pro dodržení právní povinnosti správce,

b) jestliže je zpracování nezbytné pro plnění smlouvy, jejíž smluvní stranou je subjekt údajů, nebo pro jednání o uzavření nebo změně smlouvy uskutečněné na návrh subjektu údajů,

c) pokud je to nezbytně třeba k ochraně životně důležitých zájmů subjektu údajů. V tomto případě je třeba bez zbytečného odkladu získat jeho souhlas. Pokud souhlas není dán, musí správce ukončit zpracování a údaje zlikvidovat, ...“¹⁰²

Oproti tomu článek 7 Směrnice o ochraně osobních údajů uvádí:

¹⁰⁰ Ty se řídí ustanoveními občanského zákoníku. Obecně můžeme říci, že se jedná o otázky právní osobnosti, svéprávnosti a náležitosti platného právního jednání dle prvního dílu hlavy páté první části občanského zákoníku. Více se jimi v této studii nezabývám. Dále viz například: DVORÁK, Jan; ŠVESTKA, Jirí; ZUKLÍNOVÁ, Michaela et al. *Občanské právo hmotné. Svazek I. Díl první: Obecná část*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, 432 s. ISBN 978-80-7478-326-5, MELZER, Filip. *Právní skutečnosti (právní jednání, právní události)*. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014], nebo BEZOUSKA, Petr; PIECHOWICZOVÁ, Lucie. *Nový občanský zákoník: Nejdůležitější změny*. Olomouc: Nakladatelství ANAG, 2013, 369 s. ISBN 978-80-7263-819-2.

¹⁰¹ Srovnej: KUČEROVÁ, Alena et al. *Zákon o ochraně osobních údajů, Komentář*. 1. Vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 89.

¹⁰² § 5 odst. 2 zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

„Členské státy stanoví, že zpracování osobních údajů může být provedeno pouze pokud:

a) subjekt údajů nezpochybnitelně udělil souhlas; nebo

b) je zpracování nezbytné pro splnění smlouvy, kde je subjekt údajů jednou ze stran, nebo pro provedení opatření přijatých před uzavřením smlouvy na žádost tohoto subjektu; nebo

c) je nezbytné pro splnění právní povinnosti, které podléhá správce; nebo

d) je nezbytné pro zachování životně důležitých zájmů subjektu údajů; ...“¹⁰³

Z citovaných textů vyplývá, že tvrzení Kučerové je platné pouze pro českou úpravu, přičemž v ní je použita stejná konstrukce, jako v případě ochrany osobnosti v občanském zákoníku.¹⁰⁴ V evropské Směrnici je však souhlas jen jedním z mnoha legitimizačních důvodů, což potvrzuje i WP29 ve svém stanovisku, když uvádí, že je třeba si uvědomit, že souhlas není vždy hlavním nebo nejvhodnějším legitimizačním prostředkem, a že je třeba ho užívat ve správném kontextu.¹⁰⁵

Domnívám se, že zařazením souhlasu se zpracováním osobních údajů do privilegované pozice oproti ostatním legitimizačním důvodům, se český zákonodárce dopustil značné chyby, která může v konečném důsledku vést ke zhoršení právního postavení subjektu údajů a snížení jeho právní jistoty. Příčinu této chyby lze hledat v převzetí konstrukce ochrany osobnosti dle občanského zákoníku,¹⁰⁶ protože ani ve Směrnici o ochraně osobních údajů,

¹⁰³ Čl. 7 Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 95/46/ES ze dne 24. října 1995 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹⁰⁴ § 84 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014], stejně jako § 12 zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹⁰⁵ Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 15/2011 k definici souhlasu. WP 187. Evropská komise [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_cs.pdf. s. 10.

¹⁰⁶ § 12 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

ani ve starém zákonu zákon o ochraně údajů v informačních systémech¹⁰⁷ v této podobě není.

Znění, které nyní v zákoně je, akcentuje souhlas a navádí k tomu, že správce údajů používá pro legitimizaci zpracování tento institut i tehdy, má-li k dispozici jiné legitimizační důvody. Subjekt údajů se tak může dostat do situace, kdy udělí souhlas se zpracováním, později se třeba rozhodne, že ho odvolá, ale správce mu oznámí, že údaje bude zpracovávat dál, protože má další legitimizační důvod. Efektem této praxe je krom nadužívání institutu souhlasu¹⁰⁸ i zmiňované snížení právní jistoty subjektu.

Tvrdím proto, že souhlas se zpracováním osobních údajů má být ultima ratio legitimizace zpracování údajů v systému ochrany osobních údajů. Má nastoupit až tehdy, kdy žádné jiné možnosti umožňující zpracování nejsou k dispozici, protože ostatní důvody upravují speciální případy, pro které mají přirozeně přednost. Správce má povinnost posoudit, zda jeho plánované zpracování osobních údajů není takovým zákonem předpokládaným speciálním případem, a teprve až zjistí, že není, musí žádat subjekt údajů o souhlas. Není-li tato posloupnost dodržena, dostávají se nežádoucí efekty popsané výše. Toto tvrzení je dopodrobna rozebráno v následující kapitole.

Obecně můžeme říci, že souhlasu bude třeba v případech, kdy má o zpracování zájem primárně správce. Pokud má o službu, jejíž součástí je zpracování údajů, zájem subjekt údajů, může se jako legitimizační prostředek použít například plnění smlouvy, jíž je subjekt stranou. Takové údaje může však správce zpracovávat pouze za účelem plnění této smlouvy, ne za žádným jiným. Pokud by měl zájem zpracovávat údaje i jinak, musí získat souhlas subjektu, byť by za to nabízel nějakou přidanou hodnotu.

3.2 POŽADAVKY NA PLATNÝ SOUHLAS DLE SMĚRNICE A ZÁKONA O OCHRANĚ OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Nyní se postupně budeme zabývat jednotlivými požadavky, které musí být splněny, aby byl souhlas platný. Směrnice o ochraně osobních údajů uvádí,

¹⁰⁷ Zákon č. 256/1992 Sb., o ochraně údajů v informačních systémech. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹⁰⁸ Které je samo o sobě fatálním problémem institutu souhlasu se zpracováním, jak je podrobně projednáno dále v této práci.

že souhlas má být jakýkoli svobodný, výslovný, vědomý¹⁰⁹ projev vůle udělený nezpochybnitelným způsobem¹¹⁰ a ve stejném smyslu hovoří i Zákon o ochraně osobních údajů. Domnívám se však, že při překladu Směrnice do českého jazyka došlo v tomto místě k chybě. Anglická verze Směrnice v článku 2 písm. h) uvádí, že souhlas má být „*freely given specific and informed*“. Slovo „*specific*“ se sice dá přeložit jako „výslovný“, pro tento význam je však v čl. 8 odst. 2 písm. a), kde česká verze používá rovněž termín „výslovný“, užito slova „*explicit*“. Smyslu, v jakém je slovo „*specific*“ použito, více odpovídá český termín „určitý“, čemuž odpovídá i výkladové stanovisko WP29 k definici souhlasu.¹¹¹ Zajímavostí je, že ač český překlad zmiňovaného stanoviska zachovává znění oficiálního překladu směrnice a uvádí rovněž slovo „výslovný“, pokaždé bezprostředně následuje v závorkách původní anglická varianta, což vzhledem k tomu, že se jedná o jediný případ, kdy se tak děje, samo o sobě nasvědčuje existenci překladového problému. V zájmu srozumitelnosti této práce se odchyluji od oficiálního překladu Směrnice a hovořím-li o tom, že souhlas má být „*specific*“, používám slovo „určitý“. Pojem „výslovný“ užívám ve smyslu „*explicit*“ v souvislosti se souhlasem ke zpracování citlivých osobních údajů.

První podmínkou souhlasu je svoboda jeho udělení. Kučerová uvádí:

„Svobodný je ten souhlas se zpracováním osobních údajů, který subjekt údajů udělil ze své vlastní vůle bez působení takových vnějších vlivů, které by omezovaly jeho možnost samostatně se rozhodnout, zda souhlas udělí či ne.“¹¹²

Aby byl souhlas svobodný, musí mít subjekt údajů k dispozici skutečnou volbu, zda souhlas udělí nebo ne, a nesmí při jeho rozhodování hrát roli riziko vzniku významných negativních následků v případě neudělení.¹¹³ To je ostatně pravidlo každého právního jednání. Pokud subjekt údajů nemá

¹⁰⁹ Čl. 2 písm. h) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 95/46/ES ze dne 24. října 1995 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹¹⁰ Ibid. čl. 7 písm. a).

¹¹¹ Srovnaj Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 15/2011 k definici souhlasu. WP 187. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_cs.pdf. s 17 – 18.

¹¹² KUČEROVÁ, Alena et al. *Zákon o ochraně osobních údajů, Komentář*. 1. Vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 90.

možnost výběru, nemůžeme souhlas považovat za platný. Často to je důvod pro zvážení, zda není jiný způsob legitimizace zpracování vhodnější. Příkladem takové situace je vytvoření bankovního účtu. Banka má zákonem danou povinnost zpracovávat o svých klientech určitá data. Důvodem pro zpracování tak nemůže být souhlas, ale splnění zákonem daných povinností správce dle § 5 odst. 2 písm. a).¹¹⁴ Souhlas, i kdyby ho subjekt udělal, by nebyl platný, protože by nebyl dán svobodně, neboť subjekt nemá reálnou možnost volby, chce-li využívat jakékoliv bankovní služby.¹¹⁵ Mohlo by se zdát, že podobným příkladem je například i registrace do on-line služeb, jako je například Facebook, která probíhá způsobem Ber nebo nech být. V tomto případě by však souhlas byl z hlediska svobodnosti v pořádku, protože subjekt údajů má reálnou možnost danou službu nepoužívat. Mohla by zaznít námitka, že nevyužívání služby by vzhledem k jejímu významnému zastoupení na trhu mohlo přinést negativní následky, a tudíž je situace obdobná ke zmiňovanému prvnímu příkladu. Dle mého názoru však takové následky mohou těžko dosáhnout stupně „významných negativních následků“, o jakých hovoří ve výkladovém stanovisku WP29.¹¹⁶ Můžeme však v závislosti na konkrétní situaci říci, že pokud poskytovatel služby odmítne subjektu údajů službu poskytnout, protože mu odmítl dát souhlas ke zpracování osobních údajů se službou nesouvisející, může se jednat o diskriminační praktiku a celý případ může mít přesah do spotřebitelského práva.¹¹⁷

Požadavek na určitost souhlasu se zpracováním není v českém zákoně o ochraně osobních údajů, na rozdíl od evropské Směrnice, výslovně uveden. Je však obsažen v základních podmínkách platnosti právního

¹¹³ Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 15/2011 k definici souhlasu. WP 187. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_cs.pdf. s 13.

¹¹⁴ Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹¹⁵ Samozřejmě toto platí pouze pro zpracování údajů, které jsou nezbytné k dosažení účelu stanoveného zvláštním zákonem. Pokud banka nabízí doplňkové služby nad tento rámec, souhlas už by byl vhodný způsob legitimizace.

¹¹⁶ Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 15/2011 k definici souhlasu. WP 187. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_cs.pdf. s 13.

¹¹⁷ Viz NONNEMANN, František. Ochrana spotřebitele a ochrana osobních údajů. *Právní rozhledy*. 2010, roč. 18, č. 22, s. 807-810. ISSN 1210-6410. S. 808.

jednání, jak bylo řečeno v první kapitole této práce. Určitost souhlasu se zpracováním souvisí s povinností správce určit účel a způsob zpracování a informovat o něm subjekt údajů. Můžeme dobře vidět, že určitost souhlasu je jedním z projevů zásady účelové limitace zpracování osobních údajů. Souhlas je tedy dáván právě a pouze k určenému účelu a ke zpracování nezbytnému pro tento účel, protože blanketový souhlas není přípustný. Pokud chce správce údajů data zpracovávat mimo účel vymezený v uděleném souhlasu, musí požádat o souhlas nový. Jako příklad můžeme uvést situaci, kdy uživatel mobilní aplikace sloužící k recenzování navštívených restaurací udělí souhlas provozovateli služby ke zpracování zeměpisných údajů za účelem zobrazení restaurací v uživatelově okolí na mapě v mobilním zařízení. Pokud by však chtěl provozovatel služby používat informace o uživatelově poloze i k jinému účelu, jako například zobrazení polohy účastníkům služby, které má uživatel označené jako přátele, musel by obdržet nový souhlas.

Třetí podmínkou platného souhlasu je, že musí být vědomý a informovaný. Aby mohl subjekt údajů svoji vůli vědomě vyjádřit, musí být informován o všech náležitostech, které se zpracováním údajů souvisejí. Pro platnost souhlasu musí být subjekt údajů schopen chápat a zhodnotit jeho důsledky.¹¹⁸ Informování subjektu údajů musí proběhnout před samotným udělením souhlasu, jak potvrzuje i česká judikatura.¹¹⁹ V českém Zákoně o ochraně osobních údajů je informační povinnost správce upravena na dvou místech. Za prvé, obecná povinnost informovat subjekt při shromažďování údajů je dle § 11 závazná pro všechny způsoby legitimizace zpracování. Stanoví povinnost informovat o tom, v jakém rozsahu a pro jaký účel budou osobní údaje zpracovány, kdo a jakým způsobem bude osobní údaje zpracovávat a komu mohou být osobní údaje zpřístupněny. Zároveň toto ustanovení povazuje správce informovat subjekt o právu přístupu k osobním údajům, právu na opravu osobních údajů, jakož i o dalších právech stanovených v § 21. Za druhé, § 5 odst. 4 je zvláštní ustanovení, které upravuje informování v průběhu procesu udělení souhlasu. Zakládá povinnost informovat o tom, pro jaký účel zpracování

¹¹⁸ Srovnej ibid s. 19.

¹¹⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. srpna 2013, sp. zn. 5 As 158/2012 – 49. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

a k jakým osobním údajům je souhlas dáván, jakému správci a na jaké období.¹²⁰

Nonnemann upozorňuje na fakt, že pro platný souhlas stačí, když jsou splněny podmínky § 5 odst. 4.¹²¹ S tímto tvrzením souhlasím. Důvodem však dle mého názoru není jen časové odlišení shromažďování údajů a počátek zpracování, jak tvrdí, ale i to, že informace, které jsou uvedené v § 11 navíc oproti § 5 odst. 4, jsou zákonem zaručená práva subjektu údajů, která nepředstavují proměnnou hodnotu konkrétního zpracování. Rovněž se ztotožňuji s názorem, že pokud subjekt není informován o skutečnostech uvedených v § 5 odst. 4, nemůže být souhlas považován za platný. Výjimku tvoří informace o období zpracování, která není dle Nonnemanna natolik zásadní, aby její absence způsobila neplatnost souhlasu.¹²² Tuto tezi podporuje, že zmíněná informace není přímo vyžadována Směrnicí o ochraně osobních údajů. Dále by subjektu údajů mělo být zdůrazněno, jaké má možnosti vlastního rozhodování ve věci toho, jaké údaje může poskytnout. Jinými slovy, jaký je rozsah povinných a nepovinných osobních údajů pro dané zpracování.¹²³ Obecně tak platí, že by správci údajů měli udržovat vysokou kvalitu poskytovaných informací. Jak uvádí WP29:

„Čím složitější je zpracování údajů, tím větší nároky jsou kladeny na správce údajů. Čím obtížnější je pro průměrného občana dohlížet na všechny složky zpracování údajů a porozumět jim, tím větší úsilí by měl správce údajů vynaložit, aby prokázal, že byl souhlas získán na základě konkrétních a srozumitelných informací.“¹²⁴

¹²⁰ Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹²¹ NONNEMANN, František. Náležitosti souhlasu se zpracováním osobních údajů. *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19, č. 14, s. 520-522. ISSN 1210-6410. S. 521.

¹²² *Ibid*, s. 522.

¹²³ § 11 odst. 2 Zákona o ochraně osobních údajů.

Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů č. 5/2012, Poskytnutí informací a získání souhlasu subjektu údajů v elektronické komunikaci. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.uoou.cz/files/stanovisko_2012_5.pdf. S. 2

Jedná se o situaci, kdy jsou zároveň zpracovány údaje nezbytné pro daný účel (ty mohou být obvykle zpracovány na základě jiného důvodu, než je souhlas) a údaje volitelné, které umožní např. rozšíření funkcionality služby (pro ty je souhlas nutný). Více o této problematice v poslední části této kapitoly.

Jak je tato podmínka důležitá, tak je problematická. V době Internetu je pro subjekt údajů nesmírně obtížné představit si, pochopit a vyhodnotit možné důsledky souhlasu se zpracováním. Jak budu demonstrovat v následující kapitole, je takřka nemožné předvídat budoucí dopady současného rozhodnutí. Z tohoto důvodu je na místě se tázat, zda je subjekt údajů vůbec schopen informovaného souhlasu ve smyslu a rozsahu, v jakém si zákon představuje, že by měl být.

Poslední z výše uvedených základních podmínek platného souhlasu je jeho nezpochybnitelnost. Směrnice o ochraně osobních údajů tento požadavek uvádí v čl. 7 písm. a). V českém zákoně tento požadavek není sice výslovně uveden, účinně ho však zastupuje povinnost správce mít schopnost prokázat udělený souhlas po celou dobu zpracování.¹²⁵ Ačkoli, jak již bylo uvedeno v první kapitole, není předepsaná žádná forma souhlasu se zpracováním osobních údajů, nesmí být pochybností o tom, zda souhlas byl nebo nebyl udělen. V případě sporu, zda subjekt souhlas udělil či ne, bude důkazní břemeno prokázání zákonnosti zpracování spočívat na straně správce.¹²⁶ Z tohoto důvodu je problematický souhlas udělený konkludentně, ačkoli tento způsob není zákonem vyloučen. Pro příklad, pop-up notifikace s textem „Užíváním naší stránky souhlasíte se zpracováním osobních údajů“ je hraniční, dle mého názoru však stále platné ustanovení.¹²⁷ Naprostá absence projevu nemůže sloužit jako souhlas za žádných okolností.¹²⁸

Jak evropská, tak česká úprava zavádí přísnější režim pro souhlas s některými zvláštními kategoriemi osobních údajů, které jsou souhrnně označovány jako citlivé osobní údaje. § 4 písm. b)¹²⁹ zahrnuje do této skupiny například údaje vypovídající o národnostním, rasovém nebo

¹²⁴ Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 15/2011 k definici souhlasu. WP 187. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_cs.pdf. s 21.

¹²⁵ § 5 odst. 4, druhá věta zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹²⁶ Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů č. 2/2008, Souhlas se zpracováním osobních údajů. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.uouu.cz/files/stanovisko_2008_2.pdf. S. 3.

¹²⁷ Předpokládáme, že všechny ostatní náležitosti pro platný souhlas jsou splněny, subjekt byl řádně informován atd.

¹²⁸ Srovnej DVOŘÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela et al. *Občanské právo hmotné. Svazek I. Díl první: Obecná část*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 158.

etnickém původu, politických postojích, členství v odborové organizaci, náboženství, zdravotním stavu, biometrických a dalších údajích, o kterých zákonodárce předpokládá, že jejich zneužití by pro subjekt údajů mohlo mít vážný dopad. Dle § 9 Zákona o ochraně osobních údajů je citlivé údaje možné zpracovávat na základě souhlasu pouze tehdy, když je daný souhlas výslovný.

3.3 SOUHLAS JAKO SOUČÁST JINÉ SMLOUVY

Jednostranný souhlas se zpracováním osobních údajů je svojí podstatou podobný institutu legitimizace zpracování osobních údajů, z důvodu jejich nezbytnosti pro plnění smlouvy, jíž je subjekt údajů účastníkem dle § 5 odst. 2 písm. b) Zákona o ochraně osobních údajů.¹³⁰ Vztahuje se na veškeré zpracování údajů nezbytné pro plnění smluvního vztahu jak v jeho průběhu, tak v přípravné fázi směřující k jeho uzavření.¹³¹ Podmínkou je, že subjekt údajů musí být smluvní stranou. Tak jako v případě jednostranného souhlasu subjekt údajů dává svým jednáním najevo, že mu nevádí, budou-li jeho osobní údaje zpracovány.

Myslím, že je klidně možné s mírnou nadsázkou považovat poskytnutí souhlasu se zpracováním údajů výměnou za nějakou protihodnotu za obchod svého druhu. Rozdíl mezi souhlasem a zpracováním pro plnění smlouvy spočívá v tom, že v případě smlouvy protihodnota, kterou subjekt za poskytnutí osobních údajů obdrží, přímo souvisí s tímto zpracováním osobních údajů. Bez zpracování osobních údajů by nebylo plnění smlouvy možné. Naopak, v případě pouhého jednostranného souhlasu nemusí subjekt údajů obdržet za jeho poskytnutí žádnou protihodnotu, a pokud ji obdrží, pak ta získaná hodnota přímo nesouvisí se zpracováním údajů.

Příkladem zpracování nezbytného pro plnění smlouvy je webová služba, jejímž účelem je zaznamenávání, sledování a analýza fyzické aktivity uživatele za účelem sportovního tréninku. K údajům, které pro tento účel uživatel poskytuje, již nemusí dávat zvláštní souhlas, protože jejich

¹²⁹ Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ KUCEROVÁ, Alena et al. *Zákon o ochraně osobních údajů, Komentář*. 1. Vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 138. ISBN 978-80-7179-226-0.

zpracování je nezbytné pro to, aby služba plnila svoji funkci, pro kterou ji uživatel využívá. Druhým příkladem jsou věrnostní karty obchodních řetězců, kdy uživatel výměnou za své osobní údaje poskytnuté za účelem marketingu obdrží slevu. V tomto případě je třeba uživatele jednostranného souhlasu se zpracováním osobních údajů za daným účelem. Samotné poskytnutí slevy na zboží se zpracováním a jeho účelem nikterak nesouvisí. Do třetice, v případě poněkud absurdního scénáře, kdy subjekt údajů uzavře se správcem smlouvu, jejímž účelem bude na základě chování vytvoření profilu subjektu pro cílení reklamy, bude platným titulem pro zpracování údajů plnění smlouvy a jednostranný souhlas nebude třeba.

Často se stává, že do textu smlouvy je přímo vložen souhlas se zpracováním osobních údajů, které není pro plnění dané smlouvy nezbytné. Tato praxe je velmi problematická hned z několika důvodů.¹³² V takovém textu se totiž kombinuje jednostranné právní jednání, kterým je souhlas se zpracováním údajů, s dvoustranným jednáním, kterým je samotná smlouva. Může to vést k značenému zmatení subjektu údajů, který může nabýt dojmu, že bez poskytnutí a zpracování údajů by nebylo možné danou smlouvu splnit.¹³³ To však není pravda. Domnívám se rovněž, že dle aktuálního znění GDPR je tento způsob navíc přímo zapovězen čl. 7 odst. 4 b),¹³⁴ který, jak jsem již uváděl výše, zakazuje podmiňovat poskytování služeb udělením souhlasu, jenž není pro jejich funkčnost nezbytně nutný. Možný je i druhý chybný výsledek, zmiňovaný již dříve v této kapitole, a to, že subjekt zbytečně poskytne souhlas i ke zpracování, které lze legitimizovat přímo smlouvou a jejím plněním. Takový souhlas je neplatný pro absenci reálné možnosti rozhodnout se.

¹³² Srovnej Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů č. 2/2011, Zpracování osobních údajů na základě souhlasu ve smlouvě nebo Všeobecných obchodních podmínkách a s tím související problémy. Úřad pro ochranu osobních údajů [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.uouu.cz/VismoOnline_ActionScripts/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=9185.

¹³³ Srovnej BARTÍK, Václav; JANEČKOVÁ, Eva. Souhlas se zpracováním osobních údajů jako součást smlouvy. *Daně a právo v Praxi*. 2012, č. 11, s. 49. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 10. 6. 2014].

¹³⁴ Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM (2012)0011–C7-0025/2012-2012/0011(COD)). *Evropský parlament* [online]. Europarl.europa.eu [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/pr/922/922387/922387en.pdf. s. 76.

Aby se předešlo podobným nedorozuměním, je výrazně zvýšen nárok na splnění informační povinnosti ze strany správce. Subjekt by měl vědět, že má možnost souhlas neposkytnout, případně ho odvolat, aniž by to narušilo právní vztah, který je smlouvou založen. Je třeba nezapomínat, a správce údajů by to měl dle mého názoru subjektu výslovně připomenout, že souhlas se zpracováním údajů je na zbytku smlouvy nezávislý.

4. PROBLÉMY A MOŽNÁ ŘEŠENÍ

Jak jsme zjistili v předchozí kapitole, právní institut informovaného souhlasu se zpracováním osobních údajů je propracovaný nástroj, který má zajistit subjektu údajů kontrolu nad jeho osobními daty. Bohužel, jak ukážu v průběhu této kapitoly, lidská povaha ve skutečnosti mnohdy neodpovídá představě, kterou o ní má zákonodárce. Souhlas se zpracováním je jedním z těch institutů, které, byť na papíře vypadají skvěle, v realitě všedního dne se při jejich užití objevují problémy, se kterými zákonodárce nepočítal, a které nemají vždy snadné řešení. V této kapitole se jednotlivými otázkami aplikace souhlasu zabývám a v její poslední části navrhuji možná řešení, která by dle mého názoru mohla situaci pomoci.

4.1 NESCHOPNOST UDĚLIT INFORMOVANÝ SOUHLAS

První z obtíží, kterou jsem již naznačil v předchozí kapitole v části věnované požadavkům na platný souhlas, je neschopnost člověka udělit informovaný souhlas, který by splnil požadavky dané zákonem. Daniel Solove ve své studii¹³⁵ označuje několik dílčích problémů, které znemožňují efektivní rozhodování o ochraně údajů. Ty dále rozřadil do dvou skupin. První označil *kognitivní problémy*.¹³⁶ Zahrnuje subjektivní problémy, jako jsou znalosti a psychologie subjektu údajů. Druhá skupina obsahuje problémy označené *strukturální*,¹³⁷ které souvisí s povahou souhlasu se zpracováním a s jeho užíváním.

¹³⁵ SOLOVE, Daniel J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemmas. *Harvard Law Review* [online]. 2013, vol. 126, no. 7, pp. 1880-1903. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018.

¹³⁶ *Ibid*, s. 1883.

¹³⁷ *Ibid*, s. 1888.

4.1.1 KOGNITIVNÍ PROBLÉMY

Ačkoli lidé tvrdí, že se o své soukromí zajímají,¹³⁸ jen málokdo ve skutečnosti čte informace, které jim správci údajů před zpracováním poskytují, a udělují souhlas bez potřebných znalostí. Správci údajů nadarmo investují prostředky, aby splnili zákonné povinnosti, efekt na subjekt údajů je však malý. Informační dokumenty jsou totiž příliš dlouhé, aby obsáhly veškeré zákonem požadované informace, a tak se jim lidé vyhýbají. Frederik Borgesius uvádí,¹³⁹ že průměrný Američan by měl strávit 244 hodin ročně čtením dokumentů informujících o zpracování údajů službami (dále také „privacy policies“ či „podmínky ochrany soukromí“), které online využívá. Tento čas můžeme chápat jako transakční náklady, které by subjekt údajů musel investovat. Vzhledem k tomu, že lidé obecně nepřikládají svým osobním údajům příliš vysokou hodnotu, jak rozebereme dále, je to cena příliš vysoká, kterou subjekt údajů není ochoten investovat. Problémem je rovněž ohromné množství podmínek ochrany soukromí, které by měl subjekt číst. Tento fakt vtipně glosuje Lawrence Lessig:

“If you Google “privacy policy”, you’ll get close to 2.5 billion hits on the Web. And if you click through to the vast majority of them (not that you could do that in this lifetime), you will find that they are among the most incomprehensible legal texts around (and that’s saying a lot). These policies are the product of pre-Internet thinking about how to deal with a policy problem. The government was pushed to “solve” the problem of Internet privacy. Its solution was to require “privacy policies” be posted everywhere. But does anybody read these policies? And if they do, do they remember them from one site to another? Do you know the difference between Amazon’s policies and Google’s?”¹⁴⁰

¹³⁸ Srovnej ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. Privacy and Rationality in Individual Decision Making. *IEEE Security and Privacy*. 2005, vol. 3, no. 1, pp- 26 – 33. ISSN 1540-7993. In: *Carnegie Mellon University* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/acquisti.pdf>. s. 4.

¹³⁹ BORGESIOUS, Frederik. *Consent to behavioural targeting in European Law: What are the policy implications of insights from behavioural economics?* [online]. Amsterdam: Institute for Information Law, 2013, 58 s. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.ivir.nl/staff/borgesius.html>. S. 32.

Lessig má pravdu, když zpochybňuje, zda je člověk schopný zapamatovat si rozdíl mezi jednotlivými službami. Zároveň upozorňuje na druhý problém, kterým je složitost předkládaných textů.

Dle výzkumu, na který odkazuje Borgesius,¹⁴¹ byla více než polovina podmínek ochrany soukromí, zařazených v daném výzkumu, pro většinu amerických uživatelů internetu příliš složitá. Podobné výsledky byly vykázaný i v případě Evropanů.¹⁴² Dilema, které se v tomto případě objevuje, je, jak upřednostnit srozumitelnost a usnadnit tak čtení, a zároveň zachovat dostatečnou informační hodnotu, aby byly splněny zákonné podmínky.¹⁴³

Třetím problémem je, že subjekt údajů často postrádá dostatečné prvotní znalosti, aby mohl posoudit obdržené informace v potřebném kontextu a mohl se tak opravdu informovaně rozhodnout, zda je pro něj zpracování údajů výhodné, nebo alespoň zda pro něj není nebezpečné. Výsledek průzkumu Chrise Hoofnagla ukazuje, že jen 25% z 974 účastníků dokázalo zodpovědět správně tři nebo více z pěti snadných otázek týkajících se ochrany soukromí online.¹⁴⁴ Jako další příklady můžeme uvést situace popisované Alessandrem Acquistim. Ten uvádí, že ačkoli si lidé obecně uvědomují rizika spojená s propojováním různých informací do jednoho celku, jen málo si skutečně připouští efekt, jaký taková propojení mohou být. Pro příklad na otázku jaká je pravděpodobnost jedinečné

¹⁴⁰ LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. [online]. New York: Basic Books, 2006, 424 s. [cit. 10. 6. 2014]. ISBN 0-465-03914-6. Dostupné z: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. S. 226. "Když zadáte do Google "privacy policy", dostanete 2,5 miliardy výsledků na Webu. A pokud se většinou z nich proberete (ne že by to bylo možné v tomto životě), zjistíte, že patří mezi nejhůře srozumitelné právní texty vůbec (a to o něčem vypovídá). Tyto informační dokumenty jsou produktem „předinternetového“ způsobu přemýšlení a snahy o vyřešení problému soukromí. Vláda byla donucena "vyřešit" tento problém se soukromím na Internetu. Řešením byl požadavek, aby informační dokumenty byly umístěny takřka všude. Ale čte je vůbec někdo? A pokud ano, vybaví si lidé rozdíly mezi jednotlivými stránkami? Dokáží rozlišit podmínky ochrany soukromí Amazonu a Google?"

¹⁴¹ BORGESIUS, Frederik. *Consent to behavioural targeting in European Law: What are the policy implications of insights from behavioural economics?* [online]. Amsterdam: Institute for Information Law, 2013, s. 32. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.ivir.nl/staff/borgesius.html>.

¹⁴² Ibid. Jednalo se o více než 25% evropských respondentů.

¹⁴³ VIZ SOLOVE, Daniel J. *Privacy Self-Management and the Consent Dilemmas*. *Harvard Law Review* [online]. 2013, vol. 126, no. 7, s 1885. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018.

¹⁴⁴ HOOFNAGLE, Chris Jay et al. *How Different are Young Adults from Older Adults When it Comes to Information Privacy Attitudes and Policies?* [online]. 2010, 20 s. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1589864. S. 19.

identifikace člověka na základě informace o jeho datu narození, pohlaví a ZIP kódu¹⁴⁵ 68.6 procenta dotázaných odpovědělo, že 50% nebo méně a 45.5 procenta dotázaných odpovědělo, že šance na takovou identifikaci je menší jak 25%. Pravděpodobnost takové identifikace však dosahuje až na 87%.¹⁴⁶ Dalším příkladem je, že ve chvíli kdy informaci, kterou jinak zná, nemá subjekt přímo na očích, zapomene na ní a nebere ji v potaz. To je důvod, proč 34,5% dotázaných zapomnělo na to, že při použití platební karty bude mít informaci o provedeném obchodu nejen obchodník, ale i banka. Tato informace, byť je jinak respondentovi známá, nebyla vůbec zahrnuta do jeho úvahy. Acquisti takovou situaci nazývá „zjednodušený myšlenkový model“.¹⁴⁷ Dalším příkladem zjednodušeného myšlenkového modelu je situace, kdy lidé věří více stránce, na které stojí, že obdržela „pečeť soukromí“, aniž by si již dále zjišťovali detaily o tomto ocenění.¹⁴⁸

Čtvrtý problém Solove nazývá „Problém zkresleného rozhodování“.¹⁴⁹ Ten je popisem situace, kdy se člověk, přestože by byl dokonale informovaný a dovedl si představit následky svých činů, rozhodne proti svému zájmu. Souvisí to se sklony v lidském chování, které vedou k upřednostnění jedné volby před jinou. Borgesius uvádí principy chování původně popsané behaviorální ekonomii, které se takto do oblasti ochrany osobních údajů promítají.¹⁵⁰ Prvním z nich je „krátkozrakost“ – jev, kdy lidé mají tendenci soustředit se spíše na okamžité uspokojení a nehlídají na budoucí náklady. To je důvod, proč lidé i přes předchozí proklamace, že jim na soukromí záleží, dají k dispozici své osobní údaje výměnou za slevovou kartu. Podobně působí v neprospěch subjektu údajů sklon udržet

¹⁴⁵ Americký ekvivalent poštovního směrovacího čísla.

¹⁴⁶ ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. Privacy and Rationality in Individual Decision Making. *IEEE Security and Privacy*. 2005, vol. 3, no. 1, s. 7. ISSN 1540-7993. In: *Carnegie Mellon University* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/acquisti.pdf>.

¹⁴⁷ *Ibid.*, s. 8.

¹⁴⁸ Viz BORGESIUS, Frederik. *Consent to behavioural targeting in European Law: What are the policy implications of insights from behavioural economics?* [online]. Amsterdam: Institute for Information Law, 2013, 58 s. 39. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.ivir.nl/staff/borgesius.html>.

¹⁴⁹ Viz SOLOVE, Daniel J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemmas. *Harvard Law Review* [online]. 2013, vol. 126, no. 7, s. 1886. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018.

¹⁵⁰ BORGESIUS, Frederik. *Consent to behavioural targeting in European Law: What are the policy implications of insights from behavioural economics?* [online]. Amsterdam: Institute for Information Law, 2013, 58 s. 40 a následující. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.ivir.nl/staff/borgesius.html>.

status quo.¹⁵¹ Lidé obvykle nechtějí investovat transakční náklady a tak nemění primární nastavení služby, i když z dlouhodobého hlediska by to pro ně bylo výhodnější.

Hovoříme-li o nákladech, je bezpochyby zajímavé zastavit se u otázky, jak si lidé opravdu cení svých osobních údajů a tedy svého soukromí. Marek Kumpošt s Václavem Matyášem se zabývali cenou, za jakou by respondenti jejich průzkumu byli ochotni poskytnout údaje o provozu svého mobilního zařízení a o online komunikaci v závislosti na tom, jaké entitě jsou údaje poskytovány.¹⁵² Jakkoli je ta studie zajímavá, zkoumá jen jednu stranu problému a to hodnotu soukromí při snížení míry jeho ochrany. Jak upozorňuje Acquisti, odpověď na otázku „Jaká je hodnota soukromí?“ závisí nejen na tom, koho se výzkumník zeptá, ale i jak se zeptá.¹⁵³ Jak totiž ukazují výsledky další Acquistiho studie, lidé mají výrazně vyšší tendenci vzdávat se svého soukromí za úplatu, než své soukromí za úplatu posilovat.¹⁵⁴ Tento výsledek jen dokazuje sklony ke krátkozrakosti a zachování statusu quo, o kterých jsem hovořil v minulém odstavci.

Soloveho slovy,¹⁵⁵ kognitivní problémy staví subjekt údajů do obdobné pozice, v jaké se nachází hrdina Kafkovy povídky Před zákonem, který stál před otevřenými dveřmi strážnými sérií hlídačů, každým dalším mocnějším než byl ten předchozí. Lidé nečtou podmínky ochrany soukromí. Pokud je čtou, nerozumí jim. Pokud je čtou a rozumí jim, často postrádají dostatečné znalosti, aby dokázali dát přečtený text do souvislostí a dokázali pochopit následky svého rozhodnutí. A konečně pokud všechny tyto obtíže překonají, rozhodnou se vlivem zkresleného rozhodování proti svému

¹⁵¹ Ibid, s. 41.

¹⁵² KUMPOŠT, Marek; MATYÁŠ, Václav. Jak si lidé cení soukromí? *Zpravodaj ÚVT MU* [online]. Brno: Masarykova univerzita, 2009, roč. 20, č. 1, s. 13-20. [cit. 10. 6. 2014]. ISSN 1212-0901. Dostupné z: <http://www.ics.muni.cz/zpravodaj/articles/626.html>.

¹⁵³ ACQUISTI, Alessandro; JOHN, Leslie; LOEWENSTEIN George. *What is Privacy Worth?* [online]. Carnegie Mellon University, 2010, 45 s. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/acquisti-ISR-worth.pdf>. S. 33.

¹⁵⁴ ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. When 25 Cents is Enough: Willingness to Pay and Willingness to Accept for Personal Information [online]. *Workshop on the Economics of Information Security*. 2007, 22s. In: Carnegie Mellon University [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://weis2007.econinfosec.org/papers/66.pdf>. S. 1.

¹⁵⁵ Viz SOLOVE, Daniel J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemmas. *Harvard Law Review* [online]. 2013, vol. 126, no. 7, s. 1888. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018.

racionálnímu zájmu. Již z těchto podkladů je zřejmé, že funkčnost modelu informovaného souhlasu je značně podkopána.

4.1.2 STRUKTURÁLNÍ PROBLÉMY

Tyto problémy se týkají vlastností souhlasu se zpracováním osobních údajů a jsou pokračováním problémů kognitivních. Prvním z nich je *problém rozsahu*,¹⁵⁶ který pomáhá osvětlit, proč lidé podmínky ochrany soukromí spíše nečtou. Subjekt údajů by teoreticky mohl dokázat vědomě hlídat a kontrolovat, jaké souhlasy k jakým účelům a v jakém rozsahu dává, pokud by takových souhlasů nebylo mnoho. V současné situaci, kdy je třeba podobných rozhodnutí dělat řádově stovky, není kontrola nad svými osobními údaji v lidských silách. Solove tento stav přirovnává¹⁵⁷ k situaci studenta, který dostane od několika učitelů text k přečtení do druhého dne. Ač samy o sobě jsou to úkoly snadno splnitelné, jsou-li zadány takto hromadně, student je splnit prostě nemůže. Naopak je určitá šance, že celý proces bude zcela kontraproduktivní, jelikož takto přetížený člověk na plnění nejspíše rezignuje.

Druhý strukturální problém je *problém agregace*.¹⁵⁸ Je povahou osobních údajů, že jejich efekt se umocňuje, pokud jsou shromážděny na jednom místě ve větším množství. Není v možnostech průměrného člověka pamatovat si při množství udělených souhlasů se zpracováním jejich konkrétní podmínky. Může tak nastat situace, že ačkoli samostatně jsou data nezávadná a k jejich zpracování je dán platný souhlas, spojí se nějakým způsobem s jinými údaji a dohromady vytvoří informaci, k jejímuž zpracování by subjekt údajů souhlas nedal. K tomu navíc může dojít až po velice dlouhé době. Tento problém se může obrátit i proti správci údajů. Pokud totiž ze spojení dat vyplynou informace spadající do kategorie citlivých osobních údajů, potřeboval by k jejich zpracování výslovný souhlas subjektu. Bez něj nemůže ke zpracování dojít. Proti *problému agregace* působí zásada limitace zpracování účelem. Nemělo by docházet k náhodnému spojování údajů, jelikož by se zřejmě jednalo o zpracování v rozporu s původním účelem, k jakému byly údaje poskytnuty. Na druhou

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid, s. 1889.

¹⁵⁸ Ibid.

stranu, je-li účel dostatečně široký, ale stále dle zákona přijatelný, k agregaci dojít může. Výsledkem je, že vzhledem k tomu, že průměrný člověk spíše neví, jaké údaje kdy poskytnul, nedokáže řádně vyhodnotit, jaký důsledek bude mít souhlas s poskytnutím dalších údajů. Tím je narušen předpoklad informovanosti při udělení souhlasu.

Třetí strukturální problém je *problém odhadnutí možné budoucí újmy*.¹⁵⁹ Vzhledem k tomu, že újma způsobená narušením ochrany osobních údajů se může projevit až za značně dlouhou dobu, jak ukazuje *problém agregace*, lidé mají obecně tendenci podceňovat možné negativní následky, které poskytnutí údajů může mít. Je to projev přílišného optimismu, co se budoucnosti týče. Tak jako lidé podceňují riziko dopravní nehody nebo nemoci, nebo přeceňují své šance na výhře v loterii, tak podceňují rizika spojená s poskytnutím osobních údajů.¹⁶⁰ Zároveň se s tím pojí, že lidé obecně více podceňují rizika, která jsou pro ně hůře představitelná, než rizika, která si představit dokáží.¹⁶¹ Hezký příklad takového jednání uvádí Acquisti. Dle jeho výzkumu¹⁶² značné procento lidí učinilo kroky proti nechtěnému nabízení obchodních produktů přes telefon, zatímco 82,3% respondentů nikdy neaktivovalo výstrahu pro případ zneužití kreditní karty, ačkoli možné následky jsou mnohonásobně závažnější. Acquisti to odůvodňuje tím, že je budoucí možné riziko vzdálené a poplatky za zřízení výstrahy jsou přítomné v okamžik rozhodnutí. Dle mého názoru s tím souvisí i naznačená abstraktnost možné škody oproti reálné a známé zkušenosti s nepřijemným a obtěžujícím telefonním marketingem.

Strukturální problémy souvisejí s těmi kognitivními. Některé jim předcházejí, jiné následují. Společně pak tvoří účinnou překážku zamezující subjektu údajů efektivně rozhodovat o tom, jak se svými údaji naloží.

¹⁵⁹ Ibid, s. 1891.

¹⁶⁰ Srovnej BORGESIU, Frederik. *Consent to behavioural targeting in European Law: What are the policy implications of insights from behavioural economics?* [online]. Amsterdam: Institute for Information Law, 2013, 58 s. 40 a následující. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.ivir.nl/staff/borgesius.html>.

¹⁶¹ Člověk obvykle začne pečlivě zálohovat data až poté, co se zničí disk s daty nezalohovanými.

¹⁶² ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. *Privacy and Rationality in Individual Decision Making. IEEE Security and Privacy*. 2005, vol. 3, no. 1, s. 9. ISSN 1540-7993. In: Carnegie Mellon University [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/acquisti.pdf>.

4.2 SOUHLAS JAKO FETIŠ

Výše nastíněné problémy mají jeden společný prvek, který některé vytváří a jiné „jen“ umocňuje. Je jím nadužívání institutu souhlasu v každodenním životě. Subjekt údajů je vystavován nutnosti souhlasit, a tedy v ideálním případě zvažovat důsledky své akce na své soukromí, až příliš často. Správci údajů, notně podporováni i zákonodárci a výkladovými orgány, na tento institut neadekvátně spoléhají. Souhlas je používán i v situacích, kdy ho není třeba. Je-li správce v pochybnostech, zda je možné údaje zpracovávat na základě některého z dalších důvodů, žádá subjekt o souhlas „jen tak pro jistotu“. Souhlas je vzýván jako univerzální důvod pro zpracování a je s ním tak i nakládáno. Tento stav nazývám *fetišismus souhlasu*.

Jak jsem již argumentoval v předchozích kapitolách, souhlas je jen jedním z možných zákonných důvodů pro legitimizaci zpracování údajů. Pokud je tento nástroj použit špatně, nemůže sloužit svému účelu, kterým je umožnit subjektu údajů rozhodnout se, jak naloží se svým soukromím. Nadužívání souhlasu způsobuje přetížení uživatele a ten pak přestane přikládat tomuto aktu jakoukoliv důležitost. Jak uvádí Beyleveld s Brownswordem:

“A recurring theme ... is that the lifeline offered by consent as a justification should not be abused. If we are to take consent seriously, at a practical level, we must guard against the ‘routinisation’ of consent; it will not do simply to direct a would-be consenting agent ‘to sign here and here’ or ‘just to tick the box’. Steps should be taken to ensure that the standards governing the adequacy of consent are fully articulated and stringently applied. The collection of consent, however commonplace, should not be approached in a mechanical or a perfunctory manner. ... Where substantive justification is called for, we should settle for nothing less; in particular, we should not be satisfied with artificial procedural justifications that are tendered in their place.”¹⁶³

¹⁶³ BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in the Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, s. 63.

To, před čím autoři uvedeného citátu varují, se v případě souhlasu se zpracováním osobních údajů přesně stalo. Je to rutinní záležitost, které nikdo nepřikládá dostatečnou pozornost a důležitost. Zákodárce a interpretační autority se však stále tváří, že je vše zcela v pořádku a v rámci udržení této překrásné fikce dále podnikají kroky, které roli souhlasu zvyšují. Zavedení režimu opt-in v případě cookies a podobných technologií, o kterých budu dále hovořit v příští kapitole, je takovým případem. Úplně stejným způsobem vyznívá i návrh nového Nařízení Rady o ochraně osobních údajů (GDPR), které například v článku 4 odst. 8 hovoří o výslovnosti jako povinné náležitosti souhlasu.¹⁶⁴

Pokud nedojde k nějaké zásadní změně v přístupu, bude institut souhlasu se zpracováním údajů stále více a více ztrácet svůj smysl, kvůli praktické nepoužitelnosti.

4.3 JE SOUHLAS MRTVÝ?

V nedávné době se začaly šířit hlasy, že koncept ochrany soukromí a osobních údajů tak jak ho známe v dnešní podobě je překonán vlivem nových technologií a novým nakládáním s osobními údaji, jako je například Internet of things,¹⁶⁵ big data¹⁶⁶ a další. Tyto hlasy tvrdí, že souhlas je mrtvý. Podobné názory silně rezonovaly v listopadu 2013 na workshopu *Internet of Things* pořádaným americkou Federal Trade Commission.¹⁶⁷ Text

„Opakujícím se tématem ... je, že záchranné lano ospravedlnění akce, poskytované souhlasem, nesmí být zneužito. Pokud máme brát souhlas v každodenním životě vážně, musíme se chránit před jeho "rutinizací". Nemůže stačit jednoduše navést subjekt, aby "zde podepsal" a "pouze zaškrtnl políčko". Měli by být učiněny kroky, které zajistí, že pravidla určující adekvátnost souhlasu budou striktně dodržována. Jakkoli je užití požadování souhlasu běžné, nesmí být mechanické nebo ledabylé. Když je třeba oprávnění založené hmotným právem, neměli bychom se spokojit s ničím menším; konkrétně bychom neměli být uspokojeni umělou procesní legitimizací nabízenou na jeho místě.“

¹⁶⁴ Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováváním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (obecné nařízení o ochraně údajů), COM(2012) 11 final, 2012/0011. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_cs.pdf.

¹⁶⁵ Fenomén samostatných zařízení připojených a komunikujících přes Web bez přítomného lidského faktoru.

¹⁶⁶ Automatické zpracování velkého množství dat, soustředící se převážně na odchylky od normálního stavu.

¹⁶⁷ Viz JACOBS, David. Reports of the Death of Consent Have Been Greatly Exaggerated. *Privacy Rights Blog@epic.org* [online]. Electronic Privacy information Center, publikováno 28. 1. 2014 [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://epic.org/blog/2014/01/reports-of-the-death-of-consent-have-been-greatly-exaggerated-1.html>.

Christophera Wolfa,¹⁶⁸ zveřejněný před zmiňovaným workshopem, popisuje, dle jeho slov, nezbytnou změnu paradigma. Wolf doslova píše:

„The Internet of Things relies on frequent, often continuous, data inputs and transmissions from a broad array of connected devices. If the only way to authorize the collection of personal data were based on traditional notice and choice, individuals would be prompted to consent to data collection and use each time they bumped into new connected devices. That could occur hundreds or thousands of times a day. Not only would that substantially slow the data transmissions underlying the Internet of Things, it would be incredibly burdensome for individuals and could hinder the development of innovative new technologies.

It is unrealistic to expect that individuals will be willing or able to effectively register their informed preferences in a world where they are regularly prompted to read and accept notices of complex data collection, use, and sharing practices. Individuals may end up blindly accepting data practices rather than having to endure reading yet one more privacy disclosure. Instead of protecting privacy, strict adherence to traditional notice and choice principles may drive individuals to give up.“¹⁶⁹

Na Wolfův článek navázali další autoři. Stenley Crosley otevřeně říká „Soukromí a jeho ochrana, jak je známe dnes, je mrtvé.“¹⁷⁰ Eduardo Ustaran jde ve vyjádření ještě dál a tvrdí, že nejen, že je souhlas mrtvý, ale že je

¹⁶⁸ WOLF, Christopher; POLONETSKY, Jules. An Updated Privacy Paradigm for the “Internet of Things”. Future of Privacy Forum [online]. Future of privacy, 2013, 12 s. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.futureofprivacy.org/wp-content/uploads/Wolf-and-Polonetsky-An-Updated-Privacy-Paradigm-for-the-%E2%80%9CInternet-of-Things-%E2%80%9D-11-19-2013.pdf>.

¹⁶⁹ Ibid, s. 4-5. „Internet of Things spoléhá na časté, obvykle nepřetržité, datové stopy a přenosy ze široké množiny připojených zařízení. Pokud by jediná možnost autorizace sběru osobních údajů byla založena na tradičním principu upozornění a volby, jednotlivci by byli nuceni souhlasit se sběrem údajů pokaždé, když vrazí do nových připojených zařízení. To se může stát stokrát nebo tisíckrát denně. Nehen, že by tato povinnost získat souhlas významně zpomalila přenos dat v Internet of Things, byla by zároveň neuvěřitelně zatěžující pro subjekty údajů a mohla by představovat překážku vývoje nových technologií.

Je nerealistické očekávat, že by jednotlivci byli ochotni nebo schopni efektivně udělovat informované souhlasy ve světě, kde by byli pravidelně nuceni číst a přijímat oznámení o komplexním zpracování osobních údajů. Nakonec jednotlivci mohou jen slepě přijímat podmínky ochrany soukromí, než aby se donutili k přečtení dalšího dokumentu. Místo ochrany soukromí může lpění na tradičním konceptu upozornění a volby subjekty údajů o soukromí připravit.“

nebezpečné, budeme-li mu nadále přikládat klíčovou úlohu v ochraně soukromí,¹⁷¹ protože možná kontrola subjektu nad jeho soukromím se reálně snižuje. Pokud zákonodárce bude trvat na používání souhlasu, dává tak plané naděje, že s tímto právním institutem subjekt něco zmůže.

Jak správně poznamenává David Jacobs,¹⁷² tato tvrzení jsou do značné míry založena na nepochopení institutu souhlasu. Dle mého názoru toto nepochopení souvisí právě s étosem fetiše, který kolem sebe souhlas má. Výše zmínění autoři totiž zapomněli, že souhlas není a nikdy neměl být univerzální prostředek k legitimizaci zpracování. To, že je tak v současné době mnohými vnímán, je nešťastné, ale není to vina tohoto právního institutu.

Domnívám se, že souhlas se zpracováním údajů není mrtvý. Jeho role jako prostředku vyjádření vůle subjektu údajů bude zachována. Určitou míru významu mu nakonec zachovávají i autoři, kteří jeho smrt hlásají. Důležitým faktorem myslím je i to, že citovaní autoři pocházejí z oblasti amerického práva, které má, oproti právu evropskému, v oblasti ochrany osobních údajů výrazně méně paternalistický přístup a více spoléhá na souhlas jako prostředek managementu soukromí.¹⁷³ „Smrt souhlasu“ má tak v americkém případě poněkud jiné konotace, než v případě evropském. Je však jisté, že současný přístup k ochraně osobních údajů a zapojení souhlasu do tohoto konceptu je třeba aktualizovat a přizpůsobit realitě 21. století.

¹⁷⁰ CROSLY, Stanley W. Old School Privacy is Dead, But Don't Go Privacy Crazy. *Privacy Perspectives* [online]. IAPP, publikováno 20. ledna 2014. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: https://www.privacyassociation.org/privacy_perspectives/post/old_school_privacy_is_dead_but_dont_go_privacy_crazy.

¹⁷¹ USTARAN, Eduardo. Yes, Consent Is Dead. Further, Continuing To Give It A Central Role Is Dangerous. *Privacy Perspectives* [online]. IAPP, publikováno 18. prosince 2013. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: https://www.privacyassociation.org/privacy_perspectives/post/yes_consent_is_dead_further_continuing_to_give_it_a_central_role_is_dangerous.

¹⁷² Viz JACOBS, David. Reports of the Death of Consent Have Been Greatly Exaggerated. *Privacy Rights Blog@epic.org* [online]. Electronic Privacy information Center, publikováno 28. 1. 2014 [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://epic.org/blog/2014/01/reports-of-the-death-of-consent-have-been-greatly-exaggerated-1.html>.

¹⁷³ Srovnej SOLOVE, Daniel J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemmas. *Harvard Law Review* [online]. 2013, vol. 126, no. 7, s. 1897. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018.

4.4 MOŽNÁ ŘEŠENÍ

Lessig tvrdí, že opravdovou výzvou pro digitální dobu je vytvoření možnosti smysluplné volby spotřebitele ohledně jeho soukromí.¹⁷⁴ S tím nelze než souhlasit. Řada autorů navrhla různé varianty řešení a více či méně se dobírali obdobných výsledků. Zachování možnosti subjektu údajů efektivně rozhodovat o svých osobních údajích, či snad lépe její znovuvytvoření, je zcela klíčové. V této části představuji několik dle mého názoru možných konceptů, které by mohly k takovému cíli vést. Jejich společným znakem je snížení transakčních nákladů, tedy času, který subjekt údajů musí vložit do procesu rozhodování o svých údajích. Možná řešení jsou řazena vzestupně dle jejich legislativní a praktické náročnosti. Byť je probírám postupně, nemyslím si, že jsou izolované. Je samozřejmé, že lepšího celkového efektu by bylo dosaženo, kdyby byly kombinovány.

4.4.1 AKCENTOVÁNÍ SPRÁVNÉHO UŽITÍ SOUHLASU

Nejjednodušším způsobem je za pomoci soustavného mírného tlaku a informování veřejnosti opustit souhlasový fetišismus a změnit paradigma nahlížení na souhlas se zpracováním osobních údajů. Postupným procesem by se tak dalo docílit toho, že nebude vnímán jako univerzální řešení vhodné pro všechny situace, ale bude užíván opravdu jen tehdy, kdy ho bude třeba. Je proto třeba změnit i rétoriku zákonodárce, výkladových orgánů a odborníků na ochranu osobních údajů. Dokud budou experti nadále tvrdit, že „povinnost správce získat souhlas subjektu údajů je jedním z klíčových principů ochrany osobních údajů,¹⁷⁵ bez toho, aby dodali, že je pouze jedním z několika důvodů ke zpracování,¹⁷⁶ bude obtížné náhled veřejnosti změnit.

Jsem přesvědčen o tom, že ve většině případů každodenního života není i za zachování současného právního režimu souhlasu ke zpracování osobních údajů potřeba. Valnou většinu zpracování, jak offline tak online, je možné legitimizovat jinými zákonnými důvody, jako je zpracování z důvodu plnění smlouvy, zpracování z důvodu plnění právní povinnosti

¹⁷⁴ LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. [online]. New York: Basic Books, 2006, s. 228 [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>.

¹⁷⁵ MATOUŠOVÁ, Miroslava; HEJLÍK, Ladislav. *Osobní údaje a jejich ochrana*. 2. Vyd. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2002, s. 224.

¹⁷⁶ Byť uvedený na prvním místě.

správce, nebo zpracování z důvodu ochrany chráněného zájmu správce. Jak jsem již jednou uváděl v předchozí kapitole, institutu souhlasu je třeba jako ultima ratio tehdy, když jiný důvod pro zpracování není k dispozici. Aby bylo možné tohoto stavu dosáhnout, bylo by zřejmě třeba i pečlivějšího dozoru ze strany státního orgánu ochrany osobních údajů.

V případě, že by bylo souhlasu důsledně používáno jen tehdy, když je nezbytný, pokleslo by množství požadavků na souhlas, které jsou kladeny na subjekt údajů, čímž by narostla subjektivní pocitová důležitost takové situace. Když už by se nějaký takový požadavek objevil, byl by to pro subjekt znamením, že se toto zpracování nějak liší od ostatních zpracování, o kterých je jen informován.¹⁷⁷ V tu chvíli by byl subjekt údajů ostražitější a význam, který by danému zpracování přiřkl, by byl vyšší. Díky tomu by byla i větší šance, že se bude rozhodování více věnovat a nebude se jednat jen o rutinní záležitost.

4.4.2 ZAJIŠTĚNÍ SROZUMITELNOSTI SDĚLENÍ

Další problém, který je třeba vyřešit, je, že daným textům nikdo nerozumí. Stejně jako se dá apelovat na správce údajů, aby o souhlas žádali jen tehdy, když je nezbytně nutný, dá se na ně apelovat, aby psali své informační dokumenty příznivěji pro běžného uživatele. Na druhou stranu, složitost těchto dokumentů je často dána právě snahou správců splnit zákonné požadavky informování subjektu.¹⁷⁸

Možným řešením je inspirovat se Creative Commons – vytvořit a používat pro indikaci zpracování osobních údajů podobný systém grafických značek. Myslím, že je možné vytvořit seznam nejčastějších účelů zpracování a dalších jevů jako předávání údajů do zahraničí nebo třetím osobám. Názorné značky mohou pomoci subjektu údajů v orientaci. Navíc, pokud by uživatelé mohli udělovat značky přímo sami,¹⁷⁹ byl by naplněn i požadavek granularity souhlasu údajů. Tím je myšlen ideální stav, kdy má subjekt údajů v rukou možnost přesně určit, které údaje chce správci jak

¹⁷⁷ Nesmíme zapomenout, že informační povinnost správce se vztahuje na všechna zpracování s výjimkou případů uvedených v §11 odst. 3 Zákona o ochraně osobních údajů.

¹⁷⁸ Srovnej MYŠKA, Matěj et al. Creative Commons and Grand Challenge to Make Legal Language Simple. *AICOL Workshops* [online]. Berlin, Heidelberg, 2011, pp. 271 – 285. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-35731-2_19. S. 276.

¹⁷⁹ Nebyli by tedy postaveni před volbu *Be* nebo *nech být*, ale museli by aktivně určit, jaká oprávnění správci udělí.

poskytnout. Granularita souhlasu v současné době není příliš využívána pro přílišnou komplikovanost a nároky jak na správce (příprava), tak na subjekt údajů (pochopení textu).

Podobným způsobem jako grafické značky může ještě snadněji fungovat systém barevných indikací. Uživatel by v okamžiku udělování souhlasu viděl barevně označenou rizikovost daného zpracování. Například zelená by mohla znamenat bezpečné zpracování správcem a jeho přímými zpracovateli bez předávání údajů do zahraničí, nebo jen v rámci Evropské unie, oranžová zpracování údajů třetími stranami pro komerční účely a předávání údajů do mimoevropských zemí s vysokými standardy na ochranu osobních dat a červená rizikové zpracování, při kterém jsou data předávána do zemí s nízkou kvalitou ochrany osobních údajů, nebo kde hrozí velké riziko zneužití. Aby měly takové barvy opravdu vypovídající hodnotu, bylo by zapotřebí nezávislé autority, která by barevná pásma určovala. Možné řešení nabízí GDPR, které v čl. 33 předpokládá povinnost správce vypracovat posouzení dopadu zpracování na ochranu údajů.¹⁸⁰ Na základě tohoto posouzení by mohlo být chystané zpracování údajů zařazeno do některé z barevných zón. Určování, do jaké barevné zóny daný správce spadá, však nemusí být jen na úřední moci. Mohou existovat nezávislé soukromé subjekty zabývající se takovou činností, kterým by úřad jen dával oprávnění, že takovou činnost mohou provádět, a následně je kontroloval a zaručoval jejich důvěryhodnost.¹⁸¹ Kredibilita těchto společností by tak byla garantována státem a subjekt údajů by nemusel investovat čas do ověřování zdroje hodnocení.

4.4.3 AUTOMATIZOVANÝ SOUHLAS

Lessig uvádí, že problém spočívající v zajištění ochrany údajů uživatele v kyberprostoru a zároveň zachování jeho reálné možnosti ovlivnit, jak bude s jeho údaji nakládáno, může být vyřešen programovým nastavením

¹⁸⁰ Čl. 33. návrhu Nařízení Evropského parlamentu a Rady o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (obecné nařízení o ochraně údajů), COM(2012) 11 final, 2012/0011. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_cs.pdf. Tuto problematiku řeší také recitály 70 a následující.

¹⁸¹ Viz BORGESIUŠ, Frederik. *Consent to behavioural targeting in European Law: What are the policy implications of insights from behavioural economics?* [online]. Amsterdam: Institute for Information Law, 2013, s. 49 [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.ivir.nl/staff/borgesius.html>.

služeb, jejich kódem. Prostředkem, kterým toho lze dosáhnout je PET („private enhancing technology“, neboli „technologie podpory soukromí“),¹⁸² která na jedné úrovni automaticky sděluje vnějším službám jen ty informace, které potřebují zpracovávat ke svému správnému fungování. Na druhé úrovni se nachází protokol zvaný Platforma pro preference soukromí („P3P“, „Platform for Privacy Preferences“), která by umožnila strojově čitelné vyjádření přání uživatele týkající se soukromí a sdělování údajů. Lessig pokračuje:

“It would enable an automatic way for an individual to recognize when a site does not comply with his privacy preferences. If you surf to a site that expresses its privacy policy using P3P, and its policy is inconsistent with your preferences, then depending upon the implementation, either the site or you are made aware of the problem created by this conflict. The technology thus could make clear a conflict in preferences. And recognizing that conflict is the first step to protecting preferences.”¹⁸³

Lessig předpokládá, že technologie umožní snížit transakční náklady natolik, že nebude pro subjekt údajů překážkou věnovat se plně rozhodnutí, zda svá data poskytne, či nikoli.

Daniel Le Metayer uvažuje podobně. Pokud technologie způsobila obtíže na poli ochrany soukromí a osobních údajů, proč by nám tyto problémy opět technologie nepomohla vyřešit?¹⁸⁴ Oproti Lessigovi jde ve svých úvahách ještě dál. Předpokládá existenci systému automatického elektronického zástupce – programu, skrz který může subjekt údajů vyjádřit svá přání na zpracování. Le Metayer předpokládá propojenou strukturu složenou ze tří částí. První částí je klient běžící na koncovém zařízení subjektu údajů. Do něj subjekt údajů zadá, jaká data chce poskytnout pro jaké účely zpracování. Druhá část běží v systému správce, se kterým subjekt

¹⁸² LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. [online]. New York: Basic Books, 2006, s. 226 [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>.

¹⁸³ Ibid. „Umožnilo by to automatický způsob, jak může jednotlivec rozpoznat, kdy stránka neodpovídá jeho představám o soukromí. Pokud surfujete na stránce, která má vyjádřené své podmínky ochrany soukromí za pomoci protokolu P3P, a tyto podmínky nejsou v souladu s vaším nastavením, potom dle nastavení služby, buď stránka, nebo vy budete upozorněni na problém, který konfliktem vzniknul. Tato technologie tak jasně ukazuje na konflikt mezi požadavkem stránky a zákazníka. A rozpoznání takového konfliktu je prvním krokem k ochraně těchto požadavků.“

¹⁸⁴ MÉTAYER, Daniel Le; MONTELEONE, Shara. Automated consent through privacy agents: Legal requirements and technical architecture. *Computer law & Security review*. 2009, vol. 25, no. 2, pp. 136-144. ISSN 0267-3649. S. 137.

komunikuje. Správce zde zadá, jaká data potřebuje a chce zpracovávat pro jaké účely. Pokud tomu odpovídají přání subjektu údajů, která před tím vyjádřil ve svém klientu, data se automaticky předají. Třetí část je představována nezávislým dozorovým agentem, jehož úlohou je certifikovat pravdivost a identitu správce a hlídat vykonání transferu. Podmínky na určení účelu zpracování a informování předem jsou splněny, jelikož je subjekt údajů vlastně určuje sám.

Ačkoli tento způsob přináší otázky, na které Le Meayer ostatně sám upozorňuje, jako například, kdo bude odpovědný za nezákonné zpracování údajů v případě pochybení systému, představuje, myslím, poměrně zajímavou možnost vyřešení přítomného problému.

4.4.4 KOMPLEXNÍ ZMĚNA OCHRANY OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Jak mnozí autoři tvrdí, je možné, že současný model ochrany soukromí, a konkrétně osobních údajů, vyžaduje hlubší změny. Ukazuje se totiž, že může být výhodné jak pro subjekt údajů, tak pro celou společnost, zpracovávat získané údaje i jinými způsoby a za jinými účely, než pro které byly původně sbírány. V případě velkého množství dat je nesmírně náročné a ekonomicky nevýhodné získávat nový souhlas ke zpracování a praktické využití umožňující odhalení hodnotných poznatků by tak bylo znemožněno. V tomto oddílu uvádím několik konceptů, které mohou napomoci v řešení panujícího problému.

Možnou cestou je postupovat obdobně jako v případě pracovního práva, nebo práva na ochranu spotřebitele, jak uvádí Lessig,¹⁸⁵ a přesněji ohraničit svobodu volby správců i subjektů. Solove píše,¹⁸⁶ že je třeba sejmout ze subjektu údajů břímě povinnosti znát problematiku ochrany soukromí natolik, aby byl schopen se správně rozhodovat. Veřejná moc by měla zajistit určitou míru bezpečnosti zpracování údajů, tak jako je zajištěna určitá kvalita spotřebitelských výrobků. Tento názor rezonuje i texty autorů tvrdících, že souhlas se zpracováním je mrtvý. Ustaran tvrdí, že právo by mělo přestat tolik regulovat subjekty údajů, ale soustředit se více na

¹⁸⁵ LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. [online]. New York: Basic Books, 2006, s. 227 [cit. 10. 6. 2014]. ISBN 0-465-03914-6. Dostupné z: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>.

¹⁸⁶ SOLOVE, Daniel J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemmas. *Harvard Law Review* [online]. 2013, vol. 126, no. 7, s. 1901. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018.

správce.¹⁸⁷ Je třeba změnit zaměření z otázky „Jak jsou osobní údaje sbírány?“ na otázku „Jak jsou osobní údaje používány?“.

Jako dobré řešení se nabízí širší využívání anonymizace a pseudonymizace údajů. Tato metoda, kterou hojně prosazuje například Wolf,¹⁸⁸ umožňuje zpracovávat údaje bez nutnosti souhlasu subjektů údajů, jelikož díky procesu pseudonymizace data přestávají mít schopnost identifikovat konkrétní subjekt, přestávají spadat do definice osobních údajů a dostávají se tak mimo záběr právní úpravy chránící osobní údaje. Ač tento způsob určitě dokáže pomoci ochraně soukromí, má jisté limity, které je třeba mít na zřeteli.¹⁸⁹ Základní problém, se kterým se anonymizace potýká, je nepřímá úměra mezi užitečností údajů a mírou anonymity subjektů. Neexistuje nic jako dokonalá anonymizace, a pokud ano, bude zcela neúčinná. Vždy hrozí riziko zpětné identifikace, čímž by se zpracovávaná data opět dostala pod věcnou působnost legislativy chránící osobní údaje. Tyto problémy jsou však do značné míry překonatelné a tento postup je dobrou možností, jak zvýšit ochranu soukromí subjektů údajů.¹⁹⁰ Jsem ale přesvědčen, že by bylo velkou chybou, učinit z anonymizace univerzální nástroj, který by jen nahradil v současné době univerzálně používaný souhlas.

Solve dále navrhuje opustit princip technologické neutrality právní úpravy souhlasu.¹⁹¹ Cílem je soustředit se více na obsah konkrétního zpracování osobních údajů a přestat používat souhlas univerzálně. Již současná evropská a česká úprava to do určité míry splňuje, je však možné v této linii pokračovat. Vznik pravidel, která by podrobněji rozpracovala

¹⁸⁷ USTARAN, Eduardo. Yes, Consent Is Dead. Further, Continuing To Give It A Central Role Is Dangerous. *Privacy Perspectives* [online]. IAPP, publikováno 18. prosince 2013. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: https://www.privacyassociation.org/privacy_perspectives/post/yes_consent_is_dead_further_continuing_to_give_it_a_central_role_is_dangerous.

¹⁸⁸ WOLF, Christopher; POLONETSKY, Jules. An Updated Privacy Paradigm for the “Internet of Things”. *Future of Privacy Forum* [online]. *Future of privacy*, 2013, s. 7 – 8. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.futureofprivacy.org/wp-content/uploads/Wolf-and-Polonetsky-An-Updated-Privacy-Paradigm-for-the-%E2%80%9CInternet-of-Things%E2%80%9D-11-19-2013.pdf>.

¹⁸⁹ Srovnej OHM, Paul. Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization. *UCLA Law Review*. [online]. 2010, vol. 57, no. 6, pp. 1701 – 1777. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: <http://www.uclalawreview.org/?p=1353>.

¹⁹⁰ Řadu zajímavých řešení nabízí Paul Ohm ve výše uvedené studii.

¹⁹¹ SOLOVE, Daniel J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemmas. *Harvard Law Review* [online]. 2013, vol. 126, no. 7, s. 1903. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018.

různé účely a způsoby zpracování osobních údajů a jejich dopady na subjekty údajů by vedl k vytvoření skupiny zpracování, pro jejichž nízký zásah do soukromí subjektů údajů nebude předchodit souhlas vůbec třeba.¹⁹² Tím pádem by byl požadavek souhlasu pro subjekt údajů opět výraznější výstrahou, že zpracování údajů, se kterým se právě chystá souhlasit, může nějak významně zasáhnout do jeho soukromí.

Vyvážení práva jedince na soukromí a potřeby společnosti získávat podstatné informace na základě analýzy osobních údajů představuje pro právo ochrany soukromí a osobních údajů velikou výzvu do budoucna. Navržené způsoby řešení nejsou jedinými možnými a ideální podoba právní úpravy ochrany osobních údajů bude tvořena kombinací různých dílčích řešení. Jisté je, že současný stav má k dobrému řešení daleko a čím dříve budou potřebné změny provedeny, tím lépe.

5. COOKIES A PODOBNÉ TECHNOLOGIE

V této kapitole se budeme věnovat specifické oblasti ochrany osobních údajů, kterou jsou cookies a podobné technologie, které spadají pod úpravu článku 5 odst. 3 Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích.¹⁹³ Jedná se o problematiku téma a stejně problematickou právní úpravu, o čemž svědčí i množství oficiálních materiálů, které jí byly věnovány.¹⁹⁴ Stanovisko WP29 cookie popisuje jako:

„Krátký alfanumerický text, který poskytovatel sítě ukládá do koncového zařízení subjektu údajů a později jej odtud znovu získává. Tento alfanumerický text lze využívat pro celou řadu účelů, jako je zapamatování preferencí, ukládání informací o relaci nebo stanovení totožnosti subjektu údajů prostřednictvím jedinečného označení.“¹⁹⁵

¹⁹² Po tom, aby nebyl souhlas používán jako jednoduchá cesta procesního povolení, v případech, kdy je možné danou činnost povolit na hmotně právním základě, ostatně volají i Beyleveld s Brownswordem, jak je vidno z citace v podkapitole 3.2 této práce.

¹⁹³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích). In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹⁹⁴ Čtyři stanoviska a jedno vyjádření WP29, stanovisko českého Úřadu pro ochranu osobních údajů by mělo vyjít v relativně krátké době. Jak bude probráno dále, do právní úpravy článku 5 odst. 3 směrnice 2002/58/ES však spadá celá řada dalších moderních technologií z oblasti komunikací a IT, například mobilní aplikace.

V první podkapitole se seznámíme detailněji s právní úpravou tohoto fenoménu a jejím vývojem jak v právu Evropské unie, tak v českém právním řádu. Druhá podkapitola se věnuje obecnější otázce vztahu právní úpravy cookies a ochrany osobních údajů. Třetí část je zaměřena na možné řešení diskutovaného problému.

5.1 PRÁVNÍ ÚPRAVA

Základní právní úpravu v této oblasti, jak již vyplývá z úvodu kapitoly, představuje článek 5 odst. 3 Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích. Ten v původní verzi zněl takto:

„Členské státy zajistí, aby užívání sítí elektronických komunikací k uchování informací nebo získávání přístupu k informacím uchovávaným v koncovém zařízení účastníka nebo uživatele bylo povoleno pouze za podmínky, že dotčený účastník či uživatel byl jasně a úplně informován v souladu se směrnicí 95/46/ES, mimo jiné o účelech zpracování, a že je mu správcem údajů nabídnuto právo odmítnout takové zpracování. To nebrání technickému ukládání nebo takovému přístupu, jehož jediným účelem je provedení nebo usnadnění přenosu sdělení prostřednictvím sítí elektronických komunikací nebo, je-li to nezbytně nutné pro poskytování služeb informační společnosti, které si účastník nebo uživatel výslovně vyžádal.“¹⁹⁶

Věcná působnost uvedeného článku spadá na veškeré informace, které provozovatel služby ukládá do koncového zařízení uživatele, nebo informace již v koncovém zařízení uložené, ke kterým má provozovatel služby přístup a může je číst.¹⁹⁷ Směrnice mlčí v otázce, o jaké informace se přesně má jednat. Vzhledem k tomu je věcná působnost sama o sobě

¹⁹⁵ Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 2/2010 k internetové reklamě zaměřené na chování. WP 171. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_cs.pdf. S. 6.

¹⁹⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích). In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

¹⁹⁷ Srovnej Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 2/2010 k internetové reklamě zaměřené na chování. WP 171. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_cs.pdf.

překvapivě široká. Krom cookies tak ustanovení bez pochyby dopadá i na mobilní aplikace,¹⁹⁸ internetové obchody typu iTunes a Steam, nebo používání zaručeného elektronického podpisu. Extenzivním výkladem by bylo možné rozšiřovat působnost tohoto ustanovení až do pozice, kdy pod něj bude spadat veškerá síťová komunikace, protože pro její funkčnost vždy budou nějaká data v koncovém zařízení zpřístupňována a nějaká do něj zpět ukládána.¹⁹⁹

Analyzovaný článek zakládá povinnost informovat koncového uživatele v souladu se Směrnicí o ochraně osobních údajů.²⁰⁰ Poskytovatel služby tedy musí splnit stejnou informační povinnost, jako správce osobních údajů a to i v případě, že informace, se kterými služba pracuje, nejsou osobní údaje. Je nezbytné si uvědomit, že pro použití ustanovení čl. 5 odst. 3 není nutné, aby informace byly osobními údaji dle Směrnice o ochraně osobních údajů. Stačí, když splní požadavky uvedené v minulém odstavci. Smyslem, který zákonodárce sledoval je, že informace obsažené v koncových zařízeních tvoří součást soukromí uživatelů, které je třeba chránit.²⁰¹ Z toho vyplývá, že i v případě, že k žádnému zpracování osobních údajů nedochází, provozovatel služby má povinnost na tento fakt uživatele upozornit. Na textu ustanovení a příslušných recitálů Směrnice je jasně viditelné, že tento text byl psán v určité době za účelem limitace rizika, které představuje například spyware.²⁰² Působí na mě dojmem, že si zákonodárce plně neuvědomil šíři materie, kterou tímto ustanovením upravil.

¹⁹⁸ Viz Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 2/2013 k aplikacím v inteligentních zařízeních. WP 202. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp202_cs.pdf.

¹⁹⁹ WP29 v doposud nepublikovaném návrhu stanoviska k fingerprinting (identifikace počítače na základě meta informací, které odesílá) takto širokou interpretaci s odkazem na recitál 66 směrnice 2009/136/ES odmítá. Argument, jak k tomu na základě tohoto recitálu dospěla, je sice poněkud záhadný (odkazuje se na úmysl zákonodárce, když recitál 66 hovoří o „neodůvodněném narušení soukromé sféry“, nebylo úmyslem postihnout veškerou komunikaci), závěr je však přesto vítaný.

²⁰⁰ Směrnice o ochraně soukromí a elektronických komunikacích je, jak již bylo uvedeno v první kapitole práce, v oblasti elektronických komunikací lex specialis vůči Směrnicí o ochraně osobních údajů.

²⁰¹ Srovnej Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 2/2010 k internetové reklamě zaměřené na chování. WP 171. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_cs.pdf. s. 9.

²⁰² Viz recitál 24 Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích.

V původním znění Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích bylo navazující povinností provozovatele služby poskytnout uživateli možnost odmítnout takové zpracování.²⁰³ Zákonodárce zde nastavil režim opt-out, který předpokládá souhlas s použitím technologie, ledaže se uživatel vyjádří opačně. Vzhledem k působení sklonu uživatelů držet status quo a neinvestovat transakční náklady v podobě času na změnu základního nastavení, tímto způsobem zákonodárce umožnil snadnější provoz zmíněných technologií a zdánlivě tak rameno pomyslné váhy vychýlil směrem k provozovateli služby.²⁰⁴

Čl. 5 odst. 3 rovněž zakládal výjimku z výše uvedených povinností informovat a dát možnost zpracování odmítnout. Poskytovatel služby nebyl touto povinností vázán, pokud jediným účelem činnosti spadající do věcné působnosti tohoto článku bylo technické ukládání – přístup, jehož jediným účelem bylo provedení nebo usnadnění přenosu sdělení, nebo bylo-li to nezbytně nutné pro poskytnutí služeb, které uživatel výslovně vyžádal. Můžeme si všimnout, že tato třetí možnost je variantou legitimizace zpracování osobních údajů na základě nezbytnosti zpracování pro plnění smlouvy, které je subjekt údajů stranou.

V českém právním řádu byl tento článek implementován do § 89 odst. 3 zákona o elektronických komunikacích.²⁰⁵ Převedení do českého práva bylo provedeno takřka doslovně, proto i zde platí, co bylo řečeno k evropské úpravě. Jedinou změnou je, že se český zákonodárce nespokojil s odkazem na informační povinnost dle Zákona o ochraně osobních údajů a výslovně stanovil povinnost informovat o rozsahu a účelu zpracování.

Evropská Směrnice 2009/136/ES přinesla novelu rozebíraného článku 5 odst. 3. Nové znění je následující:

„Členské státy zajistí, aby uchovávání informací nebo získávání přístupu k již uchovávaným informacím bylo v koncovém zařízení účastníka nebo uživatele povoleno pouze pod podmínkou, že dotčený

²⁰³ Teď již čistě teoretickou otázkou zůstává, jak se tato povinnost aplikovala (měla aplikovat) na situace, kdy k žádnému zpracování nedocházelo.

²⁰⁴ Srovnej DREIER, Thomas. „Opt in“ and „opt out“ mechanisms in the internet era – towards a common theory. *Computer law & Security review*. 2010, vol. 26, no. 2, pp. 144-150. ISSN 0267-3649.

²⁰⁵ Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích). In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

*účastník či uživatel poskytl svůj souhlas poté, co mu byly poskytnuty jasné a úplné informace v souladu se směrnicí 95/46/ES, mimo jiné o účelu zpracování. To nebrání technickému ukládání nebo takovému přístupu, jehož jediným účelem je provedení přenosu sdělení prostřednictvím sítě elektronických komunikací, nebo je-li to nezbytně nutné k tomu, aby mohl poskytovatel služeb informační společnosti poskytovat služby, které si účastník nebo uživatel výslovně vyžádal.*²⁰⁶

Věcná působnost a informační povinnost provozovatele služby zůstaly beze změny. Výkladový recitál 66 této směrnice uvádí, že je „nanejvýš důležité, aby měli uživatelé, kteří zahajují jakoukoli činnost, která by mohla vést k takovému uchovávání údajů nebo přístupu k nim [dle článku 5 odst. 3, JM.], k dispozici jasné a srozumitelné informace.“ Došlo však ke zcela zásadnímu otočení v oblasti toho, kdy je možné dotčené technologie používat. Legislativce opustil režim opt-out a přistoupil na režim opt-in, který vyžaduje předchozí informovaný souhlas uživatele.²⁰⁷ Tímto krokem nastavil základní pozici tak, že není možné dané technologie používat a zdánlivě tím vychýlil vztah mezi poskytovatelem a uživatelem služby ve prospěch uživatele. Jedná se o evidentní projev přehnané důvěry ve schopnosti institutu informovaného souhlasu, o které jsem hovořil v předchozí kapitole. Nutnost souhlasit před každým prvním použitím dotčené technologie dále přispívá k rutinizaci udělování, a tím i devalvací významu informovaného souhlasu v oblasti ochrany soukromí jako celku. Krok, který se na první pohled může zdát jako posílení pozice uživatele, tak ve skutečnosti působí spíše proti němu.

Druhou změnou, kterou novelizace přinesla, je zúžení výjimky, umožňující použití dotčené technologie i bez souhlasu. Toho bylo docíleno vypuštěním slova „usnadňující“. Výjimka se tedy již vztahuje jen na

²⁰⁶ Čl. 2 odst. 5 Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2009/136/ES ze dne 25. listopadu 2009, kterou se mění směrnice 2002/22/ES o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací, směrnice 2002/58/ES o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací a nařízení (ES) č. 2006/2004 o spolupráci mezi vnitrostátními orgány příslušnými pro vymáhání dodržování zákonů na ochranu zájmů spotřebitele. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

²⁰⁷ Souhlas dle čl. 2 písm. f) Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích odpovídá souhlasu subjektu údajů dle Směrnice o ochraně osobních údajů.

technologie, bez kterých se přenos nemůže uskutečnit a na ty, které jsou nezbytně nutné k poskytnutí služby výslovně vyžádané uživatelem.²⁰⁸

Implementace novelizující směrnice 2009/136/ES do Zákona o elektronických komunikacích byla provedena zákonem č. 468/2011 Sb.,²⁰⁹ který novelizoval § 89 odst. 3 Zákona o elektronických komunikacích. Došlo však k zajímavé situaci, nová směrnice byla implementována jen částečně. Legislativní úprava upravila pravidla pro výjimky, aby odpovídala evropskému předpisu,²¹⁰ zbytek ustanovení však zůstal beze změny, tedy ve znění původní směrnice 2002/58/ES. Zůstal tak zachován režim opt-out. Matoucí však zůstává text důvodové zprávy k zákonu 468/2011 Sb. V té stojí následující:

„Ukládání údajů, nebo získání přístupu k údajům uloženým v koncových zařízeních účastníků nebo uživatelů, je možné pouze se souhlasem těchto účastníků nebo uživatelů. Tato povinnost neplatí pro technické ukládání nebo přístup výhradně pro potřeby (již nikoliv pro usnadnění přenosu) přenosu zprávy prostřednictvím sítě elektronických komunikací nebo je-li to nezbytné pro potřeby poskytování služby informační společnosti, která je výslovně vyžádána účastníkem nebo uživatelem.“²¹¹

Věta „je možné pouze se souhlasem“ naznačuje přechod na opt-in režim. To však nemá oporu v zákoně. Výsledkem tak je naprosté zmatení adresátů této právní normy, a krom toho i nesplnění povinnosti České republiky implementovat evropskou Směrnici.²¹²

²⁰⁸ O jaké technologii cookies se jedná, velmi podrobně referuje stanovisko WP29. Viz Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 4/2012 k výjimce z požadavku na souhlas s cookies. WP 194. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_cs.pdf.

²⁰⁹ Čl. 1 odst. 211 zákona č. 468/2011 Sb. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

²¹⁰ To znamená, že vypustil slova „provedení nebo usnadnění“.

²¹¹ 347/0, Vládní návrh na vydání zákona, kterým se mění zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

²¹² Je však třeba dodat, že v tom zdaleka není sama. Viz Cookie ‘Consent’ Rule: EEA Implementation Table. *International association of privacy professionals* [online]. Field Fisher Waterhouse, publikováno 4. 2. 2013. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: https://www.privacyassociation.org/resource_center/cookie_consent_rule_eea_implementation_table.

Na tomto místě by mohl být výklad o cookies a podobných technologiích ukončen, jelikož, jak vyplývá z textu zákona, není v České republice třeba předchozího souhlasu k tomu, aby mohly být cookies v koncovém zařízení uživatele použity. Domnívám se ale, že zůstaly nevyřešeny některé zajímavé otázky, které však předpokládají, že je v působení režim opt-in. Pro potřeby této práce tak budu nadále vykládat daná ustanovení eurokonformně a budu předpokládat, že souhlasu je třeba.

5.2 JSOU COOKIES OSOBNÍMI ÚDAJI?

Předchozí podkapitola se věnovala právní úpravě cookies a podobných technologií. Cílem této podkapitoly je blíže analyzovat podstatu vztahu mezi prvním dílem páté hlavy Zákona o elektronických komunikacích²¹³ a Zákonem o ochraně osobních údajů. Budu postupovat od konkrétního příkladu k abstraktnější obecné rovině.

Petr Krčmář v článku na root.cz cituje Kateřinu Hrubešovou, ředitelku Sdružení pro internetovou reklamu, která tvrdí, že cookies nejsou osobním údajem.²¹⁴ Tato teze není pravdivá, jelikož cookies mohou být osobním údajem. Vzhledem k tomu, jak je široká zákonná definice osobních údajů, může se snadno stát, že cookies zaznamenávající pohyb uživatele po Internetu bude mít dostatek informací, aby bylo možné na jejich základě identifikovat subjekt údajů. Ostatně dle Krčmáře i sama Hrubešová přiznává, že se uživatel dříve či později při užití cookies identifikuje. Na co ovšem Hrubešová zapomíná je, že se ustanovení o souhlasu dle zákona o ochraně osobních údajů budou aplikovat, i za předpokladu, že by cookies a podobné technologie opravdu osobními údaji nebyly. Souhlas se sběrem a zpracováním osobních údajů a souhlas k využití technologie cookies²¹⁵ jsou dva odlišné právní instituty, byť se řídí stejnými pravidly pro udělení a platnost souhlasu. Jak tvrdí recitál 24,²¹⁶ koncové zařízení uživatele

²¹³ Ochrana osobních, provozních a lokalizačních údajů a důvěrnost komunikací.

²¹⁴ KRČMÁŘ, Petr. Cookies umírají, reklamní branže si ale najde náhradu. *Root.cz* [online]. Internet Info, s.r.o., publikováno 13. 2. 2014. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.root.cz/clanky/cookies-umiraji-reklamni-branze-si-ale-najde-nahradu/>.

²¹⁵ Nadále budu v rámci zjednodušení hovořit jen o cookies, byť tam, jak bylo pojednáno, spadá celá řada dalších technologií.

²¹⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích). In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

a informace na něm uložené jsou součástí soukromí uživatele, funkce souhlasu s použitím cookies je tedy analogická se souhlasem se zpracováním osobních údajů. Tento souhlas je jednostranným právním jednáním, které umožňuje třetí osobě, jinak právem zapovězený, zásah do soukromí souhlasícího.

Rozeberme si nyní pro přehlednost dvě varianty aplikace ustanovení.

Varianta A) spočívá v použití cookies nebo podobných technologií, které jsou zároveň osobními údaji. V takovém případě se plně aplikuje jak § 89 odst. 3 Zákona o elektronických komunikacích,²¹⁷ tak Zákon o ochraně osobních údajů.²¹⁸ Provozovatel služby, který je zároveň správcem údajů, musí nejprve obdržet od uživatele (subjektu údajů) souhlas s použitím cookies, a to i tehdy, je-li pro zpracování osobních údajů per se aplikovatelný jiný legitimizační důvod. Souhlas s užitím technologie cookies musí splňovat všechny podmínky, jako souhlas se zpracováním osobních údajů, jak jsou pojednány ve druhé kapitole této práce.²¹⁹ Musí tedy být svobodný, určitý, vědomý a jednoznačný. Rovněž nemá předepsanou formu, jelikož ani Zákon o elektronických komunikacích ani evropská Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích z pozice *lex specialis* tuto otázku konkrétně nespecifikují. Subjekt údajů může tedy udělit platný souhlas s užitím cookies i konkludentně.

Protože ve variantě A) se opravdu jedná o zpracování osobních údajů, má provozovatel dále povinnost splnit všechny závazky správce údajů dle Zákona o ochraně osobních údajů. Musí tak splnit informační povinnost, na kterou výslovně odkazuje § 89 odst. 3²²⁰ a upozornit uživatele na účel a způsob zpracování. Dále musí splnit také například registrační povinnost, povinnost určení účelu a prostředků zpracování, povinnost prokázání udělení souhlasu se zpracováním po celou dobu zpracování a další ze Zákona o ochraně osobních údajů vyplývající.

²¹⁷ Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích). In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

²¹⁸ S výjimkou náležitostí upravených v Zákoně o elektronických komunikacích jinak. Viz § 87 odst. 1 Zákona o elektronických komunikacích.

²¹⁹ Viz § 87 odst. 2 Zákona o elektronických komunikacích a Čl. 2 písm. f) evropské Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích.

²²⁰ Zákon o elektronických komunikacích.

Správce také musí mít zákonný důvod pro zpracování. V případě, že je tímto důvodem souhlas dle § 5 odst. 2 Zákona o ochraně osobních údajů, můžeme za takový souhlas považovat již svolení k použití cookies. Pokud je však použit jiný legitimizační důvod než souhlas,²²¹ pro subjekt údajů dochází k nepřehledné situaci. Je totiž nejprve žádán o souhlas, následně je však postaven do pozice, kdy dochází ke zpracování jeho údajů bez možnosti jeho zásahu. Správce má jednoznačnou povinnost subjekt o podstatě této situace poučit.

Domnívám se, že v případě, kdy je zpracování cookies - osobních údajů založeno jiným právním důvodem než souhlasem, můžeme se poměrně úspěšně tázat, zda je udělení souhlasu s použitím cookies platné. Pokud je například toto zpracování odůvodněné plněním právní povinnosti správce údajů, subjekt není v pozici, kdy by stál před svobodnou volbou, zda souhlas udělí, nebo ne. Takové zpracování proběhnout musí a případný souhlas se zpracováním není platný, protože postrádá podmínku svobodnosti.²²² Zákon o ochraně osobních údajů takové situace umožňuje řešit alternativními legitimizačními důvody ke zpracování. Ty však nelze aplikovat pro případ souhlasu s použitím cookies. Právní úprava nedává možnost výběru a její nutný výklad hovoří jasně: „K použití této technologie je třeba předchozí souhlas, který odpovídá souhlasu dle Směrnice o ochraně osobních údajů. Tento souhlas tedy musí být svobodný, určitý, vědomý a jednoznačný.“ Jelikož je zpracování na základě zákonné povinnosti nezbytné, nemůže být souhlas s použitím cookies udělen svobodně, a proto není platný. Bez platného souhlasu však nemůže být technologie cookies použita a to i přes to, že je takové zpracování nezbytné. Nacházíme se tak v logické pasti, z níž není úniku.

Varianta B) spočívá v použití cookies nebo podobných technologií, které zároveň osobními údaji nejsou. V tomto případě se bude aplikovat toliko ustanovení § 89 odst. 3 Zákona o elektronické komunikaci a k použití technologie cookies bude mít provozovatel povinnost uživatele informovat o zpracování²²³ a získat od něj souhlas s použitím cookies, jenž naplní požadavky na souhlas dle Zákona o ochraně osobních údajů. Takový

²²¹ Jak bylo dovozeno v předchozí kapitole, pokud taková možnost existuje, měla by být upřednostněna.

²²² Viz kapitola 2 této práce.

²²³ Tedy že žádné neprobíhá.

souhlas tedy musí být svobodný, určitý, vědomý a jednoznačný, a může být udělen i konkludentně.²²⁴ Žádné další povinnosti na provozovatele však kladeny nejsou. Dle mého názoru není možné interpretačně rozšířit termín „zpracování“²²⁵ tak, aby zahrnoval pouhé použití cookies a Zákon o ochraně osobních údajů byl tak bez dalšího aplikovatelný.

Po uvedené detailní analýze vztahu souhlasu s použitím cookies a ochrany osobních údajů se domnívám, že probíraný institut, tak jak jej zavádí Čl. 5 odst. 3 Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích je nesmírně problematický a poněkud zbytečný. Pokud jsou za pomoci cookies zpracovány osobní údaje, stačí k jejich ochraně obecný předpis k jejich ochraně určený. Pokud zpracovávány nejsou, a účelem daného ustanovení je pouze přímá ochrana soukromí uživatele, pak není třeba složitě odkazovat na jiný samostatný právní předpis, jelikož ve výsledku dochází k naprostému zmatení všech zúčastněných. Současný způsob ochrany, kdy je ustanovení předpisu o elektronických komunikacích masivně využíváno v diskurzu ochrany osobních údajů, je zcela nesystémový. Pokud už by zákonodárce chtěl použít princip souhlasu, jakkoli by jiný způsob byl dle mého názoru přiměřenější, výrazně vhodnějším způsobem by bylo zavedení autonomního institutu souhlasu se zásahem do koncového zařízení uživatele.

5.3 DALŠÍ VÝVOJ

Ze staré i nové úpravy čl. 5 odst. 3 Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích je patrný jasný akcent na informování uživatele. To je, myslím, zcela v pořádku a na tomto principu by dle mého názoru měla právní úprava cookies a podobných technologií být postavena. Souhlasím s tím, že průnik do koncového zařízení uživatele je zásahem do jeho soukromého prostoru, jak tvrdí recitál 24 Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích. Z toho důvodu je zajištění informovanosti uživatele i nadále klíčové, protože každý by měl mít možnost zjistit, za jakým účelem je software, umístěný v jeho zařízení, používán. Toto informování nemusí probíhat jen pomocí dlouhých složitých textů, ale je

²²⁴ Jelikož určitě nejsou zpracovávány žádné citlivé údaje, je jisté, že nebude třeba výslovného souhlasu.

²²⁵ Který má jasný význam pocházející ze Směrnice a Zákona na ochranu osobních údajů.

možné využít i dalších metod, o kterých jsem podrobně referoval na konci třetí kapitoly této práce. Nutné použití souhlasu je však dle mého názoru kontraproduktivní z mnoha již uvedených důvodů.²²⁶ Pokud už však existuje povinnost užívat institut souhlasu, mělo by být jeho udělení možné co nejjednodušším způsobem.

Jako vhodné řešení se tak jeví souhlas s použitím cookies daný pomocí nastavení webového prohlížeče, o kterém se přímo zmiňuje recitál 66 směrnice č. 2009/136/ES. Tímto způsobem může uživatel předem vyjádřit jasný souhlas či nesouhlas s použitím cookies. WP29 však ve svém stanovisku správně upozorňuje, že aby se dalo nastavení prohlížeče považovat za projev vůle, musí existovat jistota, že uživatel je o této možnosti obeznámen.²²⁷ Toho je nejlépe dosaženo tehdy, když nastavení prohlížeče provede uživatel sám. Pokud prohlížeč přijímá cookies v základním „továrním“ nastavení, je velmi problematické považovat to za souhlas uživatele s použitím cookies. Větším problémem tohoto jinak elegantního řešení je, že uživatel dává nastavením cookies souhlas s jejich použitím dopředu blanketově, bez znalosti účelů zpracování. Takový souhlas tedy není dostatečně vědomý a informovaný, a proto by mohl být neplatný. Třetím problémem je, že i pokud by bylo nastavení webového prohlížeče dostatečným souhlasem pro použití technologie cookies, nestačilo by už jako souhlas se zpracováním osobních údajů tehdy, bude-li se jednat o osobní údaje a souhlas ke zpracování bude potřeba. Subjekt údajů by tak stejně musel ještě jednou souhlas se zpracováním udělit.

Dle mého názoru by dobrou cestou bylo zachování původního znění Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích a nechat tak užití cookies v režimu opt-out. Zachování informační povinnosti a výslovně uvedená možnost od zpracování údajů odstoupit, jakkoli je sama o sobě implicitně daná, představuje dle mého názoru dostatečnou ochranu subjektu údajů bez zbytečného zatěžování obou zúčastněných stran. Toto řešení je navíc zcela kompatibilní se současnou úpravou ochrany osobních

²²⁶ Např. zvýšená zátěž na uživatele, snížení rychlosti datového toku, devalvace hodnoty souhlasu a jeho automatizace atd.

²²⁷ Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 2/2010 k internetové reklamě zaměřené na chování. WP 171. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_cs.pdf. S. 16 – 15.

údajů, která konkludentní souhlas umožňuje. Silnou ochranu osobních údajů tvoří již legislativa zaměřující se na tuto oblast a není třeba ji takto externě uměle zesilovat.

Tlak, který je ze strany legislativy na poskytovatele služeb ohledně získání souhlasu s použitím cookies vyvíjen, vede ke snižování použití této technologie, což nemusí být nutně prospěšný efekt. Jedním z účelů, k jakým jsou cookies používány, je získávání informací o uživateli pro potřeby behaviorální reklamy. Je naivní domnívat se, že přísnou regulací cookies sledování uživatelů ustane. Pokud k tomu nebudou využívány cookies, které jsou uživatelem poměrně dobře detekovatelné a případně snadno odstranitelné, budou k tomu použity jiné technologie, nad kterými uživatel nebude mít takovou míru kontroly.²²⁸ To by vedlo ke zhoršení pozice uživatele.

Myslím, že závěrem této kapitoly je vhodné připomenout, že ač po celou dobu zmiňuji pouze cookies, § 89 odst. 3 Zákona o elektronických komunikacích dopadá na celou řadu dalších technologií. To, co bylo uvedeno v průběhu této kapitoly, se tak týká například také aplikací do chytrých mobilních zařízení, on-line obchodů typu iTunes nebo Steam, služeb jako Dropbox a celé řady dalších. Vždy, když služba ukládá do koncového zařízení nějaká data, nebo má přístup k datům v koncovém zařízení, § 89 odst. 3 vyžaduje, aby uživatel s tímto procesem souhlasil, přičemž souhlas musí splňovat podmínky kladené na souhlas se zpracováním Zákonem o ochraně osobních údajů. Pokud přímým účelem dané služby není zpracování osobních údajů dle Zákona o ochraně osobních údajů, a takových případů je, myslím, většina, bude taková služba příkladem varianty B), jak jsem ji uvedl v předchozí podkapitole. Krom získání souhlasu s použitím technologie zasahující do koncového zařízení uživatele tak nebude mít poskytovatel služby žádné další povinnosti vyplývající ze Zákona o ochraně osobních údajů.

²²⁸ Srovnej KRČMÁŘ, Petr. Cookies umírají, reklamní branže si ale najde náhradu. Root.cz [online]. Internet Info, s.r.o., publikováno 13. 2. 2014. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.root.cz/clanky/cookies-umiraji-reklamni-branze-si-ale-najde-nahradu/>.

6. ZÁVĚR

Tato studie představila souhlas se zpracováním osobních údajů jako jednostranné právní jednání, které je prostředkem ospravedlnění zásahu jedné osoby (správce údajů) do právem chráněné oblasti soukromí osoby druhé (subjektu údajů). Subjekt údajů může dát svým souhlasem najevo, že mu případný zásah ze strany správce údajů nevádí, díky čemuž se zpracování údajů stane legitimním. Bylo mnohokrát zdůrazněno, že je třeba, aby správce údajů souhlas po subjektu požadoval ve správném kontextu, tedy pouze tehdy, nemá-li k dispozici pro zpracování osobních údajů jiný zákonný důvod. Typickým příkladem, kdy se důvody pro zpracování často zaměňují a dochází tak k němu na základě špatného důvodu, jsou vícestanné smlouvy, do nichž je souhlas se zpracováním osobních údajů inkorporován.

S nástupem informačních a komunikačních technologií došlo k masivnímu nárůstu zpracování osobních údajů, a to jak po kvalitativní, tak kvantitativní stránce. Studie poukázala na nedostatky v současné právní úpravě a jejich praktický dopad na adresáty právních norem. Víra v univerzální použitelnost institutu souhlasu, která dle mého názoru až hraničí s fetišismem, vede k používání tohoto institutu i v případech, pro které se nehodí. To je jeden z faktorů, který přispívá k současnému stavu, kdy je subjekt údajů přehlčen různými požadavky na souhlas. Tento stav je velmi nežádoucí, neboť spouští škodlivou spirálu, která vede ke zhoršení právní pozice subjektu údajů.

Nejjednodušším řešením, jak tento stav zlepšit, je používat souhlas jen v takových případech, pro které je vhodný. To klade na správce údajů nároky, aby pečlivě analyzoval plánované zpracování osobních údajů a o souhlas žádal subjekt pouze tehdy, nemůže-li použít pro plánovaný účel jiný zákonný legitimizační důvod. Je-li jiná možnost, jak údaje zpracovávat, než souhlas, měla by být preferovaná. Dalším způsobem, jak zlepšit právní postavení subjektu, je zajistit větší srozumitelnost informačních dokumentů. Například použití grafických symbolů podobných Creative Commons, nebo barevných označení, které by na první pohled prozradily rizikovost zpracování osobních údajů, by mohlo k dosažení tohoto cíle pomoci.

Typickým příkladem chybného použití institutu souhlasu se zpracováním osobních údajů je jeho zahrnutí do právního režimu ochrany soukromí při použití technologie cookies a jí podobných. Zákonodárce v tomto případě ve snaze o zvýšení bezpečnosti všech uživatelů těchto technologií vytvořil další vrstvu ochrany v podobě nového institutu souhlasu s použitím cookies a podobných technologií. Pro platnost tohoto souhlasu musí být splněny všechny náležitosti jako v případě souhlasu se zpracováním osobních údajů. Taková konstrukce je však vpravdě problematická. Nejen, že jsou na provozovatele služeb využívajících cookies kladeny vysoké požadavky pro splnění zákonné povinnosti, zároveň v určitých případech může dojít k situaci, kdy uživatel (subjekt údajů) nemůže udělit takový souhlas, který by dle zákona platný. Jako vhodné řešení pro cookies a podobné technologie jsem navrhl návrat k opt-out systému se silným principem informování uživatele a možností snadného odmítnutí použití cookies.

Jedním z cílů této studie bylo také pomoci otevřít v českém diskurzu prostor pro diskuzi o problémech a možných řešeních, které jsou v jejím textu zpracovány. Zatímco ve světové literatuře a odborných diskuzích je na institut souhlasu se zpracováním osobních údajů nahlíženo kriticky, a mnoho autorů upozorňuje na jeho nedostatky, v českém právním prostředí je až příliš často chápán jako takřka univerzální lék. Je glorifikován jako ideální způsob, jak může jedinec určit, kdo bude jeho osobní údaje zpracovávat a tak zajistit jejich ochranu. V mnoha případech tomu tak ale není. Pokud by však byl současný postoj odborné veřejnosti zachován, je jen malá naděje na zlepšení stávající situace. Nezbyvá mi, než doufat, že se ledy pohnou a dojde k otevření odborné diskuze, díky které se přiblíží nezbytná modernizace systému ochrany osobních údajů tak, aby odpovídal požadavkům moderní informační společnosti.

7. LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE

7.1 MONOGRAFIE, PUBLIKACE, SBORNÍKY, ODBORNÉ ČLÁNKY

[1] BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in the Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, 388 s. ISBN 978-1-84113-679-4.

[2] BEZOUŠKA, Petr; PIECHOWICZOVÁ, Lucie. *Nový občanský zákoník: Nejdůležitější změny*. Olomouc: Nakladatelství ANAG, 2013, 369 s. ISBN 978-80-7263-819-2.

- [3] DVORÁK, Jan; ŠVESTKA, Jiří; ZUKLÍNOVÁ, Michaela et al. *Občanské právo hmotné. Svazek I. Díl první: Obecná část*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, 432 s. ISBN 978-80-7478-326-5.
- [4] DREIER, Thomas. „Opt in“ and „opt out“ mechanisms in the internet era – towards a common theory. *Computer law & Security review*. 2010, vol. 26, no. 2, pp. 144-150. ISSN 0267-3649.
- [5] HOHFELD, Wesley, Newcomb. Fundamental Legal Conceptions. In: COOK, Walter, Wheeler. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University Press, 1923, s. 23-144.
- [6] KUČEROVÁ, Alena et al. *Zákon o ochraně osobních údajů, Komentář*. 1. Vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, 536 s. ISBN 978-80-7179-226-0.
- [7] MATOUŠOVÁ, Miroslava; HEJLÍK, Ladislav. *Osobní údaje a jejich ochrana*. 2. Vyd. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2002, 468 s. ISBN 978-80-7357-322-5.
- [8] MÉTAYER, Daniel Le; MONTELEONE, Shara. Automated consent through privacy agents: Legal requirements and technical architecture. *Computer law & Security review*. 2009, vol. 25, no. 2, pp. 136-144. ISSN 0267-3649.
- [9] NONNEMANN, František. Ochrana spotřebitele a ochrana osobních údajů. *Právní rozhledy*. 2010, roč. 18, č. 22, s. 807-810. ISSN 1210-6410.
- [10] NONNEMANN, František. Náležitosti souhlasu se zpracováním osobních údajů. *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19, č. 14, s. 520-522. ISSN 1210-6410.
- [11] NONNEMANN, František. Odvolání souhlasu se zpracováním osobních údajů. *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19, č. 24, s. 871-877. ISSN 1210-6410.
- [12] NONNEMANN, František. Právní úprava ochrany osobnosti v novém občanském zákoníku a její vztah k ochraně osobních údajů. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 13-14, s. 505-509. ISSN 1210-6410.
- [13] SMEKAL, Hubert. *Lidská práva*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2013, 195 s. ISBN 978-80-210-6388-4.
- [14] ŠKOP, Martin; MACHÁČ, Petr. *Základy právní nauky*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, 196 s. ISBN 978-80-7357-709-4.
- [15] TELEC, Ivo. Svolení, nebo zákonné licence v právu osobnostním. *Právní rozhledy*. 2007, roč. 15, č. 24, s. 879-883. ISSN 1210-6410.
- [16] TELEC, Ivo. Souhlas, nebo licenční závazek? *Právní rozhledy*. 2013, roč. 21, č. 13-14, s. 457-462. ISSN 1210-6410.
- [17] WAGNEROVÁ, Eliška et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2012, 931 s. ISBN 978-80-7357-750-6.

7.2 DOKUMENTY A PRÁVNÍ PŘEDPISY

- [18] 2007/C 306/01, Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [19] 2012/C 326/02, Listina základních práv Evropské unie. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

- [20] Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 45/2001 ze dne 18. prosince 2000 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů orgány a institucemi Společenství a o volném pohybu těchto údajů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [21] Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 95/46/ES ze dne 24. října 1995 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [22] Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích). In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [23] Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2009/136/ES ze dne 25. listopadu 2009, kterou se mění směrnice 2002/22/ES o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací, směrnice 2002/58/ES o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací a nařízení (ES) č. 2006/2004 o spolupráci mezi vnitrostátními orgány příslušnými pro vymáhání dodržování zákonů na ochranu zájmů spotřebitele. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [24] Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [25] Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [26] Zákon č. 256/1992 Sb., o ochraně údajů v informačních systémech. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [27] Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [28] Zákon č. 123/2000 Sb., o zdravotnických prostředcích a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [29] Zákon č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů (zákon o některých službách informační společnosti). In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [30] Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích). In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [31] Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [32] Zákon č. 468/2011 Sb. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [33] Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

[34] Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod ve znění protokolů č. 3, 5 a 8. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

[35] Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 2/2010 k internetové reklamě zaměřené na chování. WP 171. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_cs.pdf.

[36] Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 15/2011 k definici souhlasu. WP 187. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_cs.pdf.

[37] Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 4/2012 k výjimce z požadavku na souhlas s cookies. WP 194. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_cs.pdf.

[38] Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. Stanovisko č. 2/2013 k aplikacím v inteligentních zařízeních. WP 202. *Evropská komise* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp202_cs.pdf.

[39] Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů č. 2/2008, Souhlas se zpracováním osobních údajů. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.uouu.cz/files/stanovisko_2008_2.pdf.

[40] Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů č. 2/2011, Zpracování osobních údajů na základě souhlasu ve smlouvě nebo Všeobecných obchodních podmínkách a s tím související problémy. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.uouu.cz/VismoOnline_ActionScripts/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=9185.

[41] Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů č. 5/2012, Poskytnutí informací a získání souhlasu subjektu údajů v elektronické komunikaci. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.uouu.cz/files/stanovisko_2012_5.pdf.

[42] Proposal for a Council Directive concerning the protection of individuals in relation to the processing of personal data, COM (90), 314 final, SYN 287 and 288, Brussels, 13 September 1990. In: *Archive of European Integration* [online]. University of Pittsburgh [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://aei.pitt.edu/3768/1/3768.pdf>.

[43] 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 by the institutions and bodies of the Community and on the free movement of such data, COM(1999) 337 final, s. 39. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0337:FIN:EN:PDF>.

[44] Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováváním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (obecné nařízení o ochraně údajů), COM(2012) 11 final, 2012/0011. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_cs.pdf.

[45] Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM (2012)0011–C7-0025/2012-2012/0011(COD)). *Evropský parlament* [online]. Europarl.europa.eu [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/pr/922/922387/922387en.pdf.

[46] 347/0, Vládní návrh na vydání zákona, kterým se mění zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

[47] Rozhodnutí Úřadu pro ochranu osobních údajů čj. SPR-5685/09. Náležitosti souhlasu se zpracováním osobních údajů. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. Úřad pro ochranu osobních údajů [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.uouu.cz/nalezitosti-souhlasu-se-zpracovanim-osobnich-udaju/d-1768>.

7.3 SOUDNÍ ROZHODNUTÍ

[48] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. srpna 2013, sp. zn. 5 As 158/2012 – 49. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].

[49] Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 23. května 2013, sp. zn. 8Ca 95/2009. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. Úřad pro ochranu osobních údajů [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://www.uouu.cz/VismoOnline_ActionScripts/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=6558.

7.4 ELEKTRONICKÉ PRAMENY

[50] ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. Privacy and Rationality in Individual Decision Making. *IEEE Security and Privacy*. 2005, vol. 3, no. 1, pp- 26 – 33. ISSN 1540-7993. In: Carnegie Mellon University [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/acquisti.pdf>.

[51] ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. When 25 Cents is Enough: Willingness to Pay and Willingness to Accept for Personal Information [online]. *Workshop on the Economics of Information Security*. 2007, 22s. In: Carnegie Mellon University [online]. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://weis2007.econinfosec.org/papers/66.pdf>.

[52] ACQUISTI, Alessandro; JOHN, Leslie; LOEWENSTEIN George. *What is Privacy Worth?* [online]. Carnegie Mellon University, 2010, 45 s. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/acquisti-ISR-worth.pdf>.

[53] BARTÍK, Václav; JANEČKOVÁ, Eva. Souhlas se zpracováním osobních údajů jako součást smlouvy. *Daně a právo v Praxi*. 2012, č. 11, s. 49. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 10. 6. 2014].

[54] BORGESIOUS, Frederik. *Consent to behavioural targeting in European Law: What are the policy implications of insights from behavioural economics?* [online]. Amsterdam: Institute for Information Law, 2013, 58 s. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.ivir.nl/staff/borgesius.html>.

- [55] CROSLEY, Stanley W. Old School Privacy is Dead, But Don't Go Privacy Crazy. *Privacy Perspectives* [online]. IAPP, publikováno 20. ledna 2014. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: https://www.privacyassociation.org/privacy_perspectives/post/old_school_privacy_is_dead_but_dont_go_privacy_crazy.
- [56] CURREN, Liam; KAYE, Jane. Revoking consent: A 'blind spot' in data protection law? *Computer Law & Security Review* [online]. 2010, vol. 26, no. 3, pp. 273-283. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.publichealth.ox.ac.uk/helex/publications/Curren2010273>.
- [57] HOOFNAGLE, Chris Jay et al. *How Different are Young Adults from Older Adults When it Comes to Information Privacy Attitudes and Policies?* [online]. 2010, 20 s. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1589864.
- [58] CHMEL, Marek; SYLLOVÁ, Jindřiška. *Listina základních práv Evropské unie a česká „výjimka“ z Listiny* [online]. Praha: Parlamentní institut, 2009 [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=59998>.
- [59] JACOBS, David. Reports of the Death of Consent Have Been Greatly Exaggerated. *Privacy Rights Blog@epic.org* [online]. Electronic Privacy information Center, publikováno 28. 1. 2014 [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://epic.org/blog/2014/01/reports-of-the-death-of-consent-have-been-greatly-exaggerated-1.html>.
- [60] KUMPOŠT, Marek; MATYÁŠ, Václav. Jak si lidé cení soukromí? *Zpravodaj ÚVT MU* [online]. Brno: Masarykova univerzita, 2009, roč. 20, č. 1, s. 13-20. [cit. 10. 6. 2014]. ISSN 1212-0901. Dostupné z: <http://www.ics.muni.cz/zpravodaj/articles/626.html>.
- [61] KRČMÁŘ, Petr. Cookies umírají, reklamní branže si ale najde náhradu. *Root.cz* [online]. Internet Info, s.r.o., publikováno 13. 2. 2014. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.root.cz/clanky/cookies-umiraji-reklamni-branze-si-ale-najde-nahradu/>.
- [62] LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0.* [online]. New York: Basic Books, 2006, 424 s. [cit. 10. 6. 2014]. ISBN 0-465-03914-6. Dostupné z: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>.
- [63] MELZER, Filip. Právní skutečnosti (právní jednání, právní události). In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 10. 6. 2014].
- [64] MÝŠKA, Matěj et al. Creative Commons and Grand Challenge to Make Legal Language Simple. *AICOL Workshops* [online]. Berlin, Heidelberg, 2011, pp. 271 – 285. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-35731-2_19.
- [65] OHM, Paul. Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization. *UCLA Law Review*. [online]. 2010, vol. 57, no. 6, pp. 1701 – 1777. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: <http://www.uclalawreview.org/?p=1353>.
- [66] SOLOVE, Daniel J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemmas. *Harvard Law Review* [online]. 2013, vol. 126, no. 7, pp. 1880-1903. [cit. 10. 6. 2014] Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018.
- [67] USTARAN, Eduardo. Yes, Consent Is Dead. Further, Continuing To Give It A Central Role Is Dangerous. *Privacy Perspectives* [online]. IAPP, publikováno 18. prosince 2013. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: https://www.privacyassociation.org/privacy_perspectives/post/yes_consent_is_dead_further_continuing_to_give_it_a_central_role_is_danger.

[68] WOLF, Christopher; POLONETSKY, Jules. An Updated Privacy Paradigm for the “Internet of Things”. *Future of Privacy Forum* [online]. *Future of privacy*, 2013, 12 s. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.futureofprivacy.org/wp-content/uploads/Wolf-and-Polonetsky-An-Updated-Privacy-Paradigm-for-the-%E2%80%9CInternet-of-Things%E2%80%9D-11-19-2013.pdf>.

[69] Cookie ‘Consent’ Rule: EEA Implementation Table. *International association of privacy professionals* [online]. Field Fisher Waterhouse, publikováno 4. 2. 2013. [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: https://www.privacyassociation.org/resource_center/cookie_consent_rule_eea_implementation_table.

[70] Progress on EU data protection reform now irreversible following European Parliament vote. *Press releases database* [online]. Europa.eu, [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-186_en.htm.

[71] *Thirty years after, The OECD privacy guidelines*. OECD, © 2011 [cit. 10. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/49710223.pdf>.

PRÁVNÍ REŽIM INFORMACÍ V GENETICKÝCH DATABÁZÍCH A BIOBANKÁCH

ONDŘEJ ANTOŠ*

ABSTRAKT

Příspěvek se věnuje tématu právního režimu genetických informací. Důraz je kladen především na informace obsažené a zpracovávané v rámci genetických databází. První část formuluje obecné pojmové a filosofické východisko, tj. výjimečnost genetických informací, informovaný souhlas a souhlas se zpracováním osobních údajů. Druhá část analyzuje vybrané právní problémy genetických databází. Příspěvek uzavírá třetí část, která se soustředí na zvláštní právní režim nakládání s genetickými informacemi ve forenzních databázích. Cílem příspěvku je analyzovat základní právní problémy genetických informací v souvislosti s genetickými databázemi a na toto téma formuluje úvahy de lege ferenda.

KLÍČOVÁ SLOVA

Genetika; genetická informace; genetická databáze; biobanka; forenzní databáze; informovaný souhlas; souhlas se zpracováním osobních údajů.

ABSTRACT

The paper is focused on the legal regime of genetic information. Predominant emphasis is placed on information contained and processed in genetic databases. First part of the paper aims at establishing legal basis for participation in genetic

* Ondřej Antoš absolvoval Právnickou fakultu Masarykovy univerzity v roce 2014. Během studia se zaměřoval na právo duševního vlastnictví, právo ICT a teorii práva. S pracemi na témata z těchto oborů získal v roce 2010 a 2011 cenu děkanky PrF MU v soutěži SVOČ. Na výměnném pobytu na University of Glasgow prohloubil svůj přehled v oblasti práva duševního vlastnictví, právní filozofie a zejména vztahu práva a genetiky. Během studia se podílel na projektu otevřených dat veřejné správy na Úřadu vlády České republiky. Poslední tři semestry studia byl na praxi v advokátní kanceláři Squire Sanders (dnes Squire Patton Boggs), kde dnes pracuje jako advokátní koncipient.

Kontaktní e-mail: o.antos@gmail.com

databases, i.e. informed consent and consent to personal data processing. The second part analyses selected legal issues connected with research genetic databases. Finally, the third part is focused on specific legal regime of information contained in forensic databases. The paper provides analysis of crucial legal problems of genetic information in relation to genetic databases and formulates "lex ferenda" suggestions.

KEY WORDS

Genetics; genetic information; genetic database; biobank; forensic database; informed consent; consent to personal data processing.

1. ÚVOD

Genetické informace jsou často považovány za nejdůležitější informace vůbec. Jsou totiž do značné míry způsobilé determinovat zdraví, délku a další aspekty lidského života. Slouží také jako základní pojítka pro etnické a biologicko-sociální skupiny. Technologický vývoj rovněž přispívá k tomu, že se s genetickými informacemi stále častěji setkáváme i v běžném životě. Genetické informace tak přináší nové etické i právní problémy např. v pojišťovnictví, medicínském právu či právu vědeckého výzkumu.

Vzhledem k tomu, že je vztah genetiky a práva v České republice poněkud opomíjeným, klade si tento článek dva cíle. Zprv by měl čtenáře seznámit se základními právními problémy vznikajícími při užívání genetikách informací. A zadruhé by měl posloužit jako inspirace pro diskuzi ohledně případné regulace genetických informací. Článek je rozdělen do dvou částí. Každá část má dvě kapitoly. První část se zabývá obecnými východisky právní regulace genetiky a genetických informací. Druhá část pak analyzuje vybrané právní problémy genetických informací v souvislosti s provozováním výzkumných a forenzních genetických databází.

První kapitola se zabývá vymezením pojmu „genetická databáze“ pro účely tohoto článku. Dále kapitola obsahuje obecný přehled právních problémů souvisejících s genetickými informacemi i databázemi. Kapitola je uzavřena stručným rozbohem doktríny výjimečnosti genetických informací, která slouží jako filosofický základ a apologetika zvláštního postavení

genetických informací mezi ostatními informacemi. První kapitola tedy slouží jako pojmové a orientační východisko tohoto článku.

Druhá kapitola se zaměřuje na právní předpoklady účasti na genetických databázích, kterými jsou souhlas se zpracováním osobních údajů a informovaný souhlas. Genetické informace jsou ze zákona považovány za citlivé osobní údaje a k jejich uchování a zpracování je nezbytné získat souhlas od jejich subjektu. V druhé kapitole se zabývá analýzou informovaného souhlasu a jeho adaptací na změny, které přináší výzkum v genetických databázích. Informovaný souhlas přitom slouží jako právní základ řady aspektů výzkumu (např. odběr biologických vzorků, jejich skladování a užívání, ale i etický rámec výzkumů, atp.) a je klíčovým dokumentem pro pořizovatele genetické databáze i jejího účastníka.

Třetí kapitola obsahuje vybrané právní otázky související s výzkumnými genetickými databázemi. Vybrané otázky demonstrují různorodost a rozsah právních problémů souvisejících s genetickými databázemi. Nejdříve se zabývá otázkou práva na přístup ke genetickým a souvisejícím zdravotním informacím osob, tzv. právem na zpětnou vazbu. Druhým okruhem témat je poskytování genetických informací třetím osobám. Článek se zabývá výhradně poskytováním informací příbuzným. Záměrně opomíjí poskytování informací pojišťovněm a zaměstnavatelům, jelikož se jedná o autonomní tematický okruh bez přímé souvislosti s genetickými databázemi. Kapitola je uzavřena analýzou právní úpravy vlastnického práva k lidskému tělu a jeho odděleným částem či produktům. Nakonec kapitoly je také stručně analyzována zvláštní dispozice pořizovatele databáze s biologickým (genetickým) materiálem v „kvazivlastnickém“ režimu.

Čtvrtá kapitola se zaměřuje na regulaci forenzních genetických databází. Forenzní databáze mají veřejnoprávní charakter a slouží k odhalování a prevenci trestné činnosti. Tak se odlišují od výzkumných genetických databází, které jsou veřejnoprávní i soukromoprávní, a slouží k odlišným účelům. Toto téma vybízí k celé řadě právních otázek, které by si zasloužily analýzu v samostatném článku. Jedná se např. o vztah nedistributivního práva na fyzickou bezpečnost člověka vůči státu, proti kterému stojí individuální právo na ochranu své osobní sféry. Kapitola se však soustředí výhradně na sběr, uchování a užívání genetických informací v kontextu forenzních genetických databází.

2. GENETICKÉ DATABÁZE

Vymezení pojmu „genetická databáze“ ztěžuje existence značného množství rozdílných konceptů genetických databází. Od databází malého rozsahu založených za jedním výzkumným účelem až po obrovské konglomeráty genetických, zdravotnických a environmentálních informací se stovkami tisíc účastníků. Na problém s uchopením pojmu „genetická databáze“ upozorňuje i odborná literatura, která uvádí, že neexistuje žádná ustálená definice.¹ Neshoda v elementárních prvcích tohoto pojmu mě vede k obecné analýze pojmu „databáze“ v lingvistickém a právním pojetí, na kterou navazují srovnáním přístupu jurisdikcí, kde je pojem „genetická databáze“ či obdobný pojem obsažen v právním předpise. Na základě provedené analýzy a srovnání přistupuji k vymezení pojmu „genetická databáze“ pro účely tohoto příspěvku.

Oxfordský slovník práva definuje pojem „databáze“ následovně: „[Databáze] je organizovaný soubor informací uložený v elektronické podobě na počítači.“² Oproti tomu Oxfordský slovník angličtiny definuje databázi rozdílně: „[Databáze] je strukturovaná sada dat uložených na počítači, zejména taková sada, která je přístupná různými způsoby.“³ Syntézou těchto definic docházím k závěru, že databáze je charakterizována následujícími pojmovými znaky: (1) databáze obsahuje systematicky organizovaná data; (2) přístup k datům je možný jak jednotlivě, tak v jejich úplnosti; a (3) databáze je uchovávána v elektronické podobě.

Slovníkové pojetí pojmu „databáze“ je obdobné jako v ustanovení § 88 autorského zákona⁴, který zapracovává směrnici Evropského parlamentu a Rady o právní ochraně databází.⁵ Ustanovení § 88 AutZ vymezuje pojem *sui generis* databáze následovně: „Databází je pro účely tohoto zákona soubor nezávislých děl, údajů nebo jiných prvků, systematicky nebo metodicky uspořádaných a individuálně přístupných elektronickými nebo jinými prostředky, bez

¹ KAYE, Jane. Do We Need a Uniform Regulatory System for Biobanks Across Europe? *European Journal of Human Genetics*, vol. 14(2). 2006. s. 245-246.

² LAW, Jonathan, MARTIN, Elizabeth. *A Dictionary of Law*. 7th ed. Oxford: Oxford University Press. 2009.

³ HORNBY, Albert Sydney, TURNBULL, Joana. *Oxford advanced learner's dictionary of current English*. 8th ed. London: Oxford University Press, 2010.

⁴ Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon) ve znění pozdějších předpisů.

⁵ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 96/9/ES ze dne 11.3.1996 o právní ochraně databází.

ohledu na formu jejich vyjádření.”⁶ Při pomnutí kontroverzní otázky vzniku právní ochrany databáze⁷, jsou pojmovými znaky *sui generis* databáze: (1) soubor systematicky či metodicky uspořádaných nezávislých děl, údajů nebo prvků (tzn. soubor dat určité kvality); (2) jednotlivé prvky databáze jsou individuálně přístupné; a (3) prvky v databázi jsou v elektronické podobě či jiné podobě a v té podobě jsou také elektronicky přístupné.

První bod slovníkového i zákonného vymezení se shoduje a klade důraz především na systematickosti organizace prvků obsažených v databázi. Ve druhém bodě se definice nepatrně liší v otázce přístupnosti databáze. Slovníková definice je obecnější a jako kritérium stanovuje pouze, že obsah databáze musí být přístupný. Oproti tomu je zákon přísnější a za kritérium považuje „individuální přístupnost“ prvků v databázi. Rozdíl spočívá v tom, že zákonná definice vyžaduje individuální přístupnost jednotlivých prvků, přičemž podle slovníkové definice jsou prvky přístupné i v jejich uskupeních. Individuální či celistvá přístupnost prvků v databázi však nemá vliv na právní aspekty fungování genetických databází. Ve třetím bodě je mezi definicemi podstatná odlišnost. Slovníková definice počítá pouze s databází v elektronické formě, ale zákon explicitně připouští i jiné formy. Distinkce mezi prvky v materiální a elektronické podobě má zásadní vliv na chápání genetických databází. Pokud by došlo k přijetí slovníkové definice, znamenalo by to, že by v databázi mohly být obsaženy pouze dematerializované genetické informace, které vznikly na základě analýzy biologických účastníků takové databáze. Vzorky by tak byly mimo režim úpravy genetické databáze. Zákonné vymezení tak lépe odpovídá realitě genetických databází, protože ty zpravidla obsahují genetický materiál (tkáň či buňky) spolu s genetickými informacemi v elektronické podobě. Proto při další analýze vycházím ze zákonného pojetí pojmu „databáze“.

Rozlišování mezi biologickými vzorky (tj. reálnými statky) a genetickými informacemi (tj. dematerializovanými informacemi v elektronické podobě) je konstitutivním prvkem při vymezení pojmu „genetická databáze“. Národní právní řády tento rozdíl zpravidla respektují a slouží jim jako výchozí prvek regulace genetických databází, resp. „biobank“.

⁶ Autorský zákon, op. cit. § 88.

⁷ viz např. MACQUEEN, Hector, et al. *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*. 2nd Edition. New York: Oxford University Press, 2011. s. 214-215.

2.1 VYBRANÉ ZAHRANIČNÍ PŘÍSTUPY

Po vymezení obecného pojmu „databáze“ přistupuji k analýze pojmu „genetická databáze“ či „biobanka“. Pojem „biobanka“ je zahrnut z toho důvodu, že právní řády, které upravují genetické informace uložené v databázích zpravidla používají pojem „biobanka“. Právní úpravu různých zemí používám právě z důvodu absence shody doktríny na vymezení tohoto pojmu, a protože právní řád České republiky na toto téma mlčí.^{8,9} Neexistence ustáleného vymezení pojmu „genetická databáze“ je také následkem chybějícího empirického průzkumu, kdy nejsou k dispozici ani základní data o genetických databázích, jakého jsou rozsahu a k jakým výzkumům slouží.¹⁰ Výjimkou je v tomto případě Polsko, kde proběhl rozsáhlý empirický výzkum o existujících genetických databázích a jejich fungování.¹¹

Z metodologických¹² i praktických pohnutek jsem pro účely tohoto příspěvku zvolil Estonsko¹³, Švédsko¹⁴ a Island¹⁵. Všechny vybrané země disponují poměrně komplexní právní úpravou genetických databází a zároveň mezi nimi panují dostatečné odlišnosti, takže je možné demonstrovat rozdílné přístupy k regulaci. Dalším důvodem je, že tyto země jsou stejně jako Česká republika představiteli kontinentální právní kultury. Příslušnost ke stejné právní kultuře zajišťuje alespoň minimální soudržnost základních právních institutů a principů. Formulované závěry jsou tak bližší i českému

⁸ GIBBONS, Susan, KAYE, Jane, et al. Governing Genetic Databases: Challenges Facing Research Regulation and Practice. *Journal of Law and Philosophy* [online]. 2005, vol. 34, [cit. 2. 3. 2013]. s. 165.

⁹ House of Lords' Science and Technology Committee, Fourth Report Report on Human Genetic Databases: Challenges and Opportunities. *House of Lords of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [online]. 2001. [cit. 11.11.2013]. § 3.1-3.17.

¹⁰ GIBBONS, Susan. Are UK genetic databases governed adequately? A comparative legal analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27(2). 2007. s. 320.

¹¹ PAWLIKOWSKI, Jakub, SAK, Jaroslaw, MARCZEWSKI, Krzysztof. The analysis of the ethical, organizational and legal aspects of Polish biobanks activity. *European Journal of Public Health*, vol. 20(6). 2009. s. 707-710.

¹² Metodologickým důvodem je především příslušnost vybraných zemí k tzv. kontinentálnímu právnímu systému, který (alespoň v minimálním rozsahu) zajišťuje určitou univerzálnost základních právních institutů a je tedy lépe srovnatelný. Dále se také jedná o země, které buď jsou členy Evropské unie (Švédsko, Estonsko, Česká republika) nebo již jsou integrovány do Evropského hospodářského prostoru (Island) a mají tak do jisté míry harmonizovanou legislativu, např. v oblasti ochrany osobních údajů.

¹³ REPUBLIC OF ESTONIA. Human Genes Research Act.

¹⁴ KINGDOM OF SWEDEN. Biobanks in Medical Care Act.

¹⁵ REPUBLIC OF ICELAND. Biobanks Act.

právnímu řádu. Ucelená regulace genetických databází se nachází i v jiných zemích, např. v Izraeli¹⁶ či Velké Británii.¹⁷

Ustanovení § 2 odst. 10 estonského Human Genes Research Act (dále jen „HGRA“) obsahuje legální definici „Genové banky“, kterou se rozumí: „*database založená a spravovaná vrchním správcem, která se skládá ze vzorků tkání, popisů DNA, popisu zdravotního stavu, genealogie, genetických dat a dat umožňujících identifikaci dárce genu*“.^{18,19} Estonská právní úprava není standardní legální definicí, ale zřizujícím ustanovením pro Estonskou genovou banku. Z tohoto důvodu je nutné přistupovat k estonské regulaci obezřetně a srovnávat ji s ostatními právními úpravami. Estonská genová banka je dle ustanovení § 3 HGRA pod správou University of Tartu a slouží k (1) rozvoji genetického výzkumu; (2) shromažďování genetických a zdravotních údajů o estonské populaci; a (3) využívání získaných poznatků z genetického výzkumu pro zlepšování veřejného zdraví.²⁰ Jedná se tedy o konkrétní databázi, která je zřízena a regulována výlučně na základě HGRA. Estonská úprava tak neřeší jeden ze základních problémů legální definice, tj. jaké prvky zvolit, aby byla věcná působnost regulace genetických databází dostatečně inkluzivní a zároveň přiměřená.

Švédský Biobanks in Medical Care Act (dále jen „BMCA“) obsahuje definici „biobanky“ v sekci 1, která zní: „*Biologický materiál od jedné nebo více osob, který je vybrán a uložen na dobu určitou či neurčitou, a na jehož základě je možné identifikovat konkrétní osobu či osoby*“.^{21,22} Z této legální definice je patrné, že BMCA počítá s existencí různých biobank, které má v úmyslu regulovat. Zákon pomocí legální definice vztahuje svoji věcnou působnost na společenský jev různorodé kvality a skrze definiční prvky vytyčuje, které

¹⁶ STATE OF ISRAEL. Genetic Information Law.

¹⁷ viz např. BLACK, Julia. Regulation as Facilitation - Negotiating the Genetic Revolution. *The Modern Law Review*, vol. 61(5). 1998. s. 621-660. nebo BROWNSWORD, Roger. Regulating Human Genetics: New Dilemmas for a New Millennium. *Medical Law Review* vol. 12, spring edition. 2004. s. 14-39.

¹⁸ Human Genes Research Act, op. cit. § 2 odst. 10.

¹⁹ Přeloženo z anglického znění: „*„Gene Bank” means a database established and maintained by the chief processor consisting of tissue samples, descriptions of DNA, descriptions of state of health, genealogies, genetic data and data enabling the identification of gene donors*“, překlad autor.

²⁰ Human Genes Research Act, op. cit. § 3.

²¹ Biobanks in Medical Care Act, op. cit. Sekce 2.

²² Překlad autor, anglické znění této sekce je: „*Biobank [is a] biological material from one or more human beings that is collected and preserved for an indefinite period, and whose origin is traceable to an individual or individuals.*”

jevy spadají pod jeho věcnou působnost a které už nikoli. Pojem definice vychází z původního latinského významu „*definire*”, který nese v latině význam „nastavit hranice”.²³ V tomto se liší švédská definice (ta je opravdovou legální definicí) od definice estonské, kde právní norma zřizuje konkrétní právně-sociální skutečnost (Estonskou genovou banku) a reguluje výlučně ji. Tento závěr podporují i další ustanovení BMCA. Ty např. zavádí pojem „entita zodpovědná za biobanku”, což je jakákoli osoba podle švédského práva, která biobanku spravuje²⁴, nikoli jedna konkrétní instituce, jak je tomu v Estonsku.²⁵ Pojem „genetická databáze” je tak obohacen názorem švédského zákonodárce na stanovení relevantních prvků definice a o koncept zákonem zřízené genetické databáze v pojetí zákonodárce estonského.

Z věcné působnosti švédského BMCA jsou vyňaty databáze obsahující vzorky tkání dohromady s genetickými daty v dematerializované podobě. BMCA totiž používá pouze termín „biobanka” a definice počítá pouze s „biologickým materiálem”. Švédsko se řadí mezi většinu jurisdikcí, které stanovují rozdílný právní režim pro vzorky tkání a dematerializované genetické informace. Výjimkou je v tomto směru již zmíněné Estonsko. Kriticky se k dichotomii mezi vzorky a informacemi vyjadřuje i Susan Gibbons, která upozorňuje na „do očí bijící” nedostatečnost definic vztahujících se pouze na vzorky tkání.²⁶ Nedostatek pak spatřuje v nesouladu mezi skutečností a regulací. Genetické databáze totiž zpravidla tvoří vzorky tkání či buněk dohromady s genetickými informacemi. Regulaci však podléhají pouze organizované sbírky tkání a buněk.²⁷

Island zvolil odlišný způsob regulace proti Estonsku i Švédsku. Definice je rozprostřena na několika místech zákona, a je nutné ji nejprve z těchto prvků složit. Islandský Biobanks Act (dále jen „BA”) stanoví, že zřídit a provozovat biobanku je možné pouze pro účely vědy a medicíny a její záměr musí být v souladu s veřejným blahem.²⁸ *A contrario* plyne, že biobanka pro jiný, než vědecký nebo lékařský účel, resp. která neprospívá veřejnému blahu, je protiprávní. Podle sekce II., čl. 1 BA není možné takové

²³ HORNBY, TURNBULL, op. cit.

²⁴ Biobanks in Medical Care Act, op. cit. Sekce 2.

²⁵ Human Genes Research Act, op. cit. § 3 odst. 1.

²⁶ GIBBONS, op. cit. s. 320.

²⁷ KENNEDY, Helena QC. *Human Genetics Commission: Inside Information - Balancing interests in the use of personal genetic data*. [online]. 2002. [cit. 11.11.2013].

²⁸ Biobanks Act, op. cit. sekce I., článek 1.

biobance udělit licenci. Prvotním kritériem pro existenci biobanky tedy je její účel. Sekce I. čl. 2 BA uvádí časové hledisko a činnosti, které jsou regulované ve spojitosti s biobankami.²⁹ Časové hledisko spočívá v rozlišování mezi biobankami dočasnými (*temporary biobanks*) a biobankami stálými (*permanent biobanks*). Důležitější pro samotnou definici jsou pak činnosti, které zahrnují provoz biobanky. Těmi se podle výše zmíněného ustanovení rozumí: získávání biologických vzorků (*collection of biological samples*), jejich držba (*keeping*), nakládání s nimi (*handling*), využívání (*utilisation*) a uskladnění (*storage*). Všechny činnosti jsou pak považovány za „správu biobanky“ a je k nim třeba licence od Ministerstva zdravotnictví (*Ministry of Welfare*).³⁰ Nakonec BA rozlišuje tři druhy biobank: (1) výzkumnou biobanku (*research biobank*); (2) klinickou biobanku (*clinical biobank*); a (3) biobanku (*biobank*).³¹ Biobanka je definována jako: „soubor biologických vzorků, které jsou trvale uchovávány“.³² Výzkumná je taková biobanka, kde: „jsou výzkumné vzorky uchovávány po dobu delší pěti let“.³³ Klinická biobanka je definována následovně: „soubor klinických vzorků uchovávaných po dobu delší pěti let“.³⁴ Rozdíl tak panuje především ve vymezené délce trvání. Výzkumné a klinické databáze musí mít úmysl uchovávat vzorky po dobu 5 let a více a biobanka je zřízena natrvalo.

Po složení všech prvků definuje islandské právo biobanku takto: „[Biobanka je] trvalý soubor biologických vzorků, který má pevně stanovený účel a se kterým je oprávněna nakládat konkrétní osoba.“ Islandská regulace je ve srovnání s estonskou a švédskou definicí podstatně celistvější. Estonská regulace je také poměrně komplexní a velmi moderní, ale zřizuje a reguluje pouze Estonskou genovou banku. Výhoda obecnosti švédské definice umožňuje širokou inkluzi rozdílných biobank. Zároveň má ale nedostatek, protože nebere v úvahu existenci dematerializovaných genetických dat. Ty pak podléhají obecnému režimu ochrany osobních údajů s ohledem na směrnici Evropského parlamentu a Rady o ochraně osobních údajů³⁵ a švéd-

²⁹ Biobanks Act, op. cit. sekce I., článek 2.

³⁰ Tamtéž. Sekce II., článek 4

³¹ Tamtéž. Sekce I., článek 3, body 5.-7.

³² Tamtéž. Sekce I., článek 3, bod 5.

³³ Tamtéž. Sekce I., článek 3, bod 6.

³⁴ Tamtéž. Sekce I., článek 3, bod 7.

skému zákonu na ochranu osobních údajů.³⁶ Tyto právní předpisy se však vztahují na osobní údaje obecně a absentuje v nich zvláštní úprava genetických dat. Islandský přístup pak obohacuje definici stanovením účelu biobanky a dobu jejího trvání. Analýza tedy ukazuje, že i v zemích s vyspělou legislativou týkající se genetiky³⁷ chybí komplexní definice pojmu „genetická databáze“.³⁸

2.2 ČESKÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA

V České republice neexistuje ucelená regulace genetických databází či biobank. Zákonodárce nevymezuje pojem „biobanka“ či „genetická databáze“ jako to činí výše zmíněné země. Český právní řád pak obsahuje pouze pojem „tkáňové zařízení“, kterým se dle § 2 písm. k) zákona o lidských tkáních a buňkách³⁹ rozumí: *„poskytovatel, jehož činnost spočívá ve zpracování, skladování nebo distribuci tkání a buněk, popřípadě i v opatrování nebo vyšetřování tkání nebo buněk; tkáňovým zařízením je též tkáňová banka; tuto činnost může provádět i jedno pracoviště poskytovatele.“*⁴⁰ Zákon tedy vymezuje zvláštní osobu - subjekt práva - kterou označuje jako „tkáňové zařízení“ a této osobě stanovuje zvláštní práva a povinnosti. Nevymezuje však genetickou databázi jako předmět (objekt) práva. Nápomocné v tomto ohledu není ani vymezení pojmu „tkáňová banka“⁴¹ v § 23 odst. 1 transplantačního zákona. Tkáňová banka je tak *„určena k zajišťování odběrů, dalšího zpracování, vyšetřování, konzervaci, skladování a distribuci tkání pro transplantace; při těchto činnostech postupuje podle zákona o lidských tkáních a buňkách.“* Zákon vymezuje osobu, která uchovává lidské tkáně nebo buňky pouze pro účely jejich budoucí transplantace. Nejedná se tak o úpravu použitelnou pro výzkumné genetické databáze. Opět se tedy nejedná o vymezení pojmu „biobanka“ nebo „genetická databáze“, který by

³⁵ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 95/46/ES ze dne 24.10.1995 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (směrnice o ochraně osobních údajů).

³⁶ KINGDOM OF SWEDEN. Personal Data Act.

³⁷ Pozn. autora: tj. Estonsko, Švédsko a Island.

³⁸ GIBBONS, op. cit. s. 328.

³⁹ Zákon č. 296/2008 Sb., o zajištění jakosti a bezpečnosti lidských tkání a buněk určených k použití u člověka ve znění pozdějších předpisů (zákon o lidských tkáních a buňkách). § 2 písm. k).

⁴⁰ Zákon o lidských tkáních a buňkách, op. cit. § 2 písm. k).

⁴¹ Zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon) ve znění pozdějších předpisů. § 23 odst. 1.

byl adekvátní výše uvedeným definicím. Oba zákony se navíc zaměřují pouze na klinickou praxi (navíc s úzce stanoveným účelem) a nezabývají se regulací lékařského výzkumu.

Mezi další právní předpisy, které pojem genetiky vůbec zmiňují patří zejména: zákon o ochraně osobních údajů ve znění pozdějších předpisů⁴², který označuje „genetickou informaci“ za citlivý údaj⁴³, informovaný souhlas je upraven v § 28 a 34 zákona o zdravotních službách⁴⁴, opatřování, používání, zpracování a skladování lidských tkání je regulováno v zákoně o lidských tkáních a buňkách⁴⁵, genetická vyšetření a testování v zákoně o specifických zdravotních službách⁴⁶, zdravotnická dokumentace je obsažena ve vyhlášce ministerstva zdravotnictví o zdravotnické dokumentaci⁴⁷ a obecnou soukromoprávní úpravu souhlasu se zásahem do tělesné integrity je možné najít v § 93 a násl. občanského zákoníku.⁴⁸

Český právní řád neobsahuje řádnou definici pojmu „genetická databáze“ či „biobanka“ a jednotlivé aspekty genetických databází se pokouší regulovat skrze roztříštěnou a neúplnou právní úpravu. Problematická je zejména překrývající se věcná působnost některých zákonů (např. souhlas ke genetickému vyšetření k biomedicínskému výzkumu podle § 28 odst. 3 písm. b) ve spojení s § 28 odst. 4 písm. a) a b) zákona o specifických zdravotních službách a souhlas se zpracováním citlivých osobních údajů podle ustanovení § 4 písm. b) ve spojení s § 9 písm. a) ZoOÚ). Obdobná situace panuje také ve Velké Británii, kde se částečně překrývají Human Tissues Act 2004⁴⁹ a Data Protection Act 1998⁵⁰ v otázce souhlasu nebo účinků anonymizace dat. Každý zákon nastavuje jiné standardy, procedury a požadavky.⁵¹ Taková situace (jak je dále ukázáno na příkladu informovaného souhlasu a souhlasu se zpracováním osobních údajů ve třetí

⁴² Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů ve znění pozdějších předpisů.

⁴³ Zákon o ochraně osobních údajů, op. cit. § 4 písm. b).

⁴⁴ Zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách) ve znění pozdějších předpisů. § 28, 34.

⁴⁵ Zákon o lidských tkáních a buňkách, op. cit.

⁴⁶ Zákon č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁷ Vyhláška Ministerstva zdravotnictví č. 98/2012 Sb., o zdravotnické dokumentaci.

⁴⁸ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

⁴⁹ UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Human Tissue Act.

⁵⁰ UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Data Protection Act.

⁵¹ GIBBONS, KAYE, et al., op. cit. s. 179.

kapitole) vytváří právní nejistotu a zvýšené transakční náklady pro povinné subjekty.

2.3 VYMEZENÍ POJMU „GENETICKÁ DATABÁZE”

Syntézou pojmu „biobanka” v islandském BA s estonským pojetím „genetických dat” spějí k rozumnému vymezení pojmu „genetická databáze”. Estonské pojetí je pro účely vymezení pojmu „genetická databáze” potřebné zahrnout, protože stírá rozdíl mezi genetickými daty v biologických vzorcích a genetickými informacemi v dematerializované podobě. Ustanovení § 2 odst. 9 HGRA totiž řadí pod pojem „genetická data” tkáň, které obsahují DNA⁵² a/nebo RNA⁵³ i jejich vzorky, profily, atd.⁵⁴ Estonský přístup schvalují také Gibbons, Kaye, Smart, Heeney a Parker, kteří uvádí: „V souvislosti s dichotomií mezi daty a tkáněmi reguluje většina zemí biobanky pouze jako soubory tkání. Tyto země mají paralelní zákony pro biobanky a ochranu osobních údajů. Naopak, estonský HGRA stanovuje totožný režim pro biologické vzorky i genetické informace se zvláštní ochranou osobních údajů. Zachází tak se „vzorky tkání” uloženými v Estonské genové bance jako s jinou formou „dat”, spolu s dalšími pěti druhy informací. Všech šest forem požívá stejného statusu a právní ochrany pod HGRA.”⁵⁵

Vymezení pojmu „genetická databáze” by mělo integrovat prvky estonské a islandské definice. Když se v příspěvku zmiňuji o pojmu „genetická databáze”, rozumím tím: „Strukturovaný soubor systematicky uspořádaných genetických dat přístupných po částech či v jejich celku, spravovaný a obhospodařovaný odpovědnou osobou pro vědecké nebo klinické účely. Genetickými daty se rozumí jakákoliv data, která obsahují údaje DNA či RNA jednotlivce, bez ohledu na to, jestli jsou obsažena v celku či z části. Genetická data jsou obsažena v následujících formátech: (1) vzorky tkání; (2) popis DNA jednotlivce; (3) informace o zdravotním stavu jednotlivce; (4) genealogie; a (5) data umožňující identifikaci jednotlivce.”

Pojem „genetická databáze” v sobě zahrnuje následující prvky: (1) účel pro který byla zřízena; (2) doba na kterou byla zřízena; (3) prvky které jsou v ní zahrnuty (tj. biologické vzorky i dematerializované genetické infor-

⁵² Pozn. autora, celým názvem: „Deoxyribonukleová kyselina”

⁵³ Pozn. autora, celým názvem: „Ribonukleová kyselina”

⁵⁴ Human Genes Research Act, op. cit. § 2 odst. 9.

⁵⁵ GIBBONS, KAYE, et al., op. cit. s. 179.

mace); a (4) prvky jsou systematicky uspořádané a analyzovatelné. Prvky vymezují, co se považuje za databázi (vycházejí z pojmu „databáze“ v obou oxfordských slovnících a islandském BA) a zároveň stanovují, že databáze musí mít aprobovaný účel. Stanovení účelu je nezbytné, aby z pojmu byly vyloučeny forenzní genetické databáze, které mají zcela odlišný účel a fungují na základě rozdílných principů.⁵⁶ Při vymezení pojmu využívám poznatků z estonského HGRA a do genetických databází tak řadím vzorky tkání i genetické informace v dematerializované podobě. Řádně vymezený pojem umožňuje provést řádnou a celistvou analýzu právních otázek obklopujících genetické databáze a formulovat případné *de lege ferenda* návrhy jejich řešení.

2.4 PŘEHLED PRÁVNÍCH PROBLÉMŮ GENETICKÝCH INFORMACÍ

Genetické databáze jsou poměrně novým fenoménem, který spojuje řadu moderních technologií (data mining, umělou inteligenci, analýzu a sekvenování genomu, výzkum genetických terapií, atd.). Přináší tak právu celou řadu nových problémů, které budou s technologickým pokrokem pořád výraznější. V této podkapitole si kladu za cíl na existenci těchto problémů pouze upozornit a vybranými problémy se zabývám dále ve článku.

Nakládání se vzorky buněk či tkání v lékařském výzkumu opět rozjitřilo debatu ohledně charakteru práva k lidskému tělu, jeho částem a produktům. Jedná se zejména o otázku, zda-li může k těmto „předmětům“ vzniknout vlastnické právo. Ilustrací této otázky je poslední vývoj judikatury ve Velké Británii, kde byl poprvé přiznán vznik a existence vlastnického práva mužů k jejich reprodukčnímu materiálu uskladněnému ve speciálním zařízení. Touto otázkou se dále zabývám v kapitole o výzkumných genetických databázích.

Další související otázkou je vznik jiných druhů práva - práva duševního vlastnictví - ke genetickým informacím. Tato otázka se pohybuje, jak už je u genetiky zvykem, na pomezí etického a právního problému. Etickou otázkou je, zda-li je správné, aby si někdo mohl osobovat právo duševního vlastnictví ke genetické informaci, kterou pouze objevil, ale nikoli vynalezl.

⁵⁶ viz. např. STEVENTON, Beverley. DNA Profile Retention and the Right to Respect for Private Life. *Coventry Law Journal* [online]. Vol. 16, 2011. [cit. 11.11.2013]., nebo CAMP-BELL, Liz. A rights-based analysis of DNA retention: „non-conviction“ databases and the liberal state. *Criminal Law Review* [online]. Vol. 12, 2010. [cit. 11.11.2013].

Objevenou genetickou informaci pak využije novým způsobem a tento způsob (zpravidla genetická terapie nebo diagnóza) se pokouší patentovat. Právní otázka se tak v podstatě omezuje na patentovatelnost výzkumných nebo terapeutických postupů založených na konkrétní genetické informaci. Tato otázka je v současné době hojně diskutována v zemích Evropské patentové úmluvy⁵⁷ i ve Spojených státech amerických, kde v roce 2013 rozhodnul Nejvyšší soud USA ve věci *Myriad Genetics*.⁵⁸ Patentovatelnost genetických informací je komplikovaná tematika, která by sama o sobě vystačila na zvláštní článek či monografii.

Genetické informace jsou snad tou nejosobnější informací, kterou člověk disponuje. Obsahují celou řadu velmi citlivých informací o konkrétním člověku. Z genetických informací můžeme zjistit zdravotní stav a náchylnost člověka k různým nemocem (např. některým druhům rakoviny), jeho rasový a etnický původ, pohlaví a s pokrokem vědy bude množství informací zjistitelných z genetických informací člověka narůstat. Čím dál tím běžnější dostupnost technologií schopných přečíst genom člověka a provádění genetického testování zvyšuje také riziko zneužití těchto informací třetími osobami. Ochrana osobní sféry člověka je zajišťována skrze ochranu osobnosti a osobních údajů dohromady s antidiskriminačním právem. Ochrana osobnosti se zaměřuje především na zneužití genetických informací vůči konkrétnímu člověku. Související otázkou je také poskytování zpětné vazby lidem, u kterých se v průběhu jejich účasti na výzkumné genetické databázi objeví nemoc způsobená patologickou genetickou mutací. UK Biobank zastává politiku, že žádné informace jedincům zpět neposkytuje, a to i v případě, že dojde k objevu vážné a přitom léčitelné nemoci.⁵⁹ Oproti tomu v Estonsku je na základě § 11 odst. 2 HGRA výslovně stanoveno právo dárčům genů zjišťovat jejich genetické informace, včetně těch získaných na základě genetického testování.⁶⁰ Ochrana osobních údajů chrání subjekt údajů před jejich neoprávněným zpra-

⁵⁷ Úmluva o udělování evropských patentů ze dne 5.10.1973 revidovaná aktem revidujícím článek 63 EPÚ ze 17. prosince 1991 a Revizním aktem EPÚ z 29. listopadu 2000.

⁵⁸ viz. např. Judgment of the Supreme Court of the United States of America as of 13 June 2013, *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics*, 569 U.S. 12-398, *Supreme Court of the United States of America* [online]. [cit. 10.1.2014].

⁵⁹ GIBBONS, op. cit. s. 322.

⁶⁰ Human Genes Research Act, op. cit. § 11 odst. 2.

cováním a uchováváním.⁶¹ Antidiskriminační zákonodárství reguluje případy, kde může docházet k diskriminaci při vyžadování či použití genetických informací. K diskriminaci na základě genetických informací může docházet zejména ze strany (potenciálního) zaměstnavatele a pojištěnec při uzavírání zdravotního či životního pojištění.

Rozvoj genetického testování klade nové výzvy právní úpravě lékařské mlčenlivosti. Díky sdílení genetických informací v rámci rodin i vzdálenějších pokrevních příbuzných vzniká otázka, zda-li by měl lékař při zjištění existence geneticky indukované nemoci informovat rodinné příslušníky. Současný paternalistický model lékařské mlčenlivosti je v akademické literatuře zpochybňován a navrhuje se, aby jej nahradil solidární model lékařské mlčenlivosti. V současné době klade tato změna zvýšené nároky na lékaře, kteří musí zvažovat mezi tím, že poruší právo a informují třetí osobu nebo dodrží právní povinnost, ale mohou jednat v rozporu s lékařskou etikou. Touto problematikou se blíže zabývám v kapitole č. 4.

Zvláštním okruhem jsou forenzní genetické databáze, které slouží k prevenci a odhalování trestné činnosti. Forenzní genetické databáze jsou zřizovány orgány veřejné moci a jsou do nich zahrnovány vzorky biologického materiálu a na jejich základě vytvořené elektronické profily DNA osob, které mají nějaký vztah k trestné činnosti. Takovými osobami jsou např. obvinění, obžalovaní či odsouzení z trestných činů. Forenzním genetickým databázím se dále věnuji v kapitole č. 5.

2.5 VÝJIMEČNOST GENETICKÝCH INFORMACÍ

Výjimečnost genetických informací⁶² je filosofická doktrína příkládající genetickým informacím zvláštní vlastnosti a hodnotu, které je odlišují od ostatních informací. Genetické informace mají své místo v srdci informační teorie, kybernetiky⁶³, biologie, chemie a dalších vědních oborů. Doktrína odvozuje svoji hodnotovou orientaci od sociálního a vědeckého významu

⁶¹ Zákon o ochraně osobních údajů, op. cit.

⁶² Pozn. autora: V angličtině se zachází s termínem „Genetic exceptionalism”. Vzhledem k tomu, že není zažitý český ekvivalent, používám sousloví „výjimečnost genetických informací”.

⁶³ Kybernetika je v podstatě nauka o tom jak fungují živé organismy a zda-li je možné jejich fungování nějak uměle emulovat, viz. POLČÁK, Radim. *Právo a evropská informační společnost*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2009. s. 9.

genetických informací.⁶⁴ V této podkapitole nejdříve uvedu argumenty ve prospěch této doktríny, poté v její neprospěch a nakonec provedu jejich zhodnocení.

Výjimečnost genetických informací je odvozována z následujících argumentů: (1) genom každého člověka je unikátní a odlišný od genomů všech ostatních lidí; a (2) genetické informace jsou výjimečné, protože jejich vliv a vlastnosti jsou ojedinělé.⁶⁵

Záštanci této doktríny považují unikátnost genomu každého člověka za základ jeho individuality. Individualita je předpokladem pro autonomii, a potažmo i svobodu, každého člověka. Individuální genom tedy slouží jako legitimační základ autonomie člověka ve společnosti sobě rovných. Samotná existence člověka, umožněná jeho genomem, je tedy chápána jako smysl jeho bytí.⁶⁶ Tento „individualistický“ argument bývá uváděn v souvislosti s „příbuzenským“⁶⁷ argumentem.⁶⁸ Příbuzenský argument bere v úvahu sdílení genetických informací v rámci rodin i širších biologicko-sociálních komunit. Sdílení genetických informací napříč komunitami bylo doloženo i sdílením patologických genů, které způsobují genetická onemocnění. Jedná se např. o případy severního Kypru nebo Ashkenazi židů.⁶⁹ Společenská diskuze často přirovnávala plošné testování k eugenickým praktikám před a za druhé světové války.⁷⁰ Tento případ ilustruje, že společnost přikládá genetickým informacím zvláštní hodnotu a odmítá, aby do nich bylo zasahováno. První argument se soustředí na jedince a druhý argument cílí na širší sociální skupinu. Oba argumenty však

⁶⁴ FOSTER, M.W., ROYAL, C.D.M., SHARP, R.R. *The routinization of genomics and genetics: implications for ethical practices*. Journal of Medical Ethics [online], vol. 32(11), 2005. [cit. 5. 3. 2013]. s. 635-636.

⁶⁵ IKILIC, Ilhan. Coming to grips with Genetic Exceptionalism: Roots and Reach of the Explanatory Model. *Journal of Medicine Studies*. vol. 1(2), 2009. s. 131-142. s. 132.

⁶⁶ Jak uvádí např. Immanuel Kant: „*We should treat every human being as an end to themselves*“. viz např. KORSGAARD, Christine. Taking the Law into Our Own Hands: Kant on the Right to Revolution. In: REATH, Andrews, HERMAN, Barbara, KORSGAARD, Christine (eds.). *Reclaiming the history of ethics: essays for John Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press. 1997. s. 297-328.

⁶⁷ Pozn. autora: v angličtině je označován jako: „Kinship argument“, překlad autora.

⁶⁸ IKILIC 2009, op. cit. s. 135-136.

⁶⁹ LAURIE, G.T. The Most Personal Information of All: An Appraisal of Genetic Privacy in the Shadow of the Human Genome Project. *International Journal of Law, Policy and the Family* [online]. 1996, vol. 10(1). [cit. 6. 3. 2013]. s. 91.

⁷⁰ IKILIC 2009, op. cit. s. 133.

vycházejí z principu, že genetické informace mají unikátní význam pro lidstvo a tento názor dokládají na výše uvedených příkladech.

Druhý argument ve prospěch doktríny výjimečnosti genetických informací spočívá v odlišnosti konkrétních biologických vlastností genetických informací. Genom a jednotlivé geny ovlývají určitou mírou prediktivnosti. Obsahují tak informace o pravděpodobnosti scénářů ontogenezního vývoje konkrétního člověka.⁷¹ Genetické informace mají různou prediktivní hodnotu, která je navíc v některých případech závislá na spolupůsobení s environmentálními faktory. Příkladem jsou genetická onemocnění způsobená patologickou mutací jednoho genu.⁷² Jedná se např. o Huntingtonovu chorobu, u které je jistota, že dříve nebo později propukne.⁷³ Existuje však také množství genetických onemocnění způsobených společným působením desítek až milionů genů v souvislosti s environmentálními vlivy. Lze tedy uzavřít, že genetickým informacím je prediktivnost vlastní, pouze však v omezené míře a zdaleka ne vždy jí rozumíme.

První protiargument proti doktríně výjimečnosti genetických informací cílí na zpochybnění jejich sociálního významu. Zahrnuje je tak mezi ostatní informace a říká, že genetické informace nedeterminují autonomii člověka o nic více, než sociální, zdravotní či jiné informace. Rovněž napadá doktrínu výjimečnosti genetických informací, protože nebere v úvahu sílu svobodné vůle člověka, která je nezdolatelná a nepředvídatelná.⁷⁴ Argument tedy cílí na to, že genetické informace nejsou samy o sobě ničím výjimečné. Proto je i celý sociální konstrukt (autonomie jedince, jeho svoboda, sdílení společného základu v biologické komunitě, atd.) založený pouze na lidském pocitu o hodnotě a významu genetických informací⁷⁵, nikoli však na jejich prokázaných vlastnostech.

Druhý protiargument napadá doktrínu výjimečnosti genetických informací v rozsahu vědecké neověřitelnosti její hypotézy. Podle něj rozumí prediktivním vlastnostem genetických informací lidstvo ve velmi omezené míře, a proto bychom neměli dovozovat závěry o tom, že jsou výjimečné.

⁷¹ MELO-MARTÍN, I de. Firing up the Nature/Nurture controversy: bioethics and genetic determinism. *Journal of Medical Ethics* [online]. 2005, vol. 31(9) [cit. 7. 3. 2013]. s. 526-530.

⁷² Pozn. autora: z anglického „single-gene disorder”, překlad autora.

⁷³ WIDDOWS, Heather, CORDELL, Sean. Why Communities and Their Goods Matter: Illustrated with the Example of Biobanks. *Public Health Ethics*, vol. 4(1). 2011. s. 18.

⁷⁴ LAURIE 1996, op. cit. s. 95-97.

⁷⁵ MELO-MARTÍN 2005, op. cit.

Vědomost o tom, že konkrétní mutace genu způsobuje konkrétní nemoc, ještě neznamená stejnou vlastnost i u ostatních genů nebo jejich souhrnů.⁷⁶ Genetické informace tedy nemají obecnou prediktivní vlastnost a z toho plyne, že se neodlišují od jiných zdravotních nebo environmentálních informací. Tento argument tedy napadá premisu výjimečnosti genetických informací, totiž, že mají zvláštní biologické vlastnosti.

V argumentech proti doktríně výjimečnosti genetických informací shledávám dva nedostatky: (1) první argument je bezhodnotový; a (2) druhý argument se omezuje na současný stav vědeckého poznání genetických informací.

První nedostatek spatřuji v tom, že argument v neprospěch doktríny výjimečnosti genetických informací napadá pouze biologické vlastnosti genetických informací a opomíjí jejich společenskou hodnotu. Validitu argumentu i protiargumentu v jejich biologickém rozměru mi není příslušné hodnotit. Mohu však konstatovat, že přehlížení společenského významu genetických informací je nevhodné. Argument v neprospěch je jednostranně vzestupný. Spoléhá se totiž na to, že pokud zpochybní premisu (tj. zvláštní biologický význam) argumentu ve prospěch doktríny, automaticky prokáže jeho neplatnost. Nebere však v úvahu sestupný směr argumentu ve prospěch doktríny výjimečnosti genetických informací. Ten vychází ze společenské aprobace zvláštní hodnoty genetických informací, která může, ale nemusí být založena, na jejich zvláštních biologických vlastnostech. Samotní lidé i společnost (je irelevantní na základě jakých důvodů) totiž pokládají genetické informace, zdravotního, etnického či jiného charakteru, za podstatnou část jejich identity. To, že sami považují genetické informace za výjimečné, a na tomto zakládají i svoji individualitu, vede k jejich autonomnímu postavení. Argument v neprospěch genetických informací však tento argument opomíjí a napadá pouze ověřené či ověřitelné biologické vlastnosti genetických informací.

Druhý argument v neprospěch výjimečnosti genetických informací rozporují na základě dvou právních principů: (1) *in dubio pro mitius*; a (2) prin-

⁷⁶ LAURIE 1996, op. cit. s. 76.

cipu předběžné opatrnosti.^{77,78} Oba principy vychází z premisy, že za nejistoty se má postupovat obezřetně. Princip *in dubio pro mitius* tak stanovuje ve prospěch člověka, když do jeho sféry zasahuje nebo může zasáhnout veřejná moc. Princip předběžné opatrnosti ochraňuje veřejnost před negativním působením inovativních technologií a vynálezů. Uplatňuje se např. u geneticky modifikovaných organismů, kdy nevíme jaké by mohlo mít následky jejich zanesení do volné přírody. Z toho tedy plyne, že pokud je dána pouhá možnost zvláštních biologických, zdravotních či jiných vlastností genetických informací, měla by se presumovat. Presumpce jejich zvláštnosti pomáhá zamezit škodám, které by vznikly v budoucnu kvůli absenci jednání v současnosti (tj. přiznání zvláštní povahy genetickým informacím). Tento přístup, sice bez správného pojmenování, posvětil i Evropský soud pro lidská práva ve věci *S. a Marper proti Spojenému království*.⁷⁹ ESKP zde přiznal, že biologické vzorky, které obsahují DNA musí být co nejvíce chráněny již dnes, protože neznáme budoucí následky jejich současné nedostatečné ochrany.⁸⁰ Zvláštnost genetických informací v minimální míře aprobuje i český zákonodárce, který řadí genetické informace (údaje) do kategorie citlivých údajů vymezených v ustanovení § 4 písm. b) ZoOÚ.⁸¹ Argument v neprospěch doktríny výjimečnosti genetických informací se zakládá pouze na nízkém stupni jejich porozumění. Vědecký pokrok však zajišťuje čím dál tím větší porozumění genetickým informacím a pomalu tak vyvrací argument v neprospěch doktríny. Argument v neprospěch doktríny je však nutné odmítnout také z důvodu, že vychází z premisy, která má svůj původ v z neznalosti. To je problematické, protože není jasné co je obsahem této neznalosti. Právní teorie i praxe zdravotnického práva (a dalších právních oborů blízkých genetice) přináší silné argumenty ve prospěch doktríny výjimečnosti genetických informací. Stanovují, že za nejistoty je nutné postupovat obezřetně (a přiznat tak genetickým

⁷⁷ Pozn. autora: Princip předběžné opatrnosti vychází z mezinárodního zdravotnického práva a práva ochrany životního prostředí a v angličtině se označuje jako: „precautionary principle”.

⁷⁸ viz např. CRANOR, Carl. F. *The Journal of Medicine and Philosophy: Toward Understanding Aspects of the Precautionary Principle*. 2004. roč. 29., č. 3. s. 259-279.

⁷⁹ Judgment of the European Court of Human Rights as of 4 December 2008, *S. and Marper v. United Kingdom*, complaint no. 306562/04 and 306566/04. § 71-76. (dále citováno jako „*S. a Marper proti Spojenému království*”).

⁸⁰ Tamtéž.

⁸¹ Zákon na ochranu osobních údajů, op. cit. § 4 písm. b).

informacím výjimečnou povahu). Argument proti doktríně však vychází z opačného principu a tvrdí, že pokud není empiricky potvrzena zvláštnost genetických informací, mělo by se s nimi nakládat jako s ostatními informacemi.

Argumenty ve prospěch doktríny výjimečnosti genetických informací považují na základě výše uvedeného zhodnocení za silnější. Tato doktrína tak slouží jako filozofické východisko příspěvku a ze své podstaty odůvodňuje zvláštní regulaci genetických informací tam, kde je to zapotřebí. Skrze výjimečnost genetických informací také poměřují současnou právní úpravu a analyzují, zda-li je dostačující. V případě, že se projevují zvláštní vlastnosti genetických informací a současná právní úprava je dostatečně nepostihuje, formulují návrhy *de lege ferenda*, které tyto vlastnosti berou v úvahu.

3. PRÁVNÍ ZÁKLAD ÚČASTI NA GENETICKÝCH DATABÁZÍCH

Předpokladem účasti člověka na lékařském výzkumu je především jeho dobrovolný, vědomý a informovaný souhlas. Ten v současném právu nabývá dvou podob: (1) souhlas se zpracováním osobních údajů; a (2) informovaný souhlas. Zákon vyžaduje souhlas se zpracováním osobních údajů proto, aby subjekt věděl o zpracování jeho osobních údajů. Informovaný souhlas vychází ze stejné podstaty, jelikož se vyvinul v rámci lékařské praxe jako souhlas s lékařským zákrokem. Oba základní typy souhlasů jsou využívány při sběru vzorků tkání a zpracování osobních údajů po celé Evropě. V prostředí genetických databází se vyvíjí i nové druhy souhlasů, jako je např. norský model získávání „znovu-souhlasů“⁸² nebo akademická debata o vztahu mezi informovaným a širokým souhlasem, a zda-li druhý jmenovaný splňuje požadavek informovanosti.⁸³

3.1 SOUHLAS SE ZPRACOVÁNÍM OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Souhlas se zpracováním osobních údajů je standardizován v rámci Evropské unie. Právní řády jednotlivých členských států EU jeho úpravu transponovaly na základě ustanovení čl. 2 písm. h) a čl. 7 písm. a) směrnice EU

⁸² STEINSBEKK, Kristin Solum, SOLBERG, Berge. Biobanks - When is Re-consent Necessary? *Public Health Ethics*, Vol. 4(3). 2011. s. 236-250.

⁸³ SHEEHAN, Mark. Can Broad Consent Be Informed Consent? *Public Health Ethics*, Vol. 4 (3). 2011. s. 226-235.

o ochraně osobních údajů.⁸⁴ Český zákonodárce nad rámec směrnice výslovně zahrnul do zákona o ochraně osobních údajů i „genetické údaje”. Ty jsou podle 4 písm. b) ZoOÚ⁸⁵ dokonce citlivým údajem a podléhají tedy přísnějšímu režimu zpracovávání i uchovávání. Česká republika se tak liší od řady evropských zemí, včetně Velké Británie, které na genetické informace národních zákonech na ochranu osobních údajů výslovně nepamatují.

Zákon se podle § 4 písm. a) vztahuje pouze na ty údaje, které jsou ztotožnitelné s konkrétní osobou. Je tak nezbytné rozlišovat mezi ztotožněnou a neztotožněnou dematerializovanou genetickou informací či genetickým materiálem. Aby byla splněna podmínka ztotožnitelnosti, postačí pouhá možnost, že údaj je propojitelný s konkrétní osobou. Zákon se podle ustanovení § 4 písm. a) vztahuje na genetické informace i genetický materiál, které společně označuje jako genetické údaje.⁸⁶ Výklad tohoto ustanovení může být složitý v souvislosti s genetickým materiálem, který člověk běžně zanechává na různých místech, např. v tramvaji, ve škole, atp. Dalo by se proto *ad absurdum* tvrdit, že dopravní podnik či škola jsou zpracovateli osobních údajů. Kromě zřejmé nepřiměřenosti tohoto výkladu mu brání také § 3 odst. 4 zákona o ochraně osobních údajů, který stanoví, že ten kdo informace pouze *náhodně* shromáždí a nezpracovává je, se nachází mimo rozsah jeho osobní působnosti. Ke stejnému závěru dochází i Úřad na ochranu osobních údajů ve stanovisku č. 4/2013 k pojetí zpracování osobních údajů.⁸⁷ Ve stanovisku dává za příklad, že uklízení vlasů v kaděrnictví (které obsahují genetické údaje) se nepovažuje za jejich zpracovávání, jelikož se s nimi nenakládá za tímto účelem.

V prostředí genetických databází budou informace prakticky vždy ztotožnitelné. Předně potřebují pořizovatelé genetických databází získávat nové informace od jejich účastníků. Nově získané informace musí být přiřaditelné k původním informacím, a proto musí být neustále ztotožnitelné či ztotožněné. Pořizovatel databáze zpravidla disponuje dvěma propojenými databázemi osobních údajů. Jedna databáze obsahuje genetické informace

⁸⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady o ochraně osobních údajů, op. cit. čl. 2 písm. h) a čl. 7 písm. a).

⁸⁵ Zákon o ochraně osobních údajů, op. cit. § 4 písm. b).

⁸⁶ Zákon o ochraně osobních údajů, op. cit. § 4 písm. a), b).

⁸⁷ Stanovisko Úřadu na ochranu osobních údajů č. 4/2013 účinné od 1.11.2013. In: Beck-online [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 20.3.2014].

a materiál a ve druhé je seznam jejich účastníků. Dále musí být pořizovatel databáze schopný vyhledat a zlikvidovat poskytnutý genetický materiál a informace v případě, že účastník odvolá souhlas s jejich zpracováním. Povinnosti zlikvidovat osobní údaje je možné se bránit pomocí jejich anonymizace ve smyslu § 4 písm. c) zákona o ochraně osobních údajů.⁸⁸ Tomu však často brání technologie a výzkumné záměry. Pomocí moderních technologií je možné určit konkrétní osobu i z nezpracovaných genetických informací a právě ty potřebují vědci ke svým výzkumným účelům. Jedná se tak spíše o hypotetickou možnost než o prakticky využitelnou cestu.

Souhlas se zpracováním osobních údajů vychází z materiálního požadavku. Podstata souhlasu tedy tkví v tom, že účastník je srozuměn s tím, proč a jak bude nakládáno s jeho osobními údaji, a s tímto uděluje svůj souhlas. Je však náročné opravdu vysvětlit podstatu a účel zpracování osobních údajů do takové míry, aby to byl subjekt údajů schopen pochopit v plném rozsahu. Najít rovnováhu mezi dostatečným sdělením informací o zpracování osobních údajů a zachováním rozumné zátěže na straně pořizovatele i účastníka, může být velmi složité. V praxi je nutné akceptovat kompromisy a neakceptovat pouze zjevné zneužití nemožnosti řádně vysvětlit jak budou údaje zpracovávány.

K tomu, aby mohl pořizovatel genetické databáze zpracovávat osobní údaje jejího účastníka (subjektu údajů), musí získat jeho výslovný souhlas.⁸⁹ Podle ustanovení § 9 písm. a) ZoOÚ⁹⁰ musí souhlas se zpracováním osobních údajů obsahovat: (1) účel za jakým jsou údaje zpracovávány; (2) k jakým osobním údajům je souhlas dáván; (3) kterému správci; a (4) na jaké období je souhlas udělen. Zákonné požadavky představují pro pořizovatele genetických databází řadu problémů, kterými se zabývá níže.

Pro pořizovatele genetické databáze je vymezení účelu zpracování genetických údajů složité a často i nemožné. Ve chvíli, kdy údaje do genetické databáze shromažďuje, mu totiž není zpravidla znám účel výzkumů, které budou v budoucnu za pomoci databáze prováděny. Aby pořizovatel genetické databáze dostal prvnímú zákonnému požadavku, má na výběr ze dvou možností.

⁸⁸ Zákon o ochraně osobních údajů, op. cit. § 4 písm. c).

⁸⁹ Zákon na ochranu osobních údajů, op. cit. § 9.

⁹⁰ Tamtéž, op. cit. § 9 písm. a).

První možností je vymezit účel zpracování tak, že osobní údaje jsou zpracovávány za vědeckým/výzkumným účelem. Pořizovatel databáze má však povinnost získat od subjektu údajů souhlas s *dostatečně* konkrétně vymezeným účelem. Jestliže tak neučiní, vystavuje se riziku neplatnosti souhlasu pro jeho neurčitost a dopustí se tak neoprávněného zpracování osobních údajů. Za to hrozí zpracovateli podle ustanovení § 45 odst. 1 písm. e) ZoOÚ⁹¹ pokuta až do výše 5 mil. Kč. Povinnost vymezit účel zpracování osobních údajů je stanovena pro případy, kdy ke zpracování osobních údajů nedochází na základě zákonné povinnosti. Takto funguje např. Estonská genová banka, která je zřízena na základě zákona a ten ji stanovuje povinnost genetické údaje zpracovávat. České právo takovou povinnost nestanovuje a pořizovatel databáze proto musí získat souhlas s řádně vymezeným účelem. Uvést konkrétní účel zpracování však mnohdy není možné. Pořizovatel databáze zpravidla může pouze uvést, že údaje budou zpracovávány pro účely lékařského výzkumu. Není ale schopen uvést konkrétní výzkumné záměry, ke kterým budou údaje v genetické databázi sloužit. Na druhou stranu je sběr a zpracování osobních informací bez vymezeného účelu relativně běžnou praxí. Evropské unie dokonce řadu takových projektů financuje. V praxi tedy záleží především na benevolenci jednotlivých národních regulátorů a jejich ochotě akceptovat široce vymezený účel zpracování osobních údajů.

Druhou možností je uvedení specifického účelu zpracování osobních údajů, pokud je pořizovateli databáze znám, a opakované získávání nových souhlasů pro každý nový účel využití osobních údajů v databázi. Tento postup znamená značnou administrativní zátěž na straně pořizovatele databáze (správce údajů) i účastníka databáze (subjektu údajů). Dochází pak ke vzniku fenoménu, který Steinsbekk a Solberg⁹² označují jako „únava ze souhlasu“⁹³. Svůj závěr zakládají na empirickém průzkumu, který ukázal, že pokud vyžadování dalších souhlasů přesáhne přiměřenou mez, odmítají účastníci databáze (subjekty údajů) udělovat další souhlasy.⁹⁴ Následkem je, že pořizovatel genetické databáze je v nejistotě, kolik a jakých dat bude mít dostupných pro konkrétní výzkumný záměr. Dochází tak především

⁹¹ Zákon na ochranu osobních údajů, op. cit. § 45 odst. 1 písm. e).

⁹² STEINSBEKK, SOLBERG, op. cit. s. 243.

⁹³ V angličtině uváděno jako „consent fatigue“, překlad autor.

⁹⁴ STEINSBEKK, SOLBERG, op. cit. s. 243.

k ohrožení především na sebe navazujících výzkumů. Subjekt údajů je také zatěžován, protože se neustále seznamuje s dalšími účely zpracování jeho citlivých údajů a zvažuje, zda-li s nimi udělí souhlas.

Neustálé získávání nových souhlasů vede k riziku rozmělnění materiální podstaty souhlasu.⁹⁵ V případě, že je souhlas vyžadován příliš často, může to vést k tomu, že účastník jenom souhlas „podepisuje“, ale už nemá kapacitu či chuť, aby se opravdově seznámil s každým novým účelem zpracování. Požadování nových souhlasů se tak stává pouhou formalitou. Taková praxe tedy opomíjí smysl souhlasu se zpracováním osobních údajů a není možné tento způsob řešení získávání souhlasu s novým účelem zpracování osobních údajů doporučit.

Dalším problematickým požadavkem na správce osobních údajů je povinnost podle ustanovení § 5 odst. 1 písm. e) ZoOÚ⁹⁶ neuchovávat údaje déle než po dobu, která je nezbytná k účelu jejich zpracování. Protože jsou genetické databáze zřizovány jako dlouhodobá informační základna pro různé výzkumy, přirozeně se vyskytují časové úseky, ve kterých nejsou údaje zpracovávány. Zákon totiž normuje v § 5 odst. 1 písm. e) ZoOÚ⁹⁷ povinnost takové údaje zničit.

Pořizovatel databáze pak má na výběr mezi neoprávněným uchováváním osobních údajů a rizikem sankce ze strany Úřadu na ochranu osobních údajů a dodržení zákonné povinnosti, která má za následek znehodnocení vynaložené investice. Ustanovení § 5 odst. 1 písm. e) ZoOÚ⁹⁸ stanoví možnost dalšího uchovávání osobních údajů pro vědecké účely, ale pouze pokud budou anonymizovány. Vzhledem k tomu, že genetické databáze obsahují především citlivé údaje, je otázkou zda-li se výše uvedené ustanovení vztahuje i na zpracování citlivých údajů podle § 9 ZoOÚ.⁹⁹ Ustanovení § 9 ZoOÚ o zpracování citlivých údajů je vůči § 5 téhož zákona úpravou speciální a stejnou výjimku neupravuje. V případě veřejného práva, kam úprava ochrany osobních údajů náleží, není možné využít analogii v neprospěch subjektu údajů. Pořizovatel genetické databáze tak

⁹⁵ Otázkou materiální podmínky se zabývám v podkapitole o informovaném souhlasu. Princip je však stejný jako v případě souhlasu se zpracováním osobních údajů.

⁹⁶ Zákon na ochranu osobních údajů, op. cit. § 5 odst. 1 písm. e).

⁹⁷ Zákon na ochranu osobních údajů, op. cit. § 5 odst. 1 písm. e).

⁹⁸ Tamtéž.

⁹⁹ Zákon na ochranu osobních údajů, op. cit. § 9.

obecně nesmí zpracovávat osobní údaje v případě, že k jejich zpracování není stanoven určitý účel a uchovávat pro vědecké účely může pouze anonymizované osobní údaje, nikoli však citlivé údaje. Pořizovatel genetické databáze tak jedná protiprávně po dobu, kdy uchovává genetické údaje bez stanoveného účelu. Zákon tak vytváří režim, který nebere v úvahu specifické podmínky lékařského výzkumu.

Souhlas se zpracováním osobních údajů ve své současné podobě přináší pořizovatelům genetických databází celou řadu problémů. Současné evropské právo na ochranu osobních údajů klade velký důraz na počátek zpracovávání osobních údajů - souhlas s jejich zpracováváním - a následný režim je pak relativně volný a málo kontrolovatelný. Takto nastavený systém je sice výhodný pro některé zpracovatele osobních údajů (např. pro potenciální zaměstnavatele), ale klade zbytečné překážky pro genetický výzkum. Řada problémů se sice dá překlenout rozumnou interpretací zákona a určitou benevolencí ze strany národních regulátorů, nicméně tento stav nepřispívá právní jistotě pořizovatelů genetických databází.

Určitou naději pro pořizovatel genetických databází představuje nové nařízení EU o ochraně osobních údajů. Připravované nařízení tak konzumuje úvahy *de lege ferenda* a vzhledem k očekávaným změnám v jeho znění, uvedu pouze základní teze týkající se genetického výzkumu. Plánované nařízení EU o ochraně osobních údajů má vyvážit přílišné zaměření na souhlas subjektu údajů. Proto stanovuje nařízení řadu nových práv a povinností. Kromě stanovení jasnějších podmínek pro podobu souhlasu stanovuje také přísnější režim v průběhu zpracovávání osobních údajů a posiluje práva účastníka ve vztahu ke svým osobním údajům.¹⁰⁰ Pro účastníka genetických databází je zajímavé zejména právo být zapomenut nebo právo na vymazání.¹⁰¹ Pro pořizovatele databáze může ale znamenat povinnost vytvořit nákladné a složité technické řešení, které realizaci těchto práv umožní. Plánované nařízení má také upravovat genetické údaje na evropské úrovni a stanovit jim zvláštní režim. Jedná se např. o povinnost provést zhodnocení vlivu zpracování údajů na soukromí osob, jejichž údaje jsou

¹⁰⁰ REDING, Viviane. The European data protection framework for the twenty-first century. *International Data Privacy Law* [online]. 2012, vol. 2(3). s. 119-129.

¹⁰¹ k tomu např. TSESIS, Alexander. The Right to Erasure: Privacy and the Indefinite Retention of Data. *Wake Forest Law Review* [online]. 2014, Vol. 48. [cit. 12.3.2014].

zpracovávány.¹⁰² V rámci zhodnocení vlivu musí pořizovatel databáze také zjistit a zhodnotit názory subjektů údajů na plánované zpracovávání. Cílem je, aby subjekt údajů opravdu rozuměl tomu, jak bude nakládáno s jeho osobními údaji. Zamýšlená regulace tak více zohledňuje materiální východisko souhlasu i navazujícího zpracování osobních údajů. Návrh také zavádí liberálnější režim pro zpracování osobních údajů pro historické, statistické a vědecké účely.¹⁰³ Při splnění podmínek čl. 83 ve spojení s čl. 6 odst. 2 návrhu nařízení¹⁰⁴ nemusí zpracovatel nebo správce osobních údajů získávat od subjektu údajů souhlas. Pro tyto účely stanovuje návrh nařízení zvláštní povinnosti zpracovatele, kterými jsou např. povinnost vyhovět požadavku na výmaz z databáze nebo uchovávat údaje v neztotožnitelné podobě.¹⁰⁵

S ohledem na analýzu a návrh nového nařízení na ochranu osobních údajů, považuji za vhodné, aby byl již současný regulační rámec vykládán s ohledem na plánovanou úpravu. To by přineslo vyšší míru právní jistoty pro pořizovatele databází a tím by se podpořily investice do genetického výzkumu.

3.2 INFORMOVANÝ SOUHLAS

Informovaný souhlas je nezbytným předpokladem pro provedení lékařského vyšetření nebo zákroku. Moderní právní řády jej také považují za nutnou podmínku provádění lékařského výzkumu. Svůj historický původ má v rozhodovací praxi soudů, které se zabývaly žalobami na náhradu škody způsobenou lékařem při provádění zákroku. Předpoklad existence svobodného a informovaného souhlasu s konkrétním zákrokem vylučoval protiprávnost jednání lékaře.¹⁰⁶ Naopak, pokud nebyl souhlas udělen, jednal lékař protiprávně. Tento koncept později převzala i řada mezinárodních

¹⁰² PADOVA, Yann. What the European Draft Regulation on Personal Data is going to change for companies. *International Data Privacy Law* [online]. 2014, vol. 4(1). s. 47.

¹⁰³ 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 Proposal). *European Commission: Data Protection* [online]. 2012 [cit. 14.3.2014].

¹⁰⁴ General Data Protection Regulation Proposal, op. cit. čl. 6 odst. 2 a čl. 83.

¹⁰⁵ Tamtéž.

¹⁰⁶ K tomu např. Judgment of the Court of Appeals of the State of New York, USA as of 14 April 1914, *Schloendorff v. Society of New York Hospital 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92. Court of Appeals of New York, USA* [online]. cit. [3.3.2014].

dokumentů, zejména Norimberský kodex a Helsinská deklarace.¹⁰⁷ Informovaný souhlas je druhým souhlasem, který musí pořizovatel genetické databáze získat. Nenahrazuje souhlas se zpracováním osobních údajů, ale je jeho doplňkem. Uplatní se např. při úvodní zdravotní prohlídce, odběru biologických vzorků¹⁰⁸, při analýze vzorků a některých aspektech jejich využívání a retence. Nejdříve se zabývám obecnými východisky a požadavky kladenými na informovaný souhlas. Poté stručně upozorním na některé problémy stávající koncepce v souvislosti s účastí na genetických databázích a nakonec analyzuji dva nové návrhy na adaptaci informovaného souhlasu pro moderní genetický výzkum.

Podstata informovaného souhlasu pak vychází ze starého kontinentálně-právního principu *volenti non fit iniuria*¹⁰⁹, později převzatého i do anglo-amerického právního systému. *Volenti non fit iniuria* je právní doktrína, která vylučuje protiprávnost jednání proti své osobě, pokud s ním byla osoba seznámena a souhlasila.¹¹⁰ Protože vylučuje protiprávnost, vylučuje také povinnost hradit újmu, která tímto jednáním vznikla, a to i z nedbalosti. Nevztahuje se však na újmu, která vznikla úmyslným jednáním.¹¹¹ Soudní judikatura uzavírá, že *volenti non fit iniuria* se aplikuje pouze za předpokladu předchozí existence právního vztahu osob. Relevantním vztahem může být např. majitel či jiný oprávněný držitel pozemku a osoba, která na pozemek bez dovolení vstupuje¹¹², objednatel a zhotovitel díla, provozovatel vlaku a cestující, prodávající a kupující, atp.¹¹³ Stejně se uplatní mezi lékařem a pacientem, kde byl pacient řádně seznámen s provedením a riziky zákroku a udělil s ním souhlas. Lékař na jeho základě vylučuje svoji odpovědnost za újmu způsobenou pacientovi v rozsahu rizika, které pacient dobrovolně podstoupil.¹¹⁴

Informovaný souhlas má, stejně jako souhlas se zpracováním osobních údajů, materiální a formální rovinu. Formální rovina informovaného sou-

¹⁰⁷ HULL, op. cit. s. 183.

¹⁰⁸ odběr se zpravidla provádí neinvazivním způsobem, pomocí tzv. bukalního stěru.

¹⁰⁹ Pozn. autora: volným překladem: „svolnému se neděje bezpráví“.

¹¹⁰ WARREN, Charles. „Volenti Non Fit Iniuria” in *Actions of Negligence. Harvard Law Review*. 1895, vol. 8(8). s. 461.

¹¹¹ WARREN, op. cit. s. 461.

¹¹² Z anglického: „trespassing”, překlad autora.

¹¹³ WARREN, op. cit. s. 471.

¹¹⁴ HULL, Richard T. Informed Consent: Patient's Right or Patient's Duty? *The Journal of Medicine & Philosophy*. 1985, vol. 10(2). s. 185.

hlasu spočívá v zákonných požadavcích na obsah informovaného souhlasu. Těmi jsou např. požadavky uvedené v ustanovení § 7 odst. 4 transplantčního zákona¹¹⁵, které stanoví, že souhlas musí být udělen v písemné formě, podepsán, založen do zdravotnické dokumentace pacienta a případně i v něm musí být vymezeno jeho použití. Formálně požadavky jsou reflexí materiálních požadavků a představují jejich stabilizaci v právním řádu. Vztah mezi formálními a materiálními požadavky ilustrují analogicky k právním zásadám materiální pravdy a formální pravdy. Jejich rozdíl je patrný při porovnání trestního a civilního procesního práva.¹¹⁶ Trestní proces stojí na zásadě materiální pravdy, která nutí orgány činné v trestním řízení, aby zajišťovaly veškeré důkazy, které by mohly vést ke zjištění opravdového skutkového stavu věci. Naproti tomu obsahuje civilní proces instituty, které jsou ovládány principem formální pravdy, tj. že za pravdu se považuje něco, kde byl dodržen určitý proces. V praxi se jedná např. o tzv. kontumační rozsudek.¹¹⁷ Formální pravda by se díky nastavení procesu měla co nejvíce blížit materiální pravdě, ale bere v úvahu i jiné skutečnosti (např. že se strana sporu řádně nedostaví na jednání).¹¹⁸

Materiální prvek informovaného souhlasu slouží k informování člověka o tom, co se bude dít s jeho tělem a jak bude s částmi jeho těla naloženo (u genetických databází především tkáněmi či buňkami).¹¹⁹ Stav úplného porozumění zákroku a jeho rizik pacientem je v praxi nedosažitelným ideálem. Právo tak pomocí formálních požadavků stanoví alespoň minimální kvalitu informovanosti pacienta. Je ale nezbytné formální a materiální požadavky vyvážit, aby nedocházelo k přílišné formalizaci informovaného souhlasu a jeho původního smyslu. Při analýze nových podob informovaného souhlasu je vhodné brát v úvahu především jejich materiální rovinu a zda-li opravdu směřují k tomu, aby byly účastníkovi vysvětleny všechny relevantní kroky a rizika. Počínaje sběrem genetického materiálu, jeho skladováním až po jeho využívání v rámci databáze. Pokud souhlas umožní

¹¹⁵ Transplantační zákon, op. cit. § 7 odst. 4.

¹¹⁶ SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008. s. 22.

¹¹⁷ Tamtéž.

¹¹⁸ SOBEK, op. cit. s. 22.

¹¹⁹ JONES, Michael. Informed Consent and Other Fairy Stories. *Medical Law Review* [online]. 1999, Vol. 7, [cit. 28.2.2014]. s. 103-105.

informování a pochopení účastníka databáze, pak se může skutečně rozhodnout, zda-li souhlas udělí.

Právní základ informovaného souhlasu pro výzkumné účely se nachází v ustanoveních čl. 5 až 17 Evropské úmluvy o lidských právech a biomedicíně.¹²⁰ Pro genetický výzkum je významné zejména ustanovení čl. 5 ve spojení s čl. 15 této úmluvy.¹²¹ Dohromady stanoví, že je nezbytné získat svobodný a informovaný souhlas dotčené osoby i pro výzkumné účely. Křepelka rovněž uvádí nezbytnost získání informovaného souhlasu od subjektu výzkumu.¹²²

V českém právním řádu je obecná právní úprava informovaného souhlasu obsažena v § 28 zákona o zdravotních službách.¹²³ Ustanovení § 28 odst. 1 téhož zákona stanoví možnost poskytování zdravotních služeb člověku za předpokladu, že udělí svobodný a informovaný souhlas. Ten se vztahuje pouze na zdravotní služby uvedené v § 2 odst. 2 zákona o zdravotních službách, mezi kterými se nenachází obecný výzkumný účel. Kromě možného využití § 2 odst. 2 písm. g) téhož zákona pro odběr tkání se tato úprava uplatní zejména v rozsahu ustanovení § 81 zákona o zdravotních službách. To dopadá na nakládání s oddělenými částmi lidského těla také pro výzkumné účely (§ 81 odst. 1 písm. a)), ale pouze tehdy, pokud bylo získáno při poskytování zdravotních služeb. Lze si tak představit situaci, kde v rámci poskytování zdravotních služeb (např. klinického genetického testování) bude pacient požádán, aby souhlasil s použitím odebraného vzorku tkáně ve výzkumné genetické databázi. Úprava informovaného souhlasu v zákoně o zdravotních službách není komplexně použitelná pro účely informovaného souhlasu v kontextu genetických databází.

Zvláštní úpravu informovaného souhlasu pro účely zdravotnického výzkumu obsahují např. ustanovení § 52 až 53 zákona o léčivech.¹²⁴ Jeho úprava se omezuje pouze na informovaný souhlas pro účely klinického testování nových léčiv. Ministerstvo zdravotnictví vydává vzorové infor-

¹²⁰ Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicíně ze dne 4.4.1997.

¹²¹ Úmluva o lidských právech a biomedicíně, op. cit. čl. 5 a 15.

¹²² KŘEPELKA, Filip. Informovaný souhlas člověka při zdravotnickém výzkumu. *Zdravotnické právo v praxi*: [online]. 2003, č. 1, s. 13-15. [cit. 17.2.2014].

¹²³ Zákon o zdravotních službách, op. cit. § 28.

¹²⁴ Zákon č. 378/2007 Sb., o léčivech a o změnách některých zákonů (zákon o léčivech). § 52-53.

mované souhlasy k některým typům lékařských zákroků¹²⁵, avšak jejich obdoba pro výzkum prováděný pomocí genetických databází chybí.

Občanský zákoník považuje právo člověka ke svému tělu za zvláštní přirozené právo¹²⁶ a upravuje souhlas se zásahem do tělesné integrity. Ustanovení § 93 NOZ stanovuje materiální požadavek souhlasu. Ten vyžaduje, aby tomu, do jehož tělesné integrity bude zasahováno byla vysvětlena povaha zásahu a jeho možné následky.¹²⁷ Tento požadavek pak opakuje ustanovení § 94 NOZ, které stanoví povinnost vysvětlit povahu zásahu a jeho možné následky pro člověka, jemuž bude zásah proveden. Zákon dále normuje vyvratitelnou domněnku ve prospěch řádného vysvětlení, která je rovněž prekvizitou souhlasu. Vyvratitelná domněnka se uplatní tehdy, pokud lze rozumně předpokládat, že druhá strana pochopila způsob a účel zákroku a očekávaných i možných následků a nebezpečí pro své zdraví.¹²⁸ V určitém rozsahu se tedy jedná o derogaci materiální složky tohoto souhlasu za účelem zjednodušení získání souhlasu v praxi. Občanský zákoník obsahuje také úpravu pro zvláštní situace, např. udělení souhlasu zákonným zástupcem¹²⁹ či práva člověka po jeho převzetí do zdravotnického zařízení, aniž by udělil souhlas.¹³⁰ V rozsahu vyloučení protiprávnosti zásahu do tělesné integrity člověka vychází občanský zákoník z principu *volenti non fit injuria*. Úprava občanského zákoníku tak není komplexní úpravou použitelnou i pro výzkumné účely, ale omezuje se toliko na svolení se zásahem do tělesné integrity. Použije se tedy především při odebírání vzorků buněk a tkání od subjektu výzkumu.

Ustanovení čl. 5 ve spojení s čl. 16 odst. v.) Úmluvy o lidských právech a biomedicíně¹³¹ stanovuje povinnost, aby osoba provádějící lékařský výzkum získala od pacienta „svobodný a informovaný souhlas“ s účelem a povahou zákroku (výzkumu) a všech jeho důsledcích a rizicích. Křepelka uvádí, že informovaný souhlas je vícestranný právní úkon - smlouva - mezi subjektem výzkumu, lékařem či zdravotnickým zařízením a případně i za-

¹²⁵ např. Vzor informovaného souhlasu - sterilizace vejcovodů. *Ministerstvo zdravotnictví České republiky: Věstník, částka 8, prosinec 2007* [online]. 2007, [cit. 15.2.2014].

¹²⁶ viz. Občanský zákoník, op. cit. oddíl 6, pododdíl 3.

¹²⁷ Tamtéž, § 93

¹²⁸ Tamtéž, § 94.

¹²⁹ Občanský zákoník, op. cit. § 94 odst. 2.

¹³⁰ Tamtéž. § 104 a násl.

¹³¹ Úmluva o lidských právech a biomedicíně, op. cit. čl. 5 a čl. 16 odst. v.).

davatelem výzkumu.¹³² Subjekt výzkumu má na základě čl. 5 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně právo svůj souhlas kdykoli odvolat, tj. v důsledku má právo kdykoli odstoupit od smlouvy. Nepřímým předmětem této smlouvy pak je zpravidla biologický materiál (např. vzorky tkání), a přírodně také zpřístupnění těla subjektu výzkumu lékařům (např. testování nových léčiv). Subjekt výzkumu má tedy právo na informace o povaze a účelu zákroku/výzkumu a jeho důsledcích a rizicích a lékař/zdravotnické zařízení má odpovídající povinnost takové informace v odpovídající kvalitě subjektu výzkumu poskytnout. Protože je subjekt výzkumu zpravidla v informační a odborné nevýhodě, musí mu být informace poskytnuty v dostatečně srozumitelné a jednoduché podobě. Pouze za těchto předpokladů může subjekt výzkumu učinit opravdu svobodné a informované rozhodnutí.¹³³

Základy moderního pojetí informovaného souhlasu byly položeny na přelomu 19. a 20. stol.¹³⁴, tedy v době, kdy bylo možné seznámit subjekt výzkumu se způsobem provedení a riziky konkrétního výzkumu nebo zákroku. Současné pojetí informovaného souhlasu s takovou možností stále počítá. Genetické databáze však představují novou výzvu pro současné pojetí informovaného souhlasu, protože často není možné poskytnout ani základní informace o výzkumech, které budou v rámci genetické databáze prováděny. Kvalita informovanosti subjektu výzkumu podle současného práva tak často není možné dostát a informovanému souhlasu tak chybí jeho podstatná náležitost. Např. Elger rezolutně konstatuje: „*Na základě klasické doktríny informovaného souhlasu nemůže být žádný obecný informovaný souhlas s výzkumem tkání v rámci genetické databáze platný, jelikož z povahy věci nikdy nemůže být informovaný.*“^{135,136} Doktrína proto přichází s návrhy na nové typy souhlasů či adaptaci informovaného souhlasu na podmínky genetického výzkumu.

¹³² KŘEPELKA, op. cit. s. 14.

¹³³ STOLJAR, Natalie. Informed Consent and Relational Conceptions of Autonomy. *Journal of Medicine and Philosophy*. 2011, Vol. 36 (4). s. 375-384.

¹³⁴ KOPALOVÁ, Michaela. Informovaný souhlas a paternalismus lékařů - historie a současnost. *Právní rozhledy*. 2008, č. 3. Praha: Č.H.Beck. s. 94.

¹³⁵ V originálním znění: „*Following the classical doctrine of informed consent, any consent to future research projects that are not clearly described, is by definition invalid because it is not informed.*“ překlad autor.

¹³⁶ Elger In: STEINSBEKK, SOLBERG. op.cit. s. 237.

Vztah mezi lékařem a pacientem/subjektem výzkumu je charakteristický svojí nerovností spočívající v informační a dovednostní asymetrii. Informační asymetrii se pokouší odstraňovat materiální požadavek na informovaný souhlas. Není ji však možné zcela vyloučit, pouze se snažit o její minimalizaci v každém konkrétním případě. Při poskytování informací subjektu výzkumu tak lékaři nezbývá než vyvážit napětí mezi složitostí sdělované informace a schopnostmi subjektu výzkumu tuto informaci pochopit. V rámci tohoto vyvažování musí zákonitě dojít ke ztrátě kvality informace, ale na druhou stranu by tuto ztrátu měla vyvážit schopnost subjektu výzkumu zjednodušenou informací pochopit. Informační asymetrie plyne z povahy lékařského povolání, ke kterému je vyžadováno mnohaleté vysoce náročné odborné vzdělání. Subjekt výzkumu je také závislý na lékařích, kteří mají praxi v provádění praktických úkonů, a ty subjekt výzkumu zpravidla není schopen sám na sobě provést.

Úprava souhlasu se zásahem do tělesné integrity člověka podle § 93 a násl. NOZ¹³⁷ není ekvivalentní představě o informovaném souhlasu v akademické diskuzi nebo angloamerickém právním systému. Souhlas se zásahem do tělesné integrity je omezen na stanovení povinnosti získat souhlas a na formu tohoto souhlasu, opomíjí však ostatní aspekty ke kterým bývá informovaný souhlas udělován.

Těmi jsou např. nakládání s částmi těla subjektu výzkumu (zpravidla buňky či tkáně), účel použití těchto buněk nebo dlouhodobé následky nakládání s genetickým materiálem v rámci genetických databází. Na informovaný souhlas podle českého práva se tak bude uplatňovat mozaiková úprava informovaných souhlasů v různých zákonech. Pokud bude např. probíhat genetický výzkum spolu s klinickým hodnocením léčiv (etické aspekty tohoto příkladu ponechávám stranou), bude muset informovaný souhlas splnit podmínky ustanovení § 52 až 53 zákona o léčivech¹³⁸, § 93 a násl. občanského zákoníku¹³⁹ a případně i § 28 zákona o zdravotních službách.¹⁴⁰ I při aplikaci všech tří úprav však zbývá řada v zákoně neupravených otázek. Úprava se také překrývá a vzniká tak velmi nepřehledná

¹³⁷ Občanský zákoník, op. cit. § 93 a násl.

¹³⁸ Zákon č. 378/2007 Sb., o léčivech a o změnách některých zákonů (zákon o léčivech), § 52-53.

¹³⁹ Občanský zákoník, op. cit. § 93 a násl.

¹⁴⁰ Zákon o zdravotních službách, op. cit. § 28.

právní situace. Současné pojetí informovaného souhlasu je navíc zpochybňováno novými pojetími a částečně se překrývá se souhlasem ke zpracování osobních údajů. Různé úpravy souhlasů sice vychází z materiálního požadavku, ale mají rozdílně stanovenou věcnou působnost. Není tedy jasné, které úprava je zvláštní a která je obecná.

Na základě výše uvedeného proto považuji za vhodné vytvořit zvláštní úpravu informovaného souhlasu pro účely účasti na genetických databázích. Zvláštní úprava by zamezila aplikaci dnešní fragmentované a zmatené právní situace v této oblasti a přinesla by nové prvky reagující na zvláštnosti genetických databází. Považuji za vhodné, aby zákonodárce vzal v úvahu dlouhodobost účasti na genetických databázích, pluralitu výzkumů i třetích osob provádějích výzkum, způsob poskytování zpětné vazby, pravomoc a působnost dohlížející etické komise, posuzování souladu výzkumného záměru s etickým rámcem databáze, a další specifika genetických databází. Tato specifika se promítají zpátky v podobě požadavků kladených na souhlas. Je však otázkou, zda-li jsou nové požadavky souladné se současným pojetím informovaného souhlasu. Souhlasím s Elgerem, že souhlas s účastí na genetické databázi nemůže splňovat požadavek informovanosti v jeho současném pojetí.¹⁴¹ Proto se zabývám dvěma novými návrhy na úpravu informovaného souhlasu, kterými jsou: (1) souhlas s rámcem výzkumu; a (2) doktrína „širokého souhlasu“ a informovaný souhlas jako smluvní zastoupení. Oba návrhy analyzuji v nadcházejících podkapitolách.

3.2.1 INFORMOVANÝ SOUHLAS JAKO SOUHLAS S RÁMCEM VÝZKUMU

Doktrína souhlasu s rámcem výzkumu vychází z premisy, že mezi výzkumnými záměry neexistuje etický rozdíl a z toho plyne i informovanost uděleného souhlasu.¹⁴² Rámec výzkumu vymezuje záměry, podmínky pro využití vzorků a dat, správu a benefity a rizika pro účastníka v genetické databázi. Účastník by udělil souhlas, ve kterém by byly vymezeny základní prvky a kritéria budoucích výzkumů. Zvolená kritéria by měla být specifická pro každou společnost a reflektovat její hodnoty.¹⁴³ V rámci tohoto modelu není potřeba získávat souhlas ke každému výzkumu. Výzkum ra-

¹⁴¹ Elger In: STEINSBEKK, SOLBERG. op.cit. s. 237.

¹⁴² STEINSBEKK, SOLBERG. op.cit. s. 238.

¹⁴³ Tamtéž. s. 237.

koviny, kardiovaskulárních onemocnění nebo cukrovky totiž nemá rozdílný dopad na účastníka databáze a není v nich žádný etický rozdíl. To platí za předpokladu, že je dodržován rámec výzkumu se kterým projevil účastník svůj souhlas.¹⁴⁴ Jeden ze základních předpokladů souladnosti jednotlivých výzkumů s jejich rámcem je jejich schválení etickou výzkumnou komisí.

Doktrína se snaží o jednoduchou adaptaci současné podoby informovaného souhlasu na společenskou realitu genetických databází. Její nedostatek spatřuji v tom, že se nezabývá postupem v případě, že bude prováděn výzkum jiné etické kvality. Jiná etická kvalita může spočívat zejména ve využití genetické databáze ke komerčnímu výzkumu, zatímco bylo v původním souhlasu vymezeno využití databáze pouze k nekomerčním účelům. Situace má tři možná řešení: (1) zahrnout možnost komerčního i nekomerčního užití databáze do informovaného souhlasu; (2) získat nový informovaný souhlas s každým „nestandardním“ výzkumem; a (3) svěřit pravomoc rozhodnout o etické kompatibilitě výzkumu etické komisí.

První řešení vyžaduje, aby byl rámec výzkumu definován velmi široce a vystavuje se tak riziku, že by souhlas nesplňoval kritérium „informovanosti“. Informovaný souhlas je nutné odlišit od souhlasu se zpracováním osobních údajů. V případě souhlasu se zpracováním osobních údajů je relativně široké vymezení účelu akceptovatelnou praxí (např. „zpracování za účelem obchodních sdělení“). U informovaného souhlasu se podstatně mění materiální složka, která obsahuje i etický rozměr. Je něco jiného poskytnout ze solidárních pohnutek své genetické informace k univerzitnímu výzkumu rakoviny a učinit totéž ve prospěch farmaceutické společnosti, která bude mít z výsledku zisk. Podmínky smlouvy o informovaném souhlasu by tuto skutečnost měly reflektovat a obsahovat režim výhodnější pro účastníka genetické databáze. Ze stejného důvodu není možné pokládat takový souhlas za informovaný, protože z povahy věci neposkytuje účastníkovi dostatečně specifické informace a očekávání, aby se mohl dospět k informovanému rozhodnutí. První řešení se tak blíží chápání informovaného souhlasu jako zastoupení na základě smlouvy, který je analyzován v další podkapitole.

Druhé řešení - získávat nový informovaný souhlas ke každému novému výzkumu, který vybočuje z rámce výzkumu je z právního hlediska nejbez-

¹⁴⁴ Tamtéž. s. 243.

pečnějším řešením. Uplatní se zde stejný princip jako u souhlasu se zpracováním osobních údajů včetně stejných rizik. Těmi jsou značná administrativní náročnost a riziko projevu syndromu označovaného jako „únava ze souhlasu”.¹⁴⁵ Z něj vyplývá, že účastníci mají tendenci vnímat časté dotazování jako známku nerespektování jejich osobní sféry a požadují následně ukončení jejich účasti na genetické databázi.¹⁴⁶ Pořizovatel genetické databáze se pak vystavuje riziku, že jeho databáze bude ztrácet výzkumnou i ekonomickou hodnotu. Druhé řešení tak není právně odlišné od získávání klasického informovaného souhlasu pro klinické nebo běžné výzkumné účely a bylo analyzováno výše.

Třetí řešení - nechat etickou komisi rozhodovat o souladnosti konkrétního výzkumu v databázi - vychází z myšlenky, že kritérium etické souladnosti je možné nahradit projevem vůle kolektivního orgánu. Etická komise dává právní význam vlastnímu etickému úsudku a v určitém rozsahu nahrazuje část projevu vůle účastníka v databázi. Její působnost může být vymezena dvěma způsoby: (1) etická komise rozhoduje o souladu jednotlivých výzkumů s rámcem výzkumu; a (2) působnost etické komise je vyhrazena pro hraniční případy. Nevýhoda tohoto řešení spočívá v nemožnosti vymezit jasná etická kritéria a tedy i působnost etické komise. Řešení je také náročné na vytvoření institucionálního rámce, jak je dále rozebráno.

Třetí řešení favorizují Steinsbekk a Solberg a inspirovaní se norskou úpravou „HUNT Biosciences”.¹⁴⁷ HUNT Biosciences (dále jen „HBAS”) je společnost, jejímiž společníky jsou výlučně veřejnoprávní korporace - univerzita (*Norwegian University of Science and Technology*), lokální orgán (*autorita*) zdravotní péče a okres (*county*) na jehož území studie probíhá. HBAS funguje jako prostředník mezi samotnou genetickou databází (*HUNT Study*) a třetími stranami. HBAS nemá přístup k datům ani biologickým vzorkům v rámci HUNT Study. Účastník poskytuje souhlas s rámcem výzkumu, který obsahuje neziskový výzkum¹⁴⁸ za určitým, široce specifi-

¹⁴⁵ STEINSBEKK, SOLBERG, op. cit. s. 243. Překlad autor.

¹⁴⁶ Tamtéž. s. 243.

¹⁴⁷ Pozn. autora: HUNT Biosciences je korporace zřizující „HUNT Study”, HUNT Study je genetická databáze zřízená v Trondheimu v Norsku a jejím účelem je sběr dat pro vědecké výzkumy.

¹⁴⁸ Pozn. autora: Zde se jedná o výzkum, který provádí veřejnoprávní korporace (např. veřejné zdravotní zařízení, veřejná vysoká škola, veřejné výzkumné centrum, atp.)

kovaným cílem - zlepšením veřejného zdraví. V případě, že je zájem o využití genetické databáze ze strany soukromé osoby (jedná se zejména o farmaceutické společnosti), musí být konkrétní výzkumný záměr odsouhlasen etickou komisí HBAS a zároveň další nezávislou etickou komisí. Pokud je výzkumný záměr schválen, analýza vzorků je zpracovávána tzv. *in-house*¹⁴⁹ a zájemci jsou poskytována pouze výsledná data, nikoli biologický materiál nebo individuální genetické informace. Poplatek za zpracování dat z databáze je pak rozdělen mezi univerzity, lokální orgán zdravotní péče a okres, který je však oprávněn finanční prostředky použít pouze za účelem poskytování zdravotní péče.¹⁵⁰ V případě, že se sejde veřejný a soukromý výzkumný záměr a HBAS nemá kapacitu na zpracování obou záměrů, má vždy prioritu veřejný výzkumný záměr.¹⁵¹

Steinsbekk a Solberg uvádí, že tento koncept: „*odpovídá na námitku, že někdo jiný profituje z altruistických činů*“.¹⁵² Ztotožňuji se s autory článku, že se jedná o vhodnou konstrukci, která bere v úvahu všechny zúčastněné osoby. Pořizovatel genetické databáze není zatížen přílišnou administrativou, nehrozí mu riziko neplatnosti souhlasů z důvodu příliš širokého vymezení a zároveň mu umožňuje plnohodnotně eticky využívat genetickou databázi. Účastník na databázi poskytuje souhlas, který mu dává jistotu, že jeho biologické vzorky ani data z nich získaná nebudou užity k - pro něj - eticky nepřijatelnému výzkumnému záměru ani, že se na jeho altruistickém činu bude někdo jiný obohacovat. Tento model je výhodný také pro zúčastněné veřejnoprávní korporace, protože mohou genetickou databázi využívat k vlastním výzkumným záměrům a zároveň do jejich rozpočtů proudí finanční prostředky z užívání databáze soukromými osobami. Model má však své limity. Zaprvé je možné jej použít pouze pro genetické databáze pořizované veřejnoprávními osobami. Zadruhé odpadá etické řešení altruistického dárcovství a finančního zisku pořizovatele databáze. A zatřetí není nutné rozlišovat mezi veřejně a soukromě financovaným výzkumem, protože přístup soukromých osob je poskytován za úplatu, která je účelově

¹⁴⁹ Pozn. autora: tím se rozumí, že zájemci o výzkum nejsou poskytována žádná data ani vzorky z databáze, samotnou analýzu provádí přímo HBAS.

¹⁵⁰ STEINSBEKK, SOLBERG, op. cit. s. 242.

¹⁵¹ Tamtéž. s. 244.

¹⁵² STEINSBEKK, SOLBERG, op. cit. s. 242.

vázána k použití na zlepšení veřejného zdraví.¹⁵³ Ztotožňuji se tedy s názorem autorů článku, že se jedná o velmi dobře vyvážený model v právní i etické dimenzi. Zůstávám však poněkud skeptický k praktické využitelnosti tohoto modelu pro většinu (zejména soukromých) genetických databází, která je dána veřejnoprávní povahou, finanční a institucionální náročností.

3.2.2 INFORMOVANÝ SOUHLAS JAKO „ŠIROKÝ” SOUHLAS

V této podkapitole analyzuji Sheehanův návrh na akceptaci širokého souhlasu jako informovaného souhlasu¹⁵⁴ a porovnávám jej s institutem smluvního zastoupení podle občanského zákoníku. Sheehan argumentuje, že dnešní pojetí „informovanosti” nevyhovuje výzkumu prováděného za pomoci genetických databází. V klasickém pojetí informovaného souhlasu dává účastník svolení s *provedením* určitého výzkumu, zatímco v prostředí genetických databází dává souhlas se svojí *účastí* na databázi, nikoli konkrétním výzkumu. Účast na databázi se od konkrétního výzkumného záměru liší svojí orientací na budoucnost, spoluprací mnoha subjektů a širokým vymezením.¹⁵⁵ Kvůli těmto odlišnostem odmítá Sheehan uplatňovat klasickou koncepci informovaného souhlasu.

Mezi různými autory lze sledovat dvojí přístup k informovanému souhlasu: (1) informovanost souhlasu je odvozena od osoby, která souhlas uděluje¹⁵⁶; a (2) informovaný souhlas je autonomní koncept, který je nezávislý na tom, kdo jej uděluje.¹⁵⁷ První přístup vychází z doktríny autonomie a umožňuje, aby byl souhlas formulován jakkoli široce či úzce za předpokladu, že dotyčná osoba rozumí jeho obsahu a projeví s ním souhlasnou vůli. Druhý přístup pak vnímá informovaný souhlas jako právní, resp.

¹⁵³ Filosofický pohled na „užitečnost” přesahuje možnosti tohoto příspěvku. Domnívám se však, že myšlenka, kterou vyjadřuji v textu je obhajitelná ze všech tří základních etických doktrín, totiž aristotelské (diortotické i distributivní), kantovské i konsekvencialismu.

¹⁵⁴ SHEEHAN, op. cit. s. 226.

¹⁵⁵ SHEEHAN, op. cit. s. 226.

¹⁵⁶ viz. např. COX WHITE, Becky, ZIMBELMAN, Joel. Abandoning Informed Consent: An Idea Whose Time Has Not Yet Come. *Journal of Medicine and Philosophy*. 1998, Vol. 23(5). s. 477-499.

¹⁵⁷ NIJSINGH, Niels. Krabbe Newborn Screening: The Issue of Informed Consent. *Public Health Ethics*. 2013, Vol. 6(1). s. 126-128.

etický¹⁵⁸, institut, který musí splňovat objektivní parametry přesnosti a konkrétnosti.¹⁵⁹

„Široký souhlas“ tak vyplývá přímo z obecné podstaty informovaného souhlasu. Stoljar k autonomii jedince uvádí toto: „*Jedinec je autonomní tehdy, pokud má schopnost sám nad sebou vládnout, činit rozhodnutí a formulovat cíle nezávisle na rozhodnutích a cílech ostatních. Autonomie je univerzálně akceptovaná hodnota ve filozofii. Ve zdravotnické etice¹⁶⁰ je projevem respektu k autonomii jedince povinnost získat jeho dobrovolný a informovaný souhlas.*“^{161,162}

Sheehan vychází z prvního přístupu a argumentuje, že široký souhlas může být považován za „informovaný souhlas“. Přípustnost širokého souhlasu dovozuje pomocí argumentu *a maiori ad minus*. První premisa předpokládá respekt k autonomii člověka a z ní odvozené jeho právo rozhodovat o svém životě. Sheehan první premisu odůvodňuje všeobecně uznanou nutností chránit autonomii člověka.¹⁶³ Z premise autonomie člověka pak dovozuje, že pokud je mu svěřena autonomie v zásadních otázkách, tím spíše má autonomii pro „drobná“ rozhodnutí.¹⁶⁴ Sheehan tedy vnímá souhlas jako zvláštní druh zmocnění¹⁶⁵ a uvádí, že pouze tento koncept může sloužit v prostředí genetických databází.¹⁶⁶ Účastník databáze tak přenáší na pořizovatele genetické databáze právo rozhodovat o nakládání se vzorky a daty v mezích „širokého souhlasu“.¹⁶⁷

Sheehan ilustruje koncept širokého souhlasu na příkladu několika přátel, kteří jdou společně do restaurace. Jeden z těchto přátel - Fred - se musí od

¹⁵⁸ viz. např. TAYLOR, James Stacey. *Autonomy and Informed Consent: A Much Misunderstood Relationship*. *The Journal of Value Inquiry*. 2004, Vol. 38. s. 383-391.

¹⁵⁹ NIJSINGH, op. cit. s. 127.

¹⁶⁰ Pozn. autora: a taktéž v právu.

¹⁶¹ STOLJAR, op. cit., s. 375.

¹⁶² Překlad autor, v originálním znění: „*A person is autonomous when she has the capacity to govern herself, to make choices, and to formulate goals unimpeded by the choices and goals of others. Autonomy is universally accepted as a value in philosophy. In health care ethics, the requirement to respect autonomy is the requirement to secure an agent's voluntary and informed consent.*“

¹⁶³ Pozn. autora: Autonomie jedince jako jeho svoboda je v České republice chráněna již na ústavní a tím spíše i na zákonné a podzákoně úrovni, viz. např. čl. 1, čl. 2 odst. 3, čl. 5 atd. In: Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶⁴ SHEEHAN, op. cit. s. 228.

¹⁶⁵ Tamtéž. s. 226.

¹⁶⁶ Tamtéž. s. 226.

¹⁶⁷ Tamtéž. s. 227.

stolu vzdálit a ví, že si tak nebude moci vybrat vlastní jídlo. Proto řekne ostatním, aby za něj vybrali jídlo, které uznají za vhodné. Vzdává se tak v jejich prospěch části své autonomie a deleguje na ně právo za něj činit rozhodnutí, jehož následky bude nést on sám.¹⁶⁸ Delegace práva rozhodnout na ostatní však není bez omezení. Naopak je závazné již v etické rovině. Přátelé jsou totiž vázáni svojí předchozí znalostí Fredových chutí, jeho finančních možností, ale také nabídkou restaurace, denní hodinou, atp.¹⁶⁹ Přátelé jsou tedy vázáni svěřenou důvěrou, která je povazuje řádně projednat, ohodnotit a rozhodnout o volbě Freda s přihlédnutím ke všem relevantním skutečnostem.

Stejná logika se podle Sheehana aplikuje i na účastenství na genetických databázích. Poté co udělí účastník souhlas, vzniká mu *legitimní očekávání*, že pořizovatel genetické databáze bude s jeho genetickým materiálem i informacemi nakládat korektně. Na rozdíl od souhlasu s rámcem výzkumu není specifikován konkrétní rámec ani hranice, kdy je potřeba získat nový souhlas nebo rozhodnutí etické komise. Pořizovatel databáze se tak pohybuje v širším prostoru a je vázán *legitimním očekáváním* účastníka, etikou a právním řádem.

Sheehanova koncepce informovaného souhlasu¹⁷⁰ se blíží smlouvě o zastoupení podle § 441 až 449 občanského zákoníku.¹⁷¹ Ustanovení § 441 občanského zákoníku¹⁷² definuje smluvní zastoupení jako dvoustranné právní jednání v rámci kterého si strany dohodnou, že jedna strana zastupuje stranu druhou. V rozsahu zastoupení pak z právního jednání zmocněnce vznikají práva a povinnosti přímo zmocniteli.

¹⁶⁸ SHEEHAN, op. cit. s. 231.

¹⁶⁹ Tamtéž. s. 231.

¹⁷⁰ Na tomto místě podotýkám, že Mark Sheehan působí na Oxford Biomedical Research Centre a je tedy vzdělán a působí v anglo-americkém právním systému. Ten považuje, ve své redukované formě, informovaný souhlas za prerekvizitu vyloučení trestného činu ublížení na těle případně vraždy nebo zabití. Viz např. názor soudce Cardozy: „Každá plnoletá svéprávná lidská bytost má právo rozhodovat o svém těle a chirurg, který provádí operaci bez pacientova souhlasu se dopouští napadení za které je odpovědný”, v originálním znění: „every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent, commits an assault, for which he is liable in damages”. Judgment of the Court of Appeals of the State of New York, USA as of 14 April 1914, Schloendorff v. Society of New York Hospital 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92. Court of Appeals of New York, USA [online]. cit. [3.3.2014].

¹⁷¹ Občanský zákoník, op. cit. § 441-449

¹⁷² Tamtéž, § 441.

Účastník na základě souhlasu uděluje pořizovateli genetické databáze oprávnění nakládat s jeho genetickým materiálem a informacemi. Stejně jako musí zmocněnec jednat v souladu s určitým standardem péče¹⁷³, musí pořizovatel genetické databáze jednat v souladu s legitimním očekáváním účastníka. Rozdíl spatřuji v tom, komu je prospěch z jednání určen. Na základě smluvního zastoupení vznikají práva a povinnosti z právního jednání zmocnitele přímo zmocněnci. Genetická databáze se odlišuje tím, že přímo vzniká prospěch, resp. práva a povinnosti, jejímu pořizovateli. Prospěch ze své účasti může a nemusí mít účastník až nepřímo. Typickým příkladem je právo na zpětnou vazbu. To je podmíněno existencí závazku pořizovatele databáze ji poskytovat a zda-li budou objeveny informace, které jsou předmětem zpětné vazby. Široký souhlas a smluvní zastoupení jsou si velmi podobné. Liší se však v tom, kdo z nich má přímý prospěch.

Porovnání Sheehanovy koncepce se zdánlivě nesouvisejícím právním institutem ukazuje, jak je vzdálen a zároveň velmi blízko klasickému pojetí informovaného souhlasu. Odlišné jsou především na úrovni právních představ o tom, jak má vypadat informovaný souhlas. Dnešní právo požaduje především splnění řady formálních kritérií. To ilustruje např. § 20 zákona o léčivech, který stanoví dvacet formálních požadavků na obsah informovaného souhlasu.¹⁷⁴ Představa o širokém souhlasu nemůže dnes takové úrovně formalizace dostát. Podobnost obou koncepcí je však zřejmá především na etické úrovni obou institutů. Shodně totiž vychází z respektu autonomie člověka a hodnoty jeho svobodné volby. Mají také stejný cíl, tj. aby se účastník svobodně a informovaně seznámil se všemi relevantními skutečnostmi a následně rozhodl o případném udělení souhlasu. Podobu právních institutů totiž tvaruje společenská poptávka, která se značně odlišuje na přelomu 19. a 20. stol. a ve druhé dekádě 21. stol. Klasická představa o informovaném souhlasu vychází z potřeby udělit souhlas k provedení konkrétní procedury nebo výzkumného záměru. Dnešní společenská poptávka žádá o možnost udělit souhlas s procedurami a výzkumy, kde není možné určit jejich rozsah, rizika a často ani jasný cíl. Pro účely gene-

¹⁷³ Pozn. autora: Zde se nemyslí „standard of care” podle anglického práva, ale obecná povinnost zmocněnce postupovat v dobré víře, v souladu s veřejným pořádkem, atp.

¹⁷⁴ Vyhláška Ministerstva zdravotnictví č. 226/2008 Sb., o správné klinické praxi a bližších podmínkách klinického hodnocení léčivých přípravků (vyhláška o správné klinické praxi). Příloha č. 2 písm. h).

tických databází je nezbytné odmítnout dnešní formalizované představy o informovaném souhlasu a vrátit se k jeho materiální podstatě.

4. VYBRANÉ PRÁVNÍ PROBLÉMY VÝZKUMNÝCH GENETICKÝCH DATABÁZÍ

První kapitola zvláštní části se soustředí na vybrané právní otázky související s provozováním a využíváním výzkumných genetických databází. První analyzovanou otázkou je existence právní povinnosti pořizovatele databáze poskytovat zpětnou vazbu účastníkům. Druhým tématem je poskytování informací z genetické databáze třetím osobám, zejména pokrevním příbuzným a pojišťovnám. Otázkou zejména je, zda-li mají třetí osoby právo získat genetické informace od jejího účastníka či přímo od pořizovatele genetické databáze a zda-li není využívání genetických informací v pojišťovnictví diskriminací. Třetím okruhem je otázka majetkových práv k lidským tkáním, která je v současné době aktuální v souvislosti s novým občanským zákoníkem. Témata tedy pokrývají provozování genetické databáze (zpětná vazba a informování pokrevních příbuzných), a otázku majetkových vztahů k vzorkům tkání a buněk.

4.1 POSKYTOVÁNÍ ZPĚTNÉ VAZBY ÚČASTNÍKŮM GENETICKÝCH DATABÁZÍ

Téma zpětné vazby účastníků genetických databází je častým předmětem akademické diskuze. Přístup účastníků databáze ke svým genetickým informacím má silný etický rozměr a právo zpravidla neobsahuje zvláštní regulaci tohoto fenoménu. Nejasná etická i právní situace umožňuje vnik různých přístupů k této otázce. Někteří pořizovatelé genetických databází odmítají poskytovat jakoukoli zpětnou vazbu, ale v jiném případě je na zpětnou vazbu právní nárok. Rozdílná transpozice směrnic na ochranu osobních údajů a svobodného přístupu k informacím v členských státech EU má za následek rozdílnou odpověď na otázku: „*Má účastník genetické databáze právo na přístup, resp. zpětnou vazbu, ke svým genetickým informacím?*”

Příkladem odmítání poskytování jakékoli zpětné vazby je UK Biobank.¹⁷⁵ Ta odůvodňuje odmítání poskytování zpětné vazby svým účastníkům následovně: „Vzhledem k tomu, že UK Biobank dopředu nezná všechny testy, které budou provedeny na vzorcích účastníků a jejich výzkumný kontext (a z toho plynoucí nemožnost poskytnutí vhodného lékařského poradenství před poskytnutím vzorků) nebude UK Biobank poskytovat svým účastníkům žádné informace (genetické či jiné zdravotní) ohledně jejich individuálních výsledků získaných v rámci výzkumů. Místo toho budou celková zjištění a dopad výsledků výzkumů UK Biobank zveřejněny pro účastníky i širší veřejnost, aby mohly ovlivnit strategie zlepšování veřejného zdraví (včetně, tam kde to bude vhodné, započítí se screeningem nově objevených rizik).“¹⁷⁶ UK Biobank tedy tvrdí, že nemůže dávat zpětnou vazbu, protože nemůže informace komunikovat v „klinickém“ kontextu. Tento nedostatek by pak mohl vést k nedodržení standardu „nejlepší praxe“¹⁷⁷ poskytování lékařských služeb. Nedodržení tohoto standardu by mohlo vést ke způsobení újmy účastníkům, za kterou by byla UK Biobank odpovědná. Kvůli existenci tohoto rizika své účastníky nikdy a za žádných okolností neinformuje. Mimo oficiální vysvětlení se však traduje, že UK Biobank ve skutečnosti neposkytuje zpětnou vazbu z jiných důvodů, a to: (1) poskytování zpětné vazby takovému množství osob by bylo administrativně a technicky náročné a tudíž velmi nákladné; a především (2) pokud by podávala zpětnou vazbu účastníkům dnes, mohlo by dojít k ovlivňování informací v databázi, protože by účastníci započali dříve léčbu. Z vědeckého hlediska je výhodnější nechat prodělat účastníky nemoc bez předchozích opatření, protože je pak možné získat více informací o průběhu nemoci a její reakci na současné způsoby léčby. Tyto důvody jsou konzistentní s účelem UK Biobank, kterým je vytvoření rozsáhlé platformy genetických a jiných lékařských informací, které budou sloužit

¹⁷⁵ UK Biobank Ethics and Governance Framework - Version 3.0. UK Biobank [online]. 2011, [cit. 15.2.2014].

¹⁷⁶ Překlad autor, v originálním znění: „But, given the lack of knowledge at recruitment about the tests that might be done in this research context (and, hence, the inability to provide specific counselling beforehand), UK Biobank will not provide participants with information (genetic or otherwise) about their own individual results derived from examination of the database or samples by research undertaken after enrolment. Instead, the overall findings and implications of results that derive from UK Biobank will be made available to participants and the wider community so that they can influence public health strategies (including, where appropriate, the introduction of screening for newly discovered risk factors).“ viz UK Biobank Ethic and Governance Framework, op. cit. s. 8.

¹⁷⁷ pozn. autora: v angličtině: „best practice“.

pro množství budoucích výzkumů. UK Biobank odmítá sloužit jako nástroj pro zjišťování zdravotního stavu svých účastníků za účelem jejich léčby.

Příkladem opačného přístupu je zákonem stanovený nárok účastníka Estonské genové banky na získání zpětné vazby. Ustanovení § 11 odst. 2 a 4 estonského HGRA¹⁷⁸ výslovně uvádí právo získávat své informace z Estonské genové banky a zároveň právo na lékařské poradenství. Právní úprava tak zajišťuje, aby byly genetické informace získané v rámci výzkumu komunikovány v odpovídajícím standardu poskytování zdravotních služeb. Estonsko je zvláštní úpravou přístupu ke genetickým informacím, a tedy i poskytováním zpětné vazby, světovou výjimkou.

Mezi vyhraněnými úpravami UK Biobank a Estonské genové banky stojí např. návrh Národního poradního výboru pro oblast bioetiky USA¹⁷⁹, který stanovuje kumulativní podmínky, za nichž je poskytování zpětné vazby přípustné. Těmito podmínkami jsou: „(1) zjištění [genetických informací] jsou odůvodněná a potvrzená; (2) zjištění mají závažné důsledky pro zdraví účastníka [genetické databáze]; a (3) existuje snadno dostupný postup ke zlepšení zdravotní situace [účastníka].“^{180,181}

Pro účely zpětné vazby je vhodné rozlišovat genetické informace na: (1) neupravená data; (2) obecná výzkumná zjištění; (3) záměrné výsledky výzkumu týkající se pacienta; a (4) náhodné výsledky výzkumu týkající se pacienta.¹⁸² Neupravená data jsou pouze informacemi obsaženými v DNA převedenými do lidsky vnímatelné podoby. Jejich význam a vlastnosti však zůstávají srozumitelné pouze profesionálům v oblasti genetiky.¹⁸³ Obecná výzkumná zjištění jsou často publikována veřejně a obsahují pouze informace účastníků v agregované podobě. Není z nich tedy možné určit genetické informace konkrétního účastníka a jsou tak pro účastníka irelevantní.¹⁸⁴ Druhé dvě kategorie jsou zjištění nalezená v rámci výzkumu.

¹⁷⁸ Human Genes Research Act, op. cit. § 11 odst. 2 a 4.

¹⁷⁹ Pozn. autora: originální název je: „US National Bioethics Advisory Committee“.

¹⁸⁰ Z anglického originálu: „(1) the findings are scientifically valid and confirmed; (2) the findings have significant implications for the participant's health concerns; and (3) a course of action to ameliorate or treat these concerns is readily available.“, překlad autor.

¹⁸¹ McHALE, Jean. Regulating Genetic Databases: Some Legal and Ethical Issues. *Medical Law Review*. 2004, vol. 12. s. 91.

¹⁸² KAYE, Jane, et. al. Can I Access My Personal Genome? The Current Legal Position In the UK. *Medical Law Review* [online]. 2013. [cit. 18.3.2014]. s. 7-8.

¹⁸³ Tamtéž. s. 7.

¹⁸⁴ Tamtéž. s. 8.

V prvním případě se jedná o zjištění související se smyslem konkrétního výzkumu (např. náchylnost k určitému typu rakoviny) a ve druhém případě o náhodné zjištění v rámci jiného výzkumu.¹⁸⁵ V posledních dvou případech je genetická informace srozumitelnější účastníkovi než v případě neupravených dat. Bude se jednat např. o sdělení, že je u účastníka vysoká pravděpodobnost vzniku konkrétního genetického onemocnění. Rozdíl mezi náhodným a záměrným zjištěním však nemá přímý právní dopad a je tak důležitý spíše pro oblast lékařské etiky.

Z uvedených příkladů je patrné, že přístupy se v závislosti na etickém (příp. i právním) přesvědčení značně liší. V této podkapitole dále analyzuji a srovnávám úpravu v Anglii a České republice. Na řádnou analýzu etického rozměru problematiky není v příspěvku místo a při právní analýze proto vycházím z premisy, že je eticky žádoucí, aby byla zpětná vazba poskytována.

Srovnání přístupu anglického a českého práva v souvislosti se zpětnou vazbou genetických databází je zajímavé v tom, jak se mohou lišit zákony zemí Evropské unie v jedné otázce. V rámci svých národních právních řádů však mohou být do jisté míry vykládány různým způsobem.

Na začátek je ještě nutné upozornit na to, že z právního hlediska je otázkou zejména získávání, resp. přístup, ke genetickým informacím. Poskytování zpětné vazby je tak pouze technickým provedením, kde se účastník databáze dohodne s jejím pořizovatelem, aby mu genetické informace sděloval bez jeho aktivního jednání. Právní podstata přístupu k informacím však zůstává stejná.

Hlavním právním předpisem, který se vztahuje na genetické informace, je v Anglii Data Protection Act (dále jen „DPA 1998“).¹⁸⁶ Stejně jako český zákon o ochraně osobních údajů vznikl transpozicí směrnice EU o ochraně osobních údajů.¹⁸⁷ DPA 1998 se podle sekce 1 vztahuje na informace v elektronické i materiální podobě.¹⁸⁸ Podmínka pro aplikovatelnost DPA 1998 je, že údaje musí být způsobilé identifikovat konkrétního člověka.¹⁸⁹ Do režimu osobních informací by tak měly spadat zejména záměrné a náhodné vý-

¹⁸⁵ Tamtéž. s. 8.

¹⁸⁶ Data Protection Act 1998, op. cit.

¹⁸⁷ Směrnice Evropského parlamentu a Rady o ochraně osobních údajů, op. cit.

¹⁸⁸ Data Protection Act 1998, op. cit. Sekce 1.

¹⁸⁹ Tamtéž.

sledky výzkumu týkající se pacienta. Domnívám se, že by do něj měla být díky rozhodnutí ESLP ve věci *S. a Marper proti Spojenému království*¹⁹⁰ zahrnuta také neupravená data. Kaye oponuje, že za současného stavu techniky se o osobní údaje zpravidla jednat nebude. Zároveň ale připouští, že s pokrokem techniky bude pravděpodobnější, že i neupravené genetické informace budou osobními údaji.

Genetické informace, které byly zcela zbaveny možných identifikátorů, do režimu DPA 1998 nespádají.¹⁹¹ Kaye uvádí, že vzhledem k rozvoji a dostupnosti genetického sekvencování bude stále náročnější genetické informace anonymizovat.¹⁹² Sekce 7 DPA 1998 zakládá právo účastníka genetické databáze (subjektu údajů), požadovat poskytnutí kopie svých osobních údajů a případně i jejich popisu.^{193,194} Obecný režim se však neuplatní v případě vědeckého výzkumu, který požívá výjimku podle sekce 33 DPA 1998. Tato sekce stanoví, že v případě, kdy se výzkum neodchyluje od běžného etického standardu výzkumu, nemají subjekty údajů právo na přístup ke zpracovávaným osobním údajům.¹⁹⁵ Problematická je rovněž sekce 8 DPA 1998, která stanoví, že zpracovatel osobních údajů není povinen poskytnout kopii zpracovávaných údajů tehdy, pokud je takové poskytnutí spojeno s nepřiměřenými obtížemi.¹⁹⁶ Jak uvádí Kaye: „Úsilí a náklady spojené s vynětím a poskytnutím individuálních osobních údajů v kontextu genomického výzkumu mohou být považovány za disproportční.“^{197,198} Pokud tedy nemá genetická databáze systém, který by byl nastaven tak, aby umožňoval relativně nenáročné vynětí genetických informací účastníka, bude tato podmínka naplněna. Na základě výše uvedeného je možné uzavřít, že současné znění DPA 1998 neposkytuje účastníkům právo na přístup k informacím a potažmo ani právo na zpětnou vazbu.

¹⁹⁰ *S. a Marper proti Spojenému království*, op. cit. § 71-76.

¹⁹¹ Data Protection Act 1998, op. cit. Sekce 1.

¹⁹² KAYE, 2013. op. cit. s. 16.

¹⁹³ Data Protection Act 1998, op. cit. Sekce 7.

¹⁹⁴ KAYE, 2013. op. cit. s. 16.

¹⁹⁵ Tamtéž.

¹⁹⁶ Data Protection Act 1998, op. cit. Sekce 8.

¹⁹⁷ KAYE, 2013. op. cit. s. 17.

¹⁹⁸ V originálním znění: „*The effort and cost needed to extract and supply individual information from genomic research could be considered disproportionate.*“, překlad autor.

Druhým aplikovatelným zákonem je Freedom of Information Act 2000 (dále jen „FOIA 2000“)¹⁹⁹, který upravuje, stejně jako český zákon o svobodném přístupu k informacím, přístup osob k informacím veřejnoprávních subjektů. Veřejnoprávními subjekty se podle sekce 3 FOIA 2000 rozumí orgány veřejné moci, veřejně vlastněné korporace a osoby, které drží informace pro orgán veřejné moci v jeho zastoupení.²⁰⁰ Na základě takto široce vymezené věcné působnosti je možné do věcné působnosti sekce 3 FOIA 2000 zahrnout i řadu výzkumných genetických databází. Ty bývají často zřizovány univerzitami a jinými veřejně financovanými osobami. FOIA 2000 se tak na ně vztahuje. Z aplikace FOIA 2000 jsou však podle jeho sekce 40(1) vyloučeny veškeré osobní údaje, u kterých je žadatel jejich subjektem.²⁰¹ Aby byl FOIA 2000 aplikovatelný i na případ genetických informací, nemohly by být požadovány za osobní údaje.²⁰² Neexistence anglického soudního rozhodnutí o povaze genetických informací²⁰³ však neznamená, že by neměly být považované za osobní údaje. K této otázce se také vztahuje rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci *S. a Marper proti Spojenému království*, kde soud považoval vzorky DNA za jedny z „nejosobnějších“ informací.²⁰⁴ Informace o etnickém původu, které jsou součástí genetických informací, jsou podle sekce 2(a) DPA 1998 považovány za osobní údaje. Genetické informace je proto nezbytné považovat za osobní údaje a uplatní se ustanovení sekce 40 FOIA 2000, která zabraňuje poskytování osobních údajů žadatelům podle tohoto zákona. Lze tedy uzavřít, že FOIA 2000 ani DPA 1998 nestanovují právo účastníka na přístup k jeho informacím obsaženým v genetické databázi.

Zákon o ochraně osobních údajů se vztahuje podle § 3 odst. 1 na zpracovávání osobních údajů různými osobami. Z obecného režimu jsou stanoveny výjimky (např. fyzická osoba pro vlastní potřebu nebo v případě veřejné bezpečnosti). Věcná působnost zákona je upravena v ustanovení § 4 písm. a) zákona o ochraně osobních údajů, které stanoví, že se vztahuje na

¹⁹⁹ UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Freedom of Information Act.

²⁰⁰ Freedom of Information Act 2000, op. cit. Sekce 3.

²⁰¹ Tamtéž. Sekce 40.

²⁰² KAYE, 2013. op. cit. s. 18.

²⁰³ Tamtéž.

²⁰⁴ *S. a Marper proti Spojenému království*, op. cit. § 72-76.

údaje podle kterých je určená nebo určitelná konkrétní osoba.²⁰⁵ Stejně ustanovení spolu s § 4 písm. b) zákona o ochraně osobních údajů normuje řadu domněnek osobních údajů.²⁰⁶ Na rozdíl od anglické úpravy zahrnuje do osobních, resp. citlivých, údajů český zákonodárce výslovně i genetické údaje.²⁰⁷ Ustanovení § 12 zákona o ochraně osobních údajů výslovně stanovuje právo subjektu údajů na přístup k informacím. Zpracovatel údajů musí subjekt údajů o tomto právu podle § 11 odst. 1 zákona o ochraně osobních údajů informovat.²⁰⁸ Ve smyslu § 12 odst. 2 písm. b) téhož zákona jsou obsahem poskytované informace *inter alia* všechny osobní informace, které zpracovatel o subjektu má.²⁰⁹ Genetické a biometrické údaje jsou výslovně prohlášeny za osobní, resp. citlivé, údaje v § 4 písm. a) a b) zákona o ochraně osobních údajů. Ten se ale výslovně nezmiňuje o zdravotních údajích, přičemž hranice mezi genetickým, a případným, zdravotním údajem není jasná. Pokud by nebyly zdravotní údaje považovány za osobní údaje, neměl by účastník databáze - subjekt údajů - právo na přístup k informacím podle § 12 zákona o ochraně osobních informací. Úmluva o lidských právech a biomedicíně v čl. 10 odst. 1 stanovuje právo člověka znát svoje zdravotní informace.²¹⁰ Povinnost státu dodržovat své mezinárodní závazky by měla vést k výkladu, který zahrnuje zdravotní údaje do osobních údajů ve smyslu § 4 písm. a) či b) zákona o ochraně osobních údajů. Rovněž by byl přípustný argument *a maiori ad minus*. Pokud se za osobní údaje považují i genetické informace, které jsou těmi nejosobnějšími, tím spíše by měly být za osobní údaje považovány i zdravotní údaje. Zbývá ještě dodat, že aby byly zdravotní údaje považovány za osobní údaje, musí být ztotožnitelné s konkrétním člověkem. Na základě výše uvedeného jsem dospěl k závěru, že na rozdíl od anglického práva, existuje v České republice právo na přístup k genetickým a souvisejícím informacím, údajům, podle § 12 zákona o ochraně osobních údajů.²¹¹

Zákon o svobodném přístupu k informacím a zákon o ochraně osobních údajů by spolu měly vytvářet komplexní právní režim osobních údajů

²⁰⁵ Zákon o ochraně osobních údajů, op. cit. § 4 písm. a)

²⁰⁶ Tamtéž. § 4 písm. b)

²⁰⁷ Zákon o ochraně osobních údajů, op. cit. § 4 písm. b)

²⁰⁸ Tamtéž. § 11 odst. 1.

²⁰⁹ Zákon o ochraně osobních údajů, op. cit. § 12 odst. 2 písm. b).

²¹⁰ Úmluva o lidských právech a biomedicíně, op. cit. čl. 10 odst. 1.

²¹¹ Zákon o ochraně osobních údajů, op. cit. § 12.

a informací. Pokud se neuplatní jeden zákon, měl by se uplatnit druhý a naopak. Jejich vztah ilustruje také poznámka pod čarou č. 4a zákona o svobodném přístupu k informacím, která poukazuje na užití zákona o ochraně osobních údajů. V případě poskytování zpětné vazby účastníkovi genetické databáze by se mělo postupovat podle zákona o ochraně osobních údajů, protože genetické a zdravotní informace jsou osobními údaji. Zákon o svobodném přístupu k informacím se uplatní, pokud by pořizovatelem genetické databáze byla veřejnoprávní korporace podle § 2 odst. 1 zákona o svobodném přístupu k informacím²¹², a zároveň by genetické, či související zdravotní informace nebyly osobními údaji podle § 4 písm. a) a b) zákona o ochraně osobních údajů.²¹³ V České republice spadají genetické informace do režimu zákona o ochraně osobních údajů. Zákon o svobodném přístupu k informacím se v jejich rozsahu neuplatní.

Pořizovatel genetické databáze by měl pamatovat na dvě věci: (1) povinnost šetřit účastníkovo „právo nevědět“; a (2) zahrnout do smlouvy o informovaném souhlasu režim zpětné vazby. Právo účastníka genetické databáze na neznalost informací o své genetické výbavě a zdravotním stavu plyne z čl. 10 odst. 1 úmluvy o lidských právech a biomedicíně. Jeho právo nevědět odpovídá povinnost pořizovatele genetické databáze s komplementárním obsahem. Proto by měl pořizovatel databáze vytvořit systém poskytování zpětné vazby a popsat jeho fungování i do informovaného souhlasu, příp. i do etického kodexu. Pokud řádně informuje účastníka databáze o zvoleném modelu, je na pořizovateli, jaký systém zvolí. Např. Americké kolegium pro zdravotní genetiku²¹⁴ doporučuje zavedení povinného sdělování zpětné vazby bez možnosti vystoupení.²¹⁵ Právo nevědět účastníka genetické databáze je tak realizováno pouze v rozsahu, že se může dobrovolně rozhodnout, jestli do příslušné genetické databáze vstoupí. Domnívám se, že by bylo vhodnější zvolit model, který bude k účastníkovi vstřícnější a stanoví i pozdější možnost vystoupit z režimu zpětné vazby, aby nemusel kvůli této věci zcela rušit svoji účast na databázi. Pořizovatel databáze by také neměl zapomínat na konečný způsob komunikace genetických a zdravotních informací. Otlowski k tomu uvádí, že pro dodržení

²¹² Zákon o svobodném přístupu k informacím, op. cit. § 2 odst. 1.

²¹³ Zákon o ochraně osobních údajů, op. cit. § 4 písm. a) a b).

²¹⁴ Pozn. autora: V originálním znění: „American College of Medical Genetics, překlad autor.“

²¹⁵ Kaye, 2013. op. cit. s. 2.

standardu nejlepší praxe musí být genetická či zdravotní informace komunikována v klinickém kontextu.²¹⁶

Úvahy na téma *de lege ferenda* jsou omezeny celkem zdařilou úpravou v zákoně o ochraně osobních údajů a doplňujících povinností v ostatních právních předpisech (např. § 65 zákona o zdravotních službách²¹⁷). Rozumné interpretaci úpravy osobních údajů rovněž napomáhá právní názor Evropského soudu pro lidská práva o přístupu ke zdravotním informacím. ESLP se opakovaně vyjádřil, např. v případě *V.C. v. Slovakia*, že právo na přístup k zdravotním informacím (zdravotnické dokumentaci) plyne i z čl. 8 Evropské úmluvy na ochranu lidských práv.²¹⁸ Nadstavbou nad současný právní rámec by mohlo být převzetí estonského přístupu a výslovně stanovit právo na přístup ke genetickým informacím v řádném klinickém kontextu. Jednalo by se však spíše o deklaraci již existujících práv v různých právních předpisech, než o zcela novou právní úpravu. Domnívám se proto, že by bylo vhodnější o existenci tohoto práva účastníky genetických databází informovat než vytvářet duplicitní právní úpravu.

4.2 POSKYTOVÁNÍ GENETICKÝCH INFORMACÍ POKREVNÍM PŘÍBUZNÝM

Genetické databáze shromažďují množství unikátních informací zajímavých pro třetí osoby. Hlavní skupinou, která má zájem na znalosti genetických informací člověka jsou jeho pokrevní příbuzní. Pokrevní příbuzní totiž sdílí významnou část genetické výbavy. Přístup třetích osob, a tedy i pokrevních příbuzných, ke genetickým informacím, je nezbytné vnímat ve světle práva na soukromý život podle čl. 8 Evropské úmluvy o lidských právech²¹⁹ a také čl. 10 Listiny základních práv a svobod České republiky.²²⁰ Tato ustanovení chrání soukromí a osobnost lidí *inter alia* také proti nevhodnému užití informací osobní povahy. Případná právní úprava pak musí dodržet poža-

²¹⁶ OTLOWSKI, Margaret. Tackling Legal Challenges Posed By Population Biobanks: Reconceptualising Consent Requirements. *Medical Law Review*. 2012, vol. 20. s. 222,

²¹⁷ Zákon o zdravotních službách, op. cit. § 65.

²¹⁸ Rozsudek European Court of Human Rights ze dne 8.2.2012, ve věci *V.C. v. Slovakia*, application no. 18968/07.

²¹⁹ Evropská úmluva o lidských právech ze dne 4.11.1950, publikovaná ve sbírce zákonů a mezinárodních smluv pod č. 209/1991 Sb.

²²⁰ Listina základních práv a svobod, op. cit. čl. 10.

davek, že zásah může být pouze na základě zákona a při současném dodržení proporcionality řešení.

Tato podkapitola se soustředí na problematiku sdělování genetických informací pokrevním příbuzným subjektu výzkumu. Otázka oprávnění lékaře nebo jiného zdravotníka sdělit informace třetí osobě - pokrevnímu příbuznému - úzce souvisí s otázkou lékařské mlčenlivosti. Typickým příkladem může být vstupní prohlídka a genetické testování účastníka genetické databáze, při kterém se dozví, že trpí patologickou mutací genu či genů, které způsobují genetické onemocnění. Díky sdílené povaze genů v rámci pokrevních příbuzných je pak různá pravděpodobnost, že stejné onemocnění mohou mít také jeho pokrevní příbuzní. Ti pak mají bezprostřední zájem na znalosti příslušných genetických informací nebo alespoň skutečnosti, že se u nich toto riziko vyskytuje. V souladu s lékařskou etikou by měl příslušný lékař či zdravotnický pracovník doporučit, aby byli příbuzní, kterých se to týká, o této skutečnosti informováni. Informovat je však může jenom subjekt výzkumu (resp. v klinickém prostředí pacient) nebo lékař s jeho souhlasem. Pokud však subjekt výzkumu odmítne souhlas poskytnout, nemá lékař za současné právní úpravy možnost příslušného člověka informovat.

Současná úprava lékařské mlčenlivosti je založena na tzv. paternalistickém modelu. Ten představuje konzervativní vnímání vztahu lékaře a pacienta či subjektu výzkumu (pro zjednodušení dále společně jako „subjekt výzkumu“).²²¹ Pojem „paternální“ pochází z latinského „paternus“, který znamená „něco co patří otcovi“ či „otcovo“²²². Subjekt výzkumu je tedy v roli otce, tj. „patera“ informací. V římském právu byl otec podle práva hlavou rodiny a její členové museli jeho „nadřazenou“ roli respektovat.²²³ Při aplikaci stejné logiky na lékařskou mlčenlivost se nabízí závěr, že výlučně subjekt výzkumu je oprávněn rozhodovat o nakládání s informacemi. Země evropského civilizačního okruhu dnes vychází převážně z paternalistické koncepce, ale liší se rozsahem a důvody výjimek stanovenými z lékař-

²²¹ LIAO, S. M. Is there a Duty to Share Genetic Information? *Journal of Medical Ethics* [online]. 2009, vol. 35(5), [cit. 14.2.2014], s. 306-307.

²²² HORNBY, TURNBULL, op. cit.

²²³ KINCL, Jaromír, URFUS, Valentin, SKŘEJPEK, Michal. *Římské právo*. 2. vyd. Praha: C.H. Beck, 1995. s. 132.

ské mlčenlivosti.²²⁴ Výjimečná povaha genetických informací představuje výzvu paternalistické koncepce lékařské mlčenlivosti. Objevují se tak názory, že je současný model potřeba nahradit systémem, který bere v úvahu sdílenou povahu genetických informací.²²⁵

V Anglii vychází koncepce lékařské mlčenlivosti taktéž z paternalistického modelu a pozitivní právní úprava je téměř identická s českou úpravou. Z lékařské mlčenlivosti je však na základě rozhodovací praxe britských soudů formulována širší výjimka. Jako precedens se nejčastěji uvádí rozhodnutí anglického odvolacího soudu (*Court of Appeal, Civil Division*) ve věci *W. v. Egdeell and others*.²²⁶ V tomto případě se jednalo o pacienta, který byl odsouzen za pětinasobnou vraždu a ublížení na zdraví několika dalších lidí. Jako velmi nebezpečný pacient byl uvězněn v zařízení s nejvyšší možnou ostrahou. Pacient podal žádost, aby byl přeložen do místní jednotky psychiatrické péče, kde by měl výrazně volnější režim. Nezávislý psychiatr, Dr. Egdeell, byl požádán, aby vypracoval znalecký posudek, na jehož základě by komise rozhodla o přesunu pacienta do jiného zařízení. Dr. Egdeell však ve svém posudku došel k závěru, že pacient je stále nebezpečný, a doporučil jej ponechat ve stávajícím zařízení. Pacient proto stáhl svou žádost, aby se členové komise nedozvěděli názor Dr. Egdeella, a mohl tak znovu podat žádost a získat i nový odborný posudek. Poté, co se to Dr. Egdeell dozvěděl, informoval členy komise o nebezpečnosti pacienta i za cenu možného prolomení lékařské mlčenlivosti.²²⁷ Po zhodnocení skutkového stavu došlo jeho lordstvo Stephen Brown k názoru, že ke sdělení informací, na které se vztahuje lékařská mlčenlivost, třetí osobě musí být naplněna následující kritéria: (1) existuje reálné, vážné a neodbytné riziko; (2) riziko bude podstatně sníženo sdělením informací; (3) informace jsou zveřejněny v ne větším než nezbytném rozsahu; a (4) újma na veřejném zájmu, která vznikla jako přímý důsledek sdělení, je převýšena veřejným zájmem na minimalizaci rizika pro třetí osoby.²²⁸ Lord Brown následně uvedl, že je nutné výjimku z lékařské mlčenlivosti vykládat restriktivně.

²²⁴ LIAO, op. cit. s. 307-308.

²²⁵ Tamtéž,

²²⁶ Approved Judgment of the Court of Appeal, Civil Division as of 9 November 1989, *W. v Egdeell and others*, [1989] EWCA Civ 13.

²²⁷ *W v. Egdeell and others*, op.cit.

²²⁸ Tamtéž. překlad autor.

Podle britského práva také není zcela jasné, zda-li je možné informace pokrevním příbuzným poskytovat, ale tato možnost je přece jenom pravděpodobnější.

Vztahem mezi lékařskou mlčenlivostí a genetickými informacemi se zabývají také všeobecné lékařské pokyny Generální zdravotnické rady Velké Británie²²⁹ (dále jen „všeobecné pokyny”).²³⁰ Ustanovení čl. 67-69 všeobecných pokynů upravují situaci, kdy lékař zjistí riziko genetického onemocnění u subjektu výzkumu a existuje pravděpodobnost, že genetickou nemoc může mít také jeho pokrevní příbuzný. Podle čl. 67 všeobecných pokynů by měl lékař doporučit subjektu výzkumu, aby o riziku informoval své pokrevní příbuzné. Pokud to nechce učinit sám, měl by se lékař nabídnout, že pokrevní příbuzné informuje s jeho souhlasem sám. Pokud i tuto nabídku subjekt výzkumu odmítne, uplatní se čl. 69 všeobecných pokynů. V takovém případě by měl lékař sám zvážit skutkové okolnosti případu a dospět k rozhodnutí, jestli pokrevní příbuzné bude informovat či nikoli. Z právního pohledu se však jedná o šedou zónu a lékař je v nejistotě, zda-li informováním neporuší povinnost zachovávat mlčenlivost. Je zde patrný rozpor mezi lékařskou etikou reprezentovanou názorem Generální zdravotnické rady a právem, které není v této oblasti souladné s převládajícím etickým přesvědčením.

Lékařská mlčenlivost (resp. slovy zákona: „mlčenlivost poskytovatele zdravotních služeb”) slouží jako nástroj pro vytvoření důvěry mezi pacientem (resp. subjektem výzkumu) a lékařem.²³¹ Lidskoprávním základem pro lékařskou mlčenlivost je právo na ochranu soukromí podle čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv²³² a čl. 10 Listiny základních práv a svobod.²³³ Lékařská mlčenlivost je upravena v ustanovení § 51 zákona o zdravotních službách²³⁴, které stanoví povinnost, že osoba poskytující zdravotní služby je povinna zachovávat mlčenlivost o všech skutečnostech, které se dozvěděla při jejich poskytování. Jedná se tedy o povinnost dopa-

²²⁹ Pozn. autora: V originále jako: „UK General Medical Council”, překlad autora.

²³⁰ General Medical Guidelines. *General Medical Council: Confidentiality* [online]. General Medical Council, © 2006, [cit. 19.2.2014]. čl. 67-69.

²³¹ DOLEŽAL, Adam. Postoupení pohledávky a lékařské tajemství. *Právní rádce*. 2012, č. 12 In: Beck-online [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 18.3.2014].

²³² Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit. čl. 8.

²³³ Listina základních práv a svobod, op. cit. čl. 10.

²³⁴ Zákon o zdravotních službách, op. cit. § 51.

dající na široký okruh informací, do kterého se řadí i genetické informace. Jakýkoli pracovník je tak povinen zachovávat mlčenlivost a nikomu tedy nesdělovat genetické informace, které se dozvěděl v souvislosti s výkonem svého povolání. Ustanovení § 51 odst. 2 a 3 pak upravuje výjimky, ve kterých se povinnost mlčenlivosti neuplatní.²³⁵ Pro účely sdělování pokrevním příbuzným je relevantní zejména ustanovení § 51 odst. 2 písm. b), kdy tak může učinit poskytovatel zdravotnických služeb na základě souhlasu pacienta nebo jeho zákonného zástupce.²³⁶ Jinou výjimku není pro tuto situaci možné použít. České právo tak neobsahuje možnost, jak by mohl lékař (zdravotnický pracovník) informovat pokrevního příbuzného o tom, že je u něj zvýšené riziko genetického onemocnění. Výše uvedené samozřejmě platí i pro genetické databáze, kde se uplatňuje stejná regulace.

Za určitých podmínek je sice možné, aby lékař nebyl povinen hradit újmu podle občanského zákoníku. To může nastat zejména v případech, kdy splní svoji obecnou prevenční povinnost podle § 2900 - 2903 NOZ²³⁷ či v případě krajní nouze ve smyslu ustanovení § 2906 NOZ.²³⁸ Absence povinnosti hradit vzniklou újmu je pouze v rozsahu ustanovení soukromého práva, které je ve smyslu § 1 odst. 1 věty druhé NOZ²³⁹ nezávislé na uplatňování práva veřejného. Lékař je tak chráněn pouze před povinností nahradit vzniklou újmu, ale musí nést veřejnoprávní následky porušení mlčenlivosti. Těmi jsou např. vznik správněprávní odpovědnosti podle § 114 odst. 1 písm. c) zákona o zdravotních službách²⁴⁰, spáchání přestupku či dopuštění se správného deliktu podle § 117 odst. 3 písm. d) zákona o zdravotních službách²⁴¹. Porušení povinnosti lékařské mlčenlivosti však může mít také trestněprávní následky v podobě dopuštění se činu neoprávněného nakládání s osobními údaji podle § 180 odst. 2 trestního zákoníku.²⁴² Pro lékaře tedy může mít porušení mlčenlivosti podle českého práva velmi tvrdé následky.

²³⁵ Tamtéž. § 51 odst. 2 a 3.

²³⁶ Tamtéž. § 51 odst. 2 písm. b)

²³⁷ Občanský zákoník, op. cit. § 2900-2903.

²³⁸ Tamtéž. § 2906.

²³⁹ Tamtéž. § 1 odst. 1 věta druhá

²⁴⁰ Zákon o lékařských službách, op. cit. § 114 odst. 1 písm. c).

²⁴¹ Tamtéž, § 117 odst. 3 písm. d).

²⁴² Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník ve znění pozdějších předpisů.

Jak bylo již výše uvedeno, český právní řád je v oblasti lékařské mlčenlivosti přísný a podle ustanovení § 51 odst. 2 zákona o zdravotních službách²⁴³ nepřipouští sdělení informací třetím osobám, kromě výjimek nepoužitelných pro otázku poskytování genetických informací jako je např. výslovné zákonné zmocnění nebo pro účely prevence a odhalování trestné činnosti. Podle českého práva tedy neexistuje oprávnění lékaře, aby sdělil pokrevnímu příbuznému subjektu výzkumu jakékoli informace o jeho náchylnosti ke genetickému onemocnění. Ve srovnání s Velkou Británií²⁴⁴ nebo třeba v USA²⁴⁵, kde existují výjimky dopadající na tyto situace (i když poněkud nejasné), je české právo daleko restriktivnější a lékaři takové informování zcela zakazuje.

4.2.1 MODEL SDÍLENÉHO ÚČTU RODINY

Alternativním modelem lékařské mlčenlivosti, který reflektuje sdílený charakter genetických informací, je tzv. model společného účtu. Ten vychází z široce přijímaného filosofického přesvědčení o výjimečnosti rodiny jako společenského útvaru. Rodina byla v západní i východní filozofii vnímána jako zvláštní útvar již odedávna. Naopak až filozofické směry 19. a 20. století zpochybňovaly její význam (např. Marxismus a od něj odvozené směry)²⁴⁶ či existenci rodiny dokonce zcela negovaly (např. v rámci severokorejské filozofie Čučche²⁴⁷). Smysl rodiny pro filozofii ilustruje také citát Jean Jacques Rousseaua: „*Nejstarší ze společností, a tou jedinou přirozenou, je rodina...*”²⁴⁸ Důležitost rodiny ve filosofii aprobejuje také politika, kdy i neoliberalové přiznávají rodině zvláštní postavení. Např. Margaret Thatcherová prohlásila: „*Neexistuje žádná společnost: jsou individuální muži a ženy, a pak také rodiny.*”²⁴⁹ V právu je rodině věnována podstatná část soukromého

²⁴³ Zákon o zdravotních službách, op. cit. § 51.

²⁴⁴ W v. Egdel and others, op. cit.

²⁴⁵ viz např. Judgment of the Supreme Court of the State of California (USA) as of 1 July 1976, Tarasoff v. Regents of the University of California, sp. zn. 17 Cal.3d 425, 551 P.2d 334, 131 Cal.Rptr. 14, 83 A.L.R.3d 1166 (1976).

²⁴⁶ Důvodová zpráva návrhu občanského zákoníku. *Nový občanský zákoník: texty zákonů* [online]. Ministerstvo spravedlnosti ČR, © 2012. cit. [10.2.2014], s. 13.

²⁴⁷ viz např. GASHI, Dardan, STEINER-GASHI, Ingrid. *Ve službách diktátora*. Brno: Jota, nakladatelství. 2010. 190 s.

²⁴⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques., *The Social Contract*. London: Penguin Books Ltd., 1968, s. 50. překlad autor.

²⁴⁹ MOORE, Charles. No Such Thing as Society: a good time to ask what Margaret Thatcher really meant. *The Telegraph* [online]. 2010, cit. [14.2.2014].

práva, včetně práva dědického.²⁵⁰ Rodinné právo pak *inter alia* upravuje i zvláštní režim pro majetek a informace v rámci rodiny.²⁵¹ Rodina je tedy široce filosoficky, politicky, právně a společensky uznávaná hodnota. Otázkou, kterou se dále zabývám je, zda-li by tuto skutečnost měla reflektovat i právní úprava lékařské mlčenlivosti.

Model společného účtu respektuje zvláštnost rodiny a zavádí režim, kdy jsou v jejím rámci sdíleny genetické informace.²⁵² Jelikož jsou genetické informace sdíleny na základě různých kritérií (zejména pohlaví a zda se jedná o pokrevní příbuzné v rámci jádra rodiny), musí konkrétní úprava tohoto modelu reflektovat dvě základní podmínky: (1) komu jsou informace sdělovány; a (2) jaké informace jsou sdělovány. Situace, kdy by docházelo ke sdílení informací neomezeně mezi členy rodiny je nepřijatelná pro svůj rozpor s právem na ochranu soukromého života podle čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv²⁵³ a čl. 10 Listiny základních práv a svobod.²⁵⁴ Pokud by se informace sdílely neomezeně, bylo by zasaženo do „práva nevědět“²⁵⁵ pokrevního příbuzného. Došlo by tím k narušení autonomního prostoru příjemce informací, protože by nemohl rozhodovat o jejich přijetí.

Model sdíleného účtu představuje pro zákonodárce výzvu, protože jeho legislativa musí splňovat podmínky čl. 8 odst. 2 EÚLP. Ustanovení čl. 8 odst. 2 EÚLP²⁵⁶ stanoví, že omezení práva na respektování soukromého a rodinného života bylo provedeno na základě zákona a tento zásah byl nezbytný v demokratické společnosti v zájmu *inter alia* ochrany zdraví.

ESLP hodnotí přípustnost zásahu do lidských práv skrze podmínky obsažené v čl. 8 odst. 2 EÚLP²⁵⁷, kterými jsou: (1) zda-li došlo k zásahu do práva chráněného EÚLP; (2) zda-li je zásah proveden na základě zákona; (3) zda-li sleduje legitimní cíl; a (4) je-li nezbytný v demokratické společnosti.²⁵⁸

²⁵⁰ Důvodová zpráva k návrhu občanského zákoníku, op. cit. s. 168 - 251.

²⁵¹ viz např. občanský zákoník, op. cit. § 708 a násl.

²⁵² LIAO, op. cit. s. 306-307.

²⁵³ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit. čl. 8.

²⁵⁴ Listina základních práv a svobod, op. cit. čl. 10.

²⁵⁵ Pozn. autora: z anglického „right not to know“.

²⁵⁶ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit. čl. 8 odst. 2.

²⁵⁷ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit. čl. 8 odst. 2.

²⁵⁸ Judgment of the European Court of Human Rights as of 8 July 2008, *Vajnai v. Hungary*, complaint no. 33629/06. (dále citováno jako „Vajnai proti Maďarsku“)

První krok se omezuje na zjištění, zda-li došlo k zásahu do práva chráněného EÚLP. Model společného účtu vychází z toho, že se budou sdílet genetické informace (tj. osobní informace) s pokrevními příbuznými. Osobní informace jsou řazeny do práva na respektování soukromého života a nastolení zákonného režimu jejich automatického sdílení do tohoto práva zasahuje.

Druhý krok sleduje dodržení požadavku na formu zásahu, který může být proveden pouze na základě zákona. Český zákonodárce by tedy musel dodržet formu zákona, ve kterém by stanovil práva a povinnosti regulovaných subjektů.

Ve třetím kroku se ESLP táže, byl-li zásah proveden za účelem dosažení legitimního cíle. Legitimní cíl omezení práva chráněného úmluvou je svěřen především k posouzení zákonodárci konkrétního státu. ESLP se v tomto bodě zaměřuje na nejflagrantnější svévoli a zásah do základních principů fungování demokratického právního státu. ESLP se tak vyjádřil např. v případě *Vajnai proti Maďarsku*²⁵⁹, kde přiznal národnímu zákonodárci vysokou míru diskrece. *A maiori ad minus* tedy není důvod, aby byl nový způsob regulace lékařské mlčenlivosti na základě této podmínky nepřipustěn, když ESLP přiznává zákonodárci diskreci k intenzivnějším zásahům do úmluvou chráněného práva.²⁶⁰

Poslední, čtvrtý, krok se zabývá tím, zda-li byl zásah nezbytný v demokratické společnosti. ESLP tedy zjišťuje, jestli je v konkrétní společnosti a době společenská potřeba určité regulace.²⁶¹ Tento krok považuji za nejproblematictější. Genetika a genetické testování jsou stále častěji předmětem širší společenské debaty.²⁶² V této debatě ani odborné literatuře se však pravidelně nevyskytují názory požadující opuštění současného, paternalistického, modelu regulace lékařské mlčenlivosti. Reformní názory se zpravidla omezují na návrh stanovení výjimky z lékařské mlčenlivosti ve prospěch některých druhů genetických informací. Výjimka z paternalistického modelu je výrazně přípustnější než zavedení nového modelu, který by umožňoval široké sdílení genetických (příp. i dalších lékařských) infor-

²⁵⁹ Vajnai proti Maďarsku, op. cit.

²⁶⁰ Vajnai proti Maďarsku, op. cit.

²⁶¹ Vajnai proti Maďarsku, op. cit.

²⁶² viz např. SALISBURY, Meredith. Should You Have The Right Not To Know Genetic Information? *Forbes Magazine* [online]. 2013. [cit. 19.3.2014].

mací mezi pokrevními příbuznými. V současné době tedy považují čtvrtou podmínku za nesplnitelnou a tudíž je model sdíleného účtu nepřipustný podle čl. 8 EÚLP.²⁶³

Budoucí vývoj úpravy lékařské mlčenlivosti v rozměru genetických informací by měl proběhnout ve dvou krocích. Prvním krokem je umožnit lékařům, aby mohli sdělovat informace o genetických onemocněních pokrevním příbuzným těch, u kterých bude patologická mutace genu či genů objevena. Úprava by se vztahovala i na pořizovatele genetických databází a záleželo by na nich, jestli zvolí estonský přístup²⁶⁴ nebo zcela vyloučí poskytování zpětné vazby po vzoru UK Biobank.²⁶⁵ Domnívám se, že není správné, aby právo ignorovalo sdílenou povahu genetických informací a s ní související změnou v lékařské etice. Současná právní úprava lékařské mlčenlivosti nedává lékařům prakticky žádný prostor, aby využili svůj etický úsudek. To na jednu stranu lékařskou praxi zjednodušuje, ale zase může v některých situacích působit nepřiměřeně tvrdě. Každá výjimka s sebou přináší určitou míru právní nejistoty a tudíž klade i vyšší nároky na své adresáty. Díky svým zkušenostem a etickému vzdělání by měli být lékaři sami schopni zhodnotit okolnosti případu a učinit informované rozhodnutí o sdělení či nesdělení genetických informací pokrevním příbuzným subjektu výzkumu. Pro zjednodušení je možné výjimku také dodatečně konkretizovat pomocí kombinace zákonné a podzákonné úpravy či norem soft law, jak je tomu v případě Velké Británie a všeobecných pokynů Generální zdravotnické rady. Pro řešení opravdu složitých případů by mělo být možné vytvořit a zmocnit zvláštní orgán, který by lékařům mohl vydat závazné doporučení. K tomu by mohla být využita i struktura výzkumných etických komisí, které existují např. pro klinické testování léčiv²⁶⁶ nebo podle § 36 zákona o specifických zdravotních službách²⁶⁷. Vzhledem k tomu, že oproti situaci, kdy hrozí riziko spáchání trestného činu není třeba v případě sdělování genetických informací pokrevním příbuzným zpravidla postupovat s takovou rychlostí, bylo by možné tohoto procesu využívat bez obav z prodlevy.

²⁶³ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit. čl. 8.

²⁶⁴ Human Genes Research Act, op. cit. § 11 odst. 2.

²⁶⁵ UK Biobank Ethics and Governance Framework, op. cit.

²⁶⁶ Vyhláška o klinickém hodnocení léčivých přípravků, op. cit. § 3.

²⁶⁷ Zákon o specifických zdravotních službách, op. cit. § 36.

Druhým krokem by bylo zavedení modelu sdíleného účtu pro genetické informace. Bude nutné označit, které informace budou sdíleny se kterými pokrevními příbuznými. Nejprve by bylo možné zavést model, který by obsahoval doložku pro generální opt-in. Ten by zavedl systém, kde by rodiny a jejich členové vstupovali do režimu sdíleného účtu na základě svého volního projevu. Tento režim by po čase mohl být nahrazen režimem generálního opt-outu. Generální opt-out je podstatnějším zásahem do práva nevědět. Pokud někdo omylem či z nevědomosti zapomene z režimu vystoupit, je vysoké riziko, že bude zasaženo do jeho práva nevědět. Riziko neoprávněného zásahu je možné podstatně snížit pomocí důkladné procesní úpravy, např. dlouhého přechodného období, notifikace potenciálních účastníků, jednoduchého způsobu vystoupení z režimu společného účtu, atp. Tento návrh je zatím hudbou daleké budoucnosti. Předpokladem pro jeho uplatnění bude výrazná liberalizace společnosti v oblasti genetických informací a souvisí s vytvořením společenské poptávky po transparentním řešení. K jejímu vytvoření by mohl přispět technický pokrok, který by učinil sdílení genetických informací výhodným, např. díky účinným genetickým terapiím.

4.3 OTÁZKA VLASTNICKÉHO PRÁVA KE GENETICKÉMU MATERIÁLU

V této podkapitole se zabývám právním režimem lidského těla a zejména od něj oddělených buněk, tkání a produktů. Účastník databáze poskytuje svůj genetický materiál pořizovateli databáze, který s ním fakticky disponuje. Otázkou tedy je, v jakém právním režimu jsou oddělené části a produkty lidského těla, a zda-li jsou způsobilým předmětem vlastnického práva. Při analýze položené otázky postupuji od filosofických základů přes britskou a českou právní úpravu. Následně provedu jejich srovnání a přistoupím k formulaci úvah *de lege ferenda*.

Právní režim lidského těla, jeho částí a produktů je předmětem častých nedorozumění ze strany laické veřejnosti. Podle Harrise jsou tato nedorozumění přizívována i populární kulturou a jako příklad uvádí výchovnou dětskou písničku, kde se zpívá: „Pamatuj, tvé tělo je ve tvém soukromém vlastnictví, tvoje tělo není ničí tělo, pouze tvoje.“²⁶⁸ Tato sloka vystihuje větší

²⁶⁸ Překlad autora z anglického: „Remember our body is your own private property. Your body's nobody's body but your own.” in HARRIS, John. Who Owns My Body. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1996, vol. 16 (1). s. 55.

nový názor veřejnosti, že lidem patří jejich vlastní tělo. Slučují tak doktrínu autonomie a nedotknutelnosti lidského těla s vlastnickým právem ke svému tělu, případně jeho odděleným částem. Pokud by lidské tělo opravdu bylo způsobilým předmětem vlastnictví, mohlo by to vést až k obnovení otrokářské společnosti. Jedná se o závěr dovedený *ad absurdum*, ale ilustruje důležitost této otázky.

Během dějinných etap mělo lidské tělo různý právní režim. Ve starém Římě mohl být člověk subjektem i objektem práva. Svobodní Římané a cizinci byli nositeli práv a povinností a byli tedy subjekty práva. Právní režim otroků se v průběhu trvání římského impéria měnil. V některých etapách byl otrok předmětem právních vztahů a během jiných věcí nezpůsobilou být jejich předmětem (*servi pro nullis habentur*).²⁶⁹ Otrokářské společnosti pak chránily otroka jako věc před jeho „poškozením” nebo „krádeží”.²⁷⁰ Takový přístup je pro moderní demokratické státy naprosto nepřijatelný a ochranu člověka zajišťují pomocí mezinárodního i vnitrostátního systému ochrany lidských práv.

Filozofie však uvažuje s možností existence vlastnického práva k lidskému tělu. Jednu z nevlivnějších teorií vlastnického práva vytvořil anglický filozof John Locke. Z jeho „míchací teorie”²⁷¹ vychází ústava Spojených států amerických a anglické právo, kde dokonce jeden čas platil zákon, že kolik půdy dokáže obdělat jedna rodina od úsvitu do soumraku připadne do jejího vlastnictví. Jádrem jeho filozofie spočívá v tom, že co člověk vytvoří skrze vlastní práci nebo svoji práci s něčím „smíchá”, vzniká mu k té věci vlastnické právo.²⁷² Lockův argument pro vlastnické právo tedy zní: „*Pokud někdo vytvoří něco nového na základě vlastní práce a nezpůsobí tím újmu nikomu dalšímu, měl by být vlastníkem této věci.*”^{273,274} Locke aplikuje tuto logiku na lidské tělo a dochází k závěru: „*Pokud vlastním svoji práci a její produkty, musím vlastnit také sám sebe, a z toho plyne, že mě nemůže vlastnit nikdo jiný.*”²⁷⁵ Lockův argument dále rozvádí také americký liberální filozof Ro-

²⁶⁹ MANN, Michael. Nejen o vlasech. *Právní rádce*. 2013, č. 21. In: Beck-online [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 18.3.2014]. s. 745.

²⁷⁰ HARRIS. op.cit. s. 62.

²⁷¹ V originále je použit termín „mixing theory”, překlad autora.

²⁷² LOCKE, op. cit.

²⁷³ HARRIS. op. cit. s. 67.

²⁷⁴ LOCKE, John. *The Second Treatise of Government* [online]. 1690, cit. [22.2.2014]. London.

²⁷⁵ HARRIS. op. cit. s. 68.

bert Nozick, který považuje daně za ekvivalent nucené práce. Svůj názor odůvodňuje skrze zásah do vlastnického práva člověka ke svému tělu. Obrací lockův argument a říká: „*Pokud veřejná moc ubírá lidem vlastnické právo v určitém rozsahu, ubírá jim tedy i část jejich vynaložené práce, a potažmo i část vlastnického práva k jejich tělům*“.²⁷⁶

Tento argument se však pohybuje v logice *tertium non datur*. Locke při něm vychází z předpokladu, že ke všemu musí existovat vlastnické právo a záleží jenom na uspořádání jeho vztahů v rámci společnosti. Pokud by Nozick vycházel z toho, že ke všemu musí existovat nějaké právo duševního vlastnictví, musel by dospět k názoru, že lidé mají ke svým tělům právo duševního vlastnictví. Stejný problém by nastal, pokud by Locke uvažoval v intencích, že ke všemu musí existovat právo majetkového charakteru. Konkrétnímu člověku by tak běžně vznikala různá práva k výsledkům jeho činnosti (právo vlastnické, duševního vlastnictví, atp.) a charakter práva k jeho tělu by pak musel mít charakter více práv současně. Lockův, a potažmo i Nozickův, argument tak trpí logickou chybou. Harris tento argument označuje jako „*velkolepý non sequitur*“ a oponuje, že z toho, že nikdo nevlastní mé tělo neplyne automaticky, že já ho vlastním. Dochází proto k závěru: „*nikdo nevlastní mé tělo ani já ne*“.²⁷⁷ Právo člověka ke svému tělu je tedy právem *sui generis*. Harrisova úvaha bere v potaz současný hodnotový a právní postoj demokratických zemí. Rovněž je aplikovatelná nejen na otázku vlastnického práva k lidskému tělu, ale i jeho odděleným částem a produktům. S rozvojem lékařské vědy se přesunulo její ohnisko ze zkoumání mrtvého lidského těla na živé tělo, jeho oddělené části a produkty.²⁷⁸ Ty pak nabývají čím dál tím většího společenského významu a právo se opatrně pokouší tuto změnu reflektovat.

Právní úprava vlastnického práva k lidskému tělu, jeho částem a produktům prodělala v Anglii překotný vývoj, který reflektuje společenské změny. Od 17. stol. nebyl možný vznik vlastnického práva k mrtvému tělu člověka. Mrtvé tělo buď nenáleželo nikomu a jednalo se tedy o *nullius in bonis* a nebo náleželo církvi. Církev byla jediným způsobilým vlastníkem

²⁷⁶ Tamtéž. s. 69.

²⁷⁷ Tamtéž. s. 71-72.

²⁷⁸ HARMON, Shawn. LAURIE, Graeme. Yearworth v. North Bristol NHS Trust Property, Principles, Precedents and Paradigms. *Cambridge Law Journal* [online]. 2010, vol. 69 (3), [cit. 26.2.2014], s. 476.

mrtvého lidského těla z důvodu, že všechna místa pro pohřbívání mrtvých náležela církvi.²⁷⁹ V současné době nemůže obecně vzniknout vlastnické právo k mrtvému tělu bez dalšího. Za určitých podmínek to však možné je.

Anglické právo disponuje zvláštním režimem pro mrtvá lidská těla a jejich oddělené části. Obecně se uplatní, že nejsou způsobilé být předmětem vlastnického práva. Pokud však byl na lidské tělo či jeho oddělené části vynaložen um a práce²⁸⁰, stávají se způsobilým předmětem vlastnického práva. Zde je patrný vliv Locka, protože podmínka vynaložení umu a práce, vychází z jeho „míchací teorie“. Aby byla věc způsobilá být předmětem vlastnického práva, musí někdo „smíchat“ svoji práci s tímto předmětem. Podmínka vynaložení umu a práce je patrná i v anglické judikatuře. Soud se ve věci *R v. Kelly/R v. Lindsay*²⁸¹ zabýval případem obviněných z krádeže mrtvých těl, hlav, částí mozků a jiných orgánů. Tyto předměty přitom byly preparovány a zvláštěně ošetřeny, aby je bylo možné vystavovat v muzeu. Aby se mohlo jednat o krádež, jejímž předpokladem je úmyslné zbavení jiné osoby vlastnického práva, musel se soud vypořádat s otázkou, jestli vlastnické právo k výše uvedeným předmětům vůbec mohlo vzniknout. Soud dospěl k názoru, že na předměty bylo vynaloženo množství umu a práce, které spočívalo v preparaci, konzervaci, pravidelné inspekci a renovaci vzorků a proto mohlo k těmto předmětům vzniknout vlastnické právo.²⁸² Soud proto rozhodl, že ke krádeži skutečně došlo.²⁸³

Ve světle uvedeného se zabývám otázkou možnosti vzniku vlastnického práva k živým tkáním, buňkám a produktům lidského těla, které od něj byly odděleny. Právě touto otázkou se zabýval anglický odvolací soud ve věci *Yearworth and others v. North Bristol NHS Trust*.²⁸⁴ Skutkový stav je následující. Šest žalobců bylo diagnostikováno s rakovinou a v rámci její léčby jim byla doporučena také chemoterapie. Zároveň byli upozorněni, že chemoterapie může způsobit jejich trvalou neplodnost. Zdravotnické zařízení jim tak nabídlo, že uskladní jejich reprodukční materiál, aby jej

²⁷⁹ PAWLOWSKI, op. cit. s. 36.

²⁸⁰ V originálním znění jako: „skill and labour“, překlad autora.

²⁸¹ Approved Judgment of the Court of Appeal, Criminal Division as of 14 May 1998, *R v. Kelly/R v. Lindsay*, [1998] 3 All E.R. 741, (CA).

²⁸² *R v. Kelly/R v. Lindsay*, op. cit.

²⁸³ Tamtéž.

²⁸⁴ Approved Judgment of the Court of Appeal, Queen's Bench Division as of 4 February 2009, *Yearworth and others v. North Bristol NHS Trust*, [2009] EWCA Civ 37.

mohli v budoucnu využít. Všichni nabídku přijali a svůj reprodukční materiál uskladnili ve zdravotnickém zařízení. To však zanedbalo technickou údržbu chladicí techniky a došlo k nenávratnému poškození reprodukčního materiálu všech žalobců. Ti pak žalovali zdravotnické zařízení za způsobenou: (1) nemajetkovou újmu; (2) majetkovou újmu z nedbalosti; a (3) újmu vzniklou v důsledku porušení závazku. Body č. 1 a 3 se dále nezabývám, protože netýkají vlastnického práva. Avšak předpokladem pro vznik majetkové újmy je existence vlastnického práva k příslušné věci.²⁸⁵ Soud souhlasil s argumentací žalobců a přiznal jim vlastnické právo k reprodukčnímu materiálu, který uskladnili. Klíčovým prvkem pro rozhodnutí soudu byla ovladatelnost předmětu osobou, které náleží.²⁸⁶ Soud přihlédl také k zájmu žalobců, kteří dobrovolně oddělili produkt svého těla a uložili jej za cílem budoucí biologické reprodukce. Ovladatelnost předmětu a jeho osudu (*corporalis possessio*) spolu s úmyslem s předmětem dále nakládat (*animus possidendi*) vedlo soud k přiznání vlastnického práva podle common law.²⁸⁷ Soud tak v důsledku vyloučil další používání doktríny umu a práce jako předpokladu vzniku vlastnického práva k živým, odděleným, částem lidského těla. Rozhodnutí tak napravilo situaci, kdy podle Human Tissues Act 2004²⁸⁸ a Human Fertilization and Embryology Act 2008²⁸⁹ mohly zvláštní subjekty obchodovat s tkáněmi a buňkami a za určitých okolností k nim i mít vlastnické právo, ale jejich původci nikoli.

Vývoj anglického práva ve vztahu k lidskému tělu ilustruje vědecký i společenský pokrok ve vnímání lidského těla. Klade se čím dál tím větší důraz na využívání živých lidských tkání, buněk a produktů k různým účelům. Mužský i ženský reprodukční materiál (gamety) je dnes běžně ukládán pro budoucí klinické použití, genetické databáze obsahují tisíce a někdy i miliony vzorků tkání a buněk. Zatím ale nejsou k těmto buňkám, tkáním a produktům zcela vyjasněné právní vztahy. Rozhodnutí ve věci *Yearworth and others v. North Bristol NHS Trust* slouží jako první vlaštovka změn

²⁸⁵ *Yearworth and others v. North Bristol NHS Trust*, op. cit. para 25, s. 12.

²⁸⁶ Pozn. autora: Spatřuji zde určitou paralelu k chápání věci v českém právním řádu, kde ustanovení § 496 odst. 1 NOZ stanoví jako jedno z kritérií pro právní chápání věci její ovladatelnost jako část vnějšího světa. Rozebírám viz níže.

²⁸⁷ *Yearworth and others v. North Bristol NHS Trust*, op. cit. s. 20.

²⁸⁸ Human Tissue Act, op. cit.

²⁸⁹ UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Human Fertilisation and Embryology Act.

v jejich právním režimu, ale stále zůstává mnoho nezodpovězených otázek.²⁹⁰ Jednou z nich je např. otázka převoditelnosti vlastnického práva k těmto věcem. Soud sice přiznal existenci vlastnického práva žalobců, ale ani jako *obiter dictum*, se nezabýval jeho možnou převoditelností.

Právní úprava občanského zákoníku z roku 1964²⁹¹ nepovažovala obnovitelné části lidského těla, včetně buněk a tkání, za způsobilý předmět občanskoprávních vztahů.²⁹² Oproti tomu tzv. ABGB, tedy obecný zákoník občanský z roku 1811²⁹³, považoval dle § 285 za věc v právním smyslu vše, co slouží lidské potřebě a zároveň je odlišné od člověka. Tato formulace umožňovala, aby byly oddělené části lidského těla předmětem občanskoprávních vztahů.²⁹⁴ Komunistický občanský zákoník z roku 1964 byl tedy v tomto ohledu zpátečnickou úpravou. Nový občanský zákoník v ustanovení § 489 normuje, že věci v právním smyslu je: (1) cokoliv co je odlišné od osoby; a (2) co slouží k potřebě lidí.²⁹⁵ Kritéria jsou kumulativní a je tedy nezbytné je naplnit současně. První podmínka je totožná s pozicí anglického práva a zapovídá existenci vlastnického práva k tělu živého člověka. Respektuje tak právo člověka ke svému tělu jako zvláštního práva osobního charakteru.²⁹⁶ Úprava tak odráží filozofické přesvědčení, že existence člověka je jeho smyslem²⁹⁷ a zakazuje, aby bylo lidské tělo předmětem právních vztahů. Stejný závěr vyplývá také z povinnosti ústavně konformní interpretace soukromého práva, která je stanovena v § 2 odst. 1 NOZ.²⁹⁸ Živý člověk tedy nikdy nemůže být předmětem právních vztahů, pouze jejich subjektem.

Druhá zákonná podmínka vyžaduje, aby měl subjekt práva úmysl (*animus*) tuto věc ovládat a zároveň se musí jednat o předmět, který je člověkem ovladatelný.²⁹⁹ Úmysl člověka ovládat věc je objektivní kategorií

²⁹⁰ HARMON, LAURIE. op.cit. s. 481.

²⁹¹ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve posledním platném a účinném znění.

²⁹² MANN, op. cit. s. 745.

²⁹³ REPUBLIK OESTERREICH. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811.

²⁹⁴ MANN, op. cit. s. 746.

²⁹⁵ Občanský zákoník, op. cit. § 489.

²⁹⁶ HARMON, LAURIE. op.cit. s. 481.

²⁹⁷ srov. např. ROBINSON, Dan. *Kant's Critique of Pure Reason: Just What is Kant's „Project“?* [online]. Oxford: Oxford University Press, 2011 [cit. 14. 3. 2013]. In: iTunes U [vzdělávací počítačová databáze].

²⁹⁸ Občanský zákoník, op. cit. § 2 odst. 1.

²⁹⁹ Důvodová zpráva k návrhu občanského zákoníku, op. cit. s. 118.

a je obdobou podmínky vyslovené v případě *Yearworth and others v. North Bristol NHS Trust*. Anglický soud zde vyslovil názor, že způsobilost něčeho být předmětem vlastnického práva je odvozena od úmyslu člověka s předmětem nakládat a možností jej ovládat. Posuzuje se tedy objektivní možnost existence úmyslu věc ovládat a nakládat s ní, nikoli úmysl konkrétního člověka.

Obecný režim práv k lidskému tělu zakládá ustanovení § 493 NOZ³⁰⁰, které zní: „*Lidské tělo ani jeho části, třebaže byly odděleny, nejsou věcí.*” Stanovuje se tedy, že lidské tělo a jeho oddělené části jsou vyňaty z občanskoprávních vztahů (*res extra commercium*). Z obecného režimu existuje výjimka podle ustanovení § 112 NOZ³⁰¹, které kumulativně stanoví, že: (1) lidské vlasy nebo obdobné předměty; (2) které je možné odejmout bezbolestně bez znečitlivění; a (3) jestliže se přirozeně obnovují, jsou způsobilými předměty občanskoprávních vztahů a hledí se na ně jako na věci movité. Interpretace druhé a třetí podmínky je bezproblémová a jasně vytyčují svůj obsah. Problematický však je výklad první podmínky. Není jasné, vztahuje-li se pouze na vlasy, nehty a další podobné části lidského těla nebo je aplikovatelná i na oddělené buňky, tkáně a produkty lidského těla. Důvodová zpráva nenabízí v tomto ohledu žádnou pomoc, jelikož uvádí opět pouze vlasy.

Podle zákonodárce by se měla právní norma vztahovat na ty části lidského těla, které jsou „podobné” vlasům. Zákon ani důvodová zpráva však dále nenapovídají, v čem spatřuje zákonodárce podobnost. Nabízí se tak různé logiky, podle kterých posuzovat „podobnost” ostatních částí lidského těla. Vlasy se pravidelně stříhají a jinak udržují. Použití této vlastnosti vlasů by vedlo k závěru, že se bude právní norma vztahovat pouze na ty části lidského těla, které se stříhají a udržují. Do režimu § 112 NOZ³⁰² by tak patřilo pouze ochlupení lidského těla a nehty na ruku či na nohu. Vlasy se však také neustále obnovují. Aplikování této podobnosti by pak vedlo k závěru, že pod ustanovení § 112 NOZ³⁰³ spadají např. i kožní buňky, mužský a ženský reprodukční materiál (gamety) a tělesné tekutiny. Je tedy ponecháno na tom, kdo zákon interpretuje, aby vymezil jeho rozsah. Bude

³⁰⁰ Občanský zákoník, op. cit. § 493.

³⁰¹ Tamtéž, § 112.

³⁰² Tamtéž.

³⁰³ Tamtéž, § 112.

tedy zajímavé, zda-li soudy přihlédnou ke společenské poptávce a do režimu § 112 NOZ³⁰⁴ zahrnou i tkáň, buňku a produkty lidského těla jak to udělal anglický soud ve věci *Yearworth and others v. North Bristol NHS Trust* nebo budou zastávat konzervativní názor a výjimku vztáhnou opravdu pouze na vlasy, nehty, atp.

V souladu se zásadou jednoty právního řádu by mělo být ustanovení § 112 NOZ³⁰⁵ vykládáno ve světle ustanovení § 2 písm. b) transplantačního zákona.³⁰⁶ Do jeho režimu tak zahrnout i tkáň, buňky a další materiál, který by odpovídal společenské poptávce. Zároveň je nutné přihlédnout k účelu právního vztahu, ve kterém se bude vlastnické právo realizovat a respektovat zásadu zákazu finančního prospěchu podle ustanovení čl. 21 úmluvy o lidských právech a biomedicíně.³⁰⁷ Tato povinnost platí pro všechny zúčastněné subjekty, tj. účastníka, pořizovatele i další osoby účastnící se provozu genetických databází. Ustanovení § 3 odst. 1 NOZ³⁰⁸ stanoví, že občanský zákoník umožňuje se: „brát se o vlastní štěstí takovým způsobem, jenž nepůsobí bezdůvodně újmu jiným.“ Občanský zákoník tak stanovuje zásadu liberálního výkladu jeho ustanovení, za předpokladu, že takovým výkladem není působena újma třetím osobám. Domnívám se, že člověk by měl mít vlastnické právo ke tkáním, buňkám a produktům lidského těla za podmínek vyslovených v případě *Yearworth and others v. North Bristol NHS Trust*. Ustanovení českého práva je zde velmi podobné podmínkám stanoveným v anglickém rozhodnutí. Nic tedy nebrání tomu, aby i české soudy zaujaly obdobně liberální stanovisko.

Výše uvedený vývoj právní praxe ve vztahu k lidskému tělu ilustruje vědecký pokrok a společenskou potřebu. Stejně jako tomu je ve Velké Británii je i v České republice možné sledovat větší důraz na využívání živých lidských tkání a buněk k rozličným účelům. Ať už je to uskladnění reprodukčního materiálu, tj. mužských a ženských gamet, pro výzkumné či klinické účely nebo zařazení vzorků tkání do genetických databází, je vhodné, aby právo rozpoznávalo jejich společenskou hodnotu a umožňovalo s nimi disponovat. Vzhledem ke změně v českém právním řádu, kterou přináší

³⁰⁴ Občanský zákoník, op. cit. § 112.

³⁰⁵ Tamtéž.

³⁰⁶ Transplantační zákon, op. cit. § 2 písm. b).

³⁰⁷ Úmluva o lidských právech a biomedicíně, op. cit. čl. 21

³⁰⁸ Občanský zákoník, op. cit. § 3 odst. 1.

nový občanský zákoník, je potenciál společenský vývoj reflektovat i v rozhodovací praxi soudů.

V budoucnu se bude nutné vypořádat se dvěma otázkami. První je otázka převoditelnosti vlastnického práva k odděleným částem lidského těla. Druhá otázka se soustředí na vypořádání se s kvazivlastnickým režimem genetického materiálu založeného souhlasem s jeho užitím.

Vlastnické právo nemá vždy totožný obsah a zejména v anglickém právu se operuje s termíny „holé vlastnictví“³⁰⁹ a „plnokrevné vlastnictví“.^{310,311} Vlastnické právo tak může mít různý rozsah. Pro účely tkání, buněk a produktů lidského těla je rozhodující zejména jeho převoditelnost. Jinými slovy, že někdo má vlastnické právo ke svým buňkám automaticky neznamená, že je toto právo i převoditelné. Tomu může bránit např. argumentace dobrými mravy, veřejným pořádkem nebo i podmínkami existence vlastnického práva jako takového. Zákonem, v Anglii judikaturou, stanovené podmínky vzniku vlastnického práva nemusí nutně splnit také nabyvatel věci. Domnívám se, že v tomto ohledu by měl zákonodárce (soudce) postupovat liberálně a připustit dispozice s oddělenými částmi lidského těla podle § 112 NOZ³¹² za podmínky absence finančního prospěchu ve smyslu čl. 21 úmluvy o lidských právech a biomedicíně.³¹³ Dispozice pro vědecké a solidární účely by pak měla splňovat standard dobrých mravů i veřejného pořádku. Postup zákonodárce i soudů by tak odpovídal na rostoucí společenskou poptávku po dispozicích s tkáněmi, buňkami a produkty lidského těla.

Za současné právní úpravy lze hovořit o „kvazivlastnickém“ režimu pořizovatele genetické databáze s biologickým materiálem, který je v ní obsažen. Kvazivlastnický režim je pak založen na základě souhlasu poskytnutého účastníkem genetické databáze jejímu pořizovateli. Tento souhlas jej opravňuje k nakládání s biologickým materiálem účastníka v rozsahu jeho podmínek a veřejnoprávních předpisů. Jedná se zejména o § 81 zákona o zdravotních službách, který stanoví účel a podmínky nakládání s oddě-

³⁰⁹ z angl. „mere property“, překlad autora.

³¹⁰ z angl. „full-blooded ownership“, překlad autora.

³¹¹ HARRIS. op.cit. s. 63.

³¹² Občanský zákoník, op. cit. § 112.

³¹³ Úmluva o lidských právech a biomedicíně, op. cit. čl. 21

lenými částmi lidského těla.³¹⁴ Kvazivlastnický režim se tak podobá výše uvedenému „holému vlastnictví“ a právním charakterem se tak blíží relativnímu, nikoli absolutnímu, věcnému právu. Umožňuje ale pořizovateli databáze, aby tkáně, buňky a produkty lidského těla držel, nakládal s nimi, analyzoval je, případně je i sdílel s dalšími osobami, pokud ho k tomu souhlas účastníka nebo zákon opravňuje. Otázku kvazivlastnického režimu by pak vyřešilo vlastnické právo k biologickému materiálu a dispozice s ním. V takovém případě by absolutní majetkové právo pohltilo majetkové právo relativní, „kvazivlastnické“, a biologický materiál by se tak řídil přiměřeně ustanoveními občanského zákoníku o movitých věcech. Veřejnoprávní úprava by tak regulovala jiné aspekty oddělených částí lidského těla. Pokud by zákonodárce a soudy odmítli společenskou poptávku po existenci vlastnického práva ke tkáním, buňkám a produktům lidského těla, bylo by nezbytné vytvořit zvláštní právní úpravu. Ta by regulovala aspekty „kvazivlastnického“ režimu biologického materiálu pro výzkumné a jiné solidární účely. Panující právní nejistota zbytečně zatěžuje všechny osoby účastnící se výzkumu, zbytečně zvyšuje jejich transakční náklady a komplikuje samotný výzkum.

5. FORENZNÍ GENETICKÉ DATABÁZE

Lidská DNA není pouze předmětem vědeckých výzkumů, ale také velmi zajímavou položkou pro kriminalistiku. DNA je unikátní pro každého člověka a je obsažena ve většině lidských buněk v plném počtu (tj. všech 46 chromozomů), včetně kožních buněk a rozličných tělních tekutin. Pokaždé, když se člověk něčeho dotkne či něco poprská, zanechává za sebou stopu obsahující DNA. Klasickým příkladem je napítí se ze skleničky v baru, ze které je později sejmuto vzorek DNA, který může posloužit k identifikaci přítomné osoby.

K tomu však nestačí pouze vzorek DNA nalezený na místě činu, ale je nutné získat také vzorek DNA od konkrétního člověka a tyto dva vzorky pak porovnat, aby bylo možné skutečně zjistit, že se konkrétní osoba na místě nacházela. Nejprve je tedy nezbytné na základě jiných indicií zjistit, kdo mohl být na místě přítomen, odebrat jejich DNA vzorky a porovnat je se vzorky zajištěnými na místě činu. Jedná se tedy o poměrně složitý proces

³¹⁴ Zákon o zdravotních službách, op. cit. § 81.

s nejistým výsledkem. Aby policie nemusela pokaždé odebírat i vzorky DNA od podezřelých, vytváří státy forenzní genetické databáze (dále pro zjednodušení „forenzní databáze“). Ve forenzní databázi jsou zpravidla zahrnuty vzorky DNA a DNA profily velkého množství lidí. DNA profil je číselný identifikátor získaný analýzou DNA vzorku. Informace obsažené v DNA vzorku jsou převedeny pomocí konstantního algoritmu do elektronické podoby, který je spolu s dalšími údaji (jméno, příjmení, trvalý pobyt, atp.) uložen v databázi. Policisté pak porovnají DNA profil vytvořený na základě vzorku DNA, který zajistili na místě činu, proti databázi a zjišťují, zda-li někomu v databázi náleží či nikoli.

Čím objemnější je forenzní databáze, tím je vyšší pravděpodobnost, že v ní bude už obsažen DNA vzorek či profil, který se bude shodovat s tím nalezeným na místě činu. Ideálním stavem pro kriminalisty by pak byla databáze, ve které by byly obsaženy DNA vzorky a profily všech osob nacházejících se v určitém státě či ještě lépe, na celém světě. Taková představa však oprávněně vzbuzuje obavy o možném zneužití genetických informací obsažených ve forenzní databázi.³¹⁵ Otázkou forenzní databáze se už zabýval i Evropský soud pro lidská práva ve věci *S. a Marper proti Spojenému království*³¹⁶, kde vyslovil i podmínky za kterých je forenzní databáze v rozporu s čl. 8 odst. 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv.³¹⁷

V kapitole se pak zabývám nejprve Národní DNA databází v Anglii a Walesu založenou na základě Police and Criminal Evidence Act 1984³¹⁸ (dále jen „PACE 1984“). K této databázi se pojí dvě zásadní soudní rozhodnutí a to již uvedené rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci *S. a Marper proti Spojenému království* a *R. v. Commissioner of Police of the Metropolis*.³¹⁹ Obě rozhodnutí dále rozebírám. Ve druhé části této kapi-

³¹⁵ např. VANĚK, Daniel. Démonizace a demytizace databáze DNA Velkého bratra. *Vesmír* [online]. 2011, Roč. 90, č. 7, [cit. 28.2.2014].

³¹⁶ *S. a Marper proti Spojenému království*, op. cit.

³¹⁷ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit. čl. 8 odst. 1.

³¹⁸ UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Police and Criminal Evidence Act.

³¹⁹ Judgment of the Supreme Court as of 31 January 2011 (Lord Phillips of Worth Matravers PSC, Lord Judge CJ, as of 1 February 2011 (Lord Rodger of Earlsferry, Baroness Hale of Richmond) and as of 18 May 2011 (Lord Brown of Eaton-under-Heywood, Lord Kerr of Tonaghmore, Lord Dyson JJSC), Regina (GC) v. Commissioner of Police of the Metropolis (Liberty and other intervening) a Regina (C) v. Same (same intervening). Easter Term [2011] UKSC 21 On appeal from: [2010] ALL ER D 174.

toly se pak soustředím na právní rámec a situaci fungování Národní DNA databáze ČR a celou kapitolu zakončuji úvahami *de lege ferenda*.

5.1 PŘEHLED ANGLICKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY

Velká Británie měla první funkční forenzní databázi (pojmenovaná National DNA Database, dále jen „NDNAD”) na světě v roce 1995.³²⁰ Díky své úspěšnosti rostla NDNAD svižným tempem a v roce 2007 již čítala DNA vzorky a profily více než čtyř milionů osob³²¹ a ke konci roku 2012 to bylo již přes pět milionů osob.³²² Velký nárůst byl příčinou novelizace PACE 1984 z roku 2001, která umožnila v NDNAD ponechat DNA vzorky a profily i osob u kterých bylo obvinění či obžaloba vzata zpět.³²³ Tato novelizace také umožnila, aby DNA vzorky a profily osob, proti kterým nikdy nebylo vzneseno obvinění nebo byly zproštěny viny, byly ponechány v NDNAD.³²⁴ Vzorky i profily jsou systematicky kategorizovány, opatřeny čárovým kódem, obsahují další osobní údaje o jeho původci (jméno, příjmení, etnický původ, atp.) a další údaje o získání vzorku (laboratoř, metoda, atp.).³²⁵ Právě rozsahem, způsobem získávání, retence a odstraňování DNA vzorků a profilů z NDNAD se zabýval Evropský soud pro lidská práva v případě *S. a Marper proti Spojenému království*.

Případ se týkal dvou stížností k Evropskému soudu pro lidská práva ve Štrasburku (dále jen „ESLP”) od britských občanů z Sheffieldu. Pan S. byl zatčen v roce 2001 ve věku jedenácti let za pokus o loupež a pan Michael Marper byl zatčen též v roce 2001 za obtěžování jeho partnerky. Oběma stěžovatelům byly odebrány otisky prstů a vzorky DNA a byly dále uchovávány v rámci NDNAD v souladu s tehdy platným a účinným zněním PACE 1984.³²⁶ Stěžovatel S. byl později zproštěn obžaloby a stěžovatel Marper se smířil se svojí partnerkou a ta odvolala souhlas s trestním stí-

³²⁰ FOLDA, Jan. Databáze DNA. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. 2007, [cit. 26.2.2014].

³²¹ All UK ‘must be on DNA database’. *BBC News* [online]. 2007, [cit. 26.2.2014].

³²² National DNA Database Statistics, Q3 2013 to 2014. *UK HOME OFFICE*. [online]. 2014, [cit. 26.2.2014].

³²³ STEVENTON, Beverley. DNA Profile Retention and the Right to Respect for Private Life. *Coventry Law Journal* [online]. 2011, vol. 16. [cit. 27.2.2014], s. 55.

³²⁴ Tamtéž.

³²⁵ FOLDA, op. cit.

³²⁶ S. a Marper proti Spojenému království, op. cit.

háním.³²⁷ Oba stěžovatelé požadovali, aby byly jejich DNA vzorky i profily odstraněny z NDNAD. Jejich žaloby však byly zamítnuty postupně britským High Court, Court of Appeal a nakonec i House of Lords. Po vyčerpání vnitrostátních prostředků obrany se stěžovatelé obrátili na ESLP, aby přiznal porušení práva na soukromý a rodinný život podle čl. 8 odst. 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv ze strany Velké Británie.³²⁸ ESLP jednomyslně shledal porušení čl. 8 Úmluvy, které spatřoval v neproporcionální legislativě a časově a věcně neomezeném uchovávání otisků prstů a DNA vzorků a profilů.³²⁹ Svůj závěr založil ESLP na testu proporcionality ve třech krocích: (1) je zásah v souladu s právem?; (2) je zásah proveden za účelem dosažení legitimního cíle?; a (3) je zásah nezbytný v demokratické společnosti?³³⁰ Při dotazování, zda-li byl zásah v souladu s právem zdůraznil ESLP, že podle jeho dosavadní judikatury musí být zásah nejenom v souladu s domácím právem, ale také v souladu se zásadou vlády práva a tedy musí být přístupné a dostatečně přesné na to, aby byla vyloučena libovůle a míra diskrece orgánu byla jasně vymezena.³³¹ ESLP souhlasil s názorem Spojeného království, že sekce 64 PACE 1984 je dostatečným a předvídatelným zákonným podkladem pro sběr vzorků DNA.³³² Na druhou stranu se však ESLP ztotožnil s argumentací stěžovatelů, že sekce 64 PACE 1984 je příliš vágní a může vést k extenzivní interpretaci ohledně retence a užívání vzorků DNA. Zejména možnost užití DNA vzorků a profilů pro „účely související s prevencí a odhalováním trestné činnosti“³³³ ohodnotil soud jako nevhodnou a konstatoval, že v tomto kontextu je nutné mít přesně formulovaná pravidla pro trvání, uskladnění, ukládání, přístup třetích stran, zničení a další nakládání s DNA vzorky a DNA profily.³³⁴ Druhý krok, totiž zda-li je účel regulace legitimní, shrnul soud tak, že plně souhlasí se stanoviskem Spojeného království, že odhalování a prevence trestné činnosti skrze propojování potenciálních pachatelů s důkazním materiálem

³²⁷ Tamtéž.

³²⁸ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit.

³²⁹ S. a Marper proti Spojenému království, op. cit. § 77.

³³⁰ Tamtéž.

³³¹ Tamtéž. § 95.

³³² Tamtéž. § 97.

³³³ v originále: „*except for purposes related to the prevention or detection of crime*” In S. a Marper proti Spojenému království, op. cit. § 98. Překlad autora.

³³⁴ S. a Marper proti Spojenému království. § 99.

rozhodně je legitimním cílem.³³⁵ Třetí krok testu proporcionality hodnotí, zda-li je zásah do úmluvou chráněného zájmu nezbytný v demokratické společnosti. Soud zdůraznil, že stát musí poskytnout zvláště silnou ochranu osobním údajům a tím spíše i citlivým osobním údajům mezi které řadí i DNA a jež jsou součástí systému k vynucování trestního práva.³³⁶ Soud dále konstatoval, že je nezbytné, aby byl sběr i udržování vzorků a profilů databáze proporcionální k výše uvedenému účelu. Jako příklad bylo uvedeno doporučení Výboru ministrů Rady Evropy o užití DNA analýzy v rámci vynucování trestního práva³³⁷ a skotský přístup, kde jsou do forenzní databáze zahrnovány pouze vzorky a profily DNA od odsouzených osob a u neodsouzených osob pouze v případě, že se jednalo o obvinění či obžalobu ze sexuálních nebo násilných trestných činů a to pouze po tři roky s možností o dva roky prodloužit se souhlasem šerifa.³³⁸ Riziko stigmatizace, které s sebou nese uložení v databázi považoval soud za rozporné se zásadou presumpce neviny, přičemž zásah spatřoval v tom, že s nevinnými osobami je zacházeno stejným způsobem jako s odsouzenými osobami.³³⁹ ESLP na závěr konstatoval, že blanketní a ničím neomezená úprava sběru a ukládání otisků prstů, vzorků DNA a DNA profilů je nepřípustná, protože překračuje prostor pro uvážení zákonodárce podle čl. 8 odst. 2 EÚLP.³⁴⁰

Spojené království však na rozhodnutí ESLP ve věci *S. a Marper proti Spojenému království* nereagovalo dostatečně rychle (novelizace sekce 64 PACE 1984 trvala více než dva a půl roku)³⁴¹ a obdobný případ ve věci *R. v. Commissioner of Police of the Metropolis* se dostal k Nejvyššímu soudu Spojeného království.³⁴² První žalobce byl zatčen na základě podezření ze spáchání trestného činu napadení a druhý žalobce byl zatčen na základě podezření ze znásilnění, obtěžování a podvodu.³⁴³ Oběma žalobcům byly odebrány otisky prstů a vzorky DNA a následně byli oba propuštěni. Po svém propuštění požadovali oba žalobci po náčelníkovi Londýnské met-

³³⁵ Tamtéž. § 100.

³³⁶ Tamtéž. § 103.

³³⁷ Recommendation of the Committee of Ministers to the Member States No. R (92) 1 ze dne 10.2.1992. Council of Europe: Committee of Ministers [online]. 1992.

³³⁸ *S. a Marper proti Spojenému království*. § 107-110.

³³⁹ Tamtéž. § 122.

³⁴⁰ Tamtéž. § 103.

³⁴¹ STEVENTON, op. cit. s. 57.

³⁴² *R v. Commissioner of Police of the Metropolis*, op. cit.

³⁴³ Tamtéž.

ropolitní policie, aby nařídil odstranění jejich DNA vzorků a profilů z NDNAD. Náčelník však jejich žádost zamítnul s tím, že mu vnitřní předpis³⁴⁴ neumožňuje odstraňovat DNA vzorky a vymazávat DNA profily, ledaže by se jednalo o výjimečný případ. Lord Dyson v rozsudku uvedl, že již z povahy věci vyplývá, že „výjimečný případ“ se bude vztahovat zejména na situace, kdy se ukázalo, že odebrání vzorku DNA bylo nezákonné, což se však nestalo v tomto případě.³⁴⁵ Lord Dyson se dále zabývá kompatibilitou výše uvedeného ustanovení ACPO Guidelines se sekci 6 Human Rights Act 1998³⁴⁶, která stanoví, že osoba nadaná veřejnou mocí³⁴⁷ nesmí jednat způsobem, který zasahuje nebo může zasáhnout do práva člověka podle Evropské úmluvy o ochraně lidských práv.³⁴⁸ Vzhledem k tomu, že se tento případ rozhodoval po vyhlášení rozhodnutí ve věci *S. a Marper proti Spojenému království*³⁴⁹, přitakal Lord Dyson názoru EPLP a prohlásil, že sekce 64(1A) PACE 1984³⁵⁰, která umožňuje blanketní a ničím neomezenou retenci DNA vzorků i profilů je v rozporu s čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv.³⁵¹ Nicméně konstatuje, že v rámci odvolání není předmětem přezkumu sekce 64(1A) PACE 1984³⁵², ale ACPO Guidelines³⁵³ a dále upozorňuje, že je věcí zákonodárce, aby adoptoval místo nepřijatelných ustanovení PACE 1984 nové proporcionální řešení. Lord Dyson však dochází k závěru, že díky tomu, že ACPO Guidelines slouží k provedení ustanovení sekce 64(1A) PACE 1984³⁵⁴, která byla shledána rozpornou s čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv, se přenáší tato rozpornost i na prováděcí předpis a proto prohlašuje ACPO Guidelines za rozporné s čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv.³⁵⁵ Ostatní lordstva se ztotožnila se závěrem Lord Dysona a výsledkem bylo jednomyslné rozhodnutí.

³⁴⁴ Retention Guidelines for Nominal Records on the Police National Computer. *Association of Chief Police Officers Guidelines* [online]. 2006, [cit. 1.3.2014].

³⁴⁵ R v. Commissioner of Police of the Metropolis, op. cit.

³⁴⁶ UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Human Rights Act.

³⁴⁷ Pozn. autora: z anglického „public authority”, překlad autor.

³⁴⁸ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit.

³⁴⁹ S. a Marper proti Spojenému království, op. cit.

³⁵⁰ PACE 1984, op. cit. sekce 64(1A).

³⁵¹ R v. Commissioner of Police of the Metropolis, op. cit. § 19-22.

³⁵² PACE 1984, op. cit. sekce 64(1A).

³⁵³ ACPO Guidelines, op. cit.

³⁵⁴ PACE 1984, op. cit. sekce 64(1A).

³⁵⁵ R v. Commissioner of Police of the Metropolis, op. cit. § 52.

Soudy v obou případech přiznaly rozdílný charakter DNA vzorkům a profilům^{356,357}, přičemž konstatovaly, že v případě retence vzorků je zásah intenzivnější než v případě profilů.³⁵⁸ Tento názor je odůvodněn tím, že vzorky obsahují DNA člověka a tudíž i velké množství genetických a jiných zdravotních informací, informace o etnickém či rasovém původu člověka a mnoho dalších charakteristik. Soudy proto považovaly DNA vzorky za nejosobnější ze všech informací.³⁵⁹ Zároveň se soud vyslovil tak, že je vzorky nutné chránit již dnes i před budoucími užitími, které zatím neznáme a proto je nutné již dnes považovat neproporcionální retenci DNA vzorků za rozpornou s čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv.³⁶⁰ Oproti tomu nejsou profily DNA způsobilé takového zásahu, protože jsou pouze informačními deriváty DNA člověka.³⁶¹ Jelikož je možné zjistit jejich obsah pouze pomocí technologie a přímo neobsahují genetické ani jiné zdravotní informace člověka, není jejich dnešní či budoucí neoprávněné užití způsobilé stejně silného zásahu do osobní sféry člověka jako je tomu u DNA vzorků.³⁶² Soudy tak aprobovaly vhodnost různé úpravy pro DNA vzorky a profily DNA. DNA vzorky jsou způsobilé tvrdšího zásahu do osobní sféry člověka a nakládání s nimi by mělo podléhat restriktivnější regulaci. Naopak profily DNA nejsou tolik nebezpečné a proto může být proporcionalní legislativa mírnější než v případě DNA vzorků.

Reakcí na soudní rozhodnutí bylo přijetí novelizace PACE 1984 v podobě zákona Protection of Freedoms Act 2012³⁶³, který měl za následek vyřazení více než 1,7 milionu profilů DNA z databáze a zničení celkem 7 753 000 DNA vzorků.³⁶⁴ Protection of Freedoms Act 2012 nastolil režim, kdy veškeré vzorky DNA musí být zničeny do šesti měsíců od vytvoření profilu DNA a jeho zahrnutí do NDNAD. V případě, že člověk nebyl shledán vinným z trestného činu, jsou veškeré jeho záznamy v NDNAD vymazány. Pokud byl člověk shledán vinným se režim rozdvouje podle toho, zda-li se

³⁵⁶ S. a Marper proti Spojenému království, op. cit. § 69.

³⁵⁷ CAMPBELL, op. cit. s. 890.

³⁵⁸ S. a Marper proti Spojenému království, op. cit. § 72.

³⁵⁹ Tamtéž. § 70-77.

³⁶⁰ Tamtéž. § 71.

³⁶¹ CAMPBELL, op. cit. s. 890.

³⁶² Tamtéž. s. 890.

³⁶³ UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Protection of Freedoms Act.

³⁶⁴ The UK Police National DNA Database. *Genewatch UK*. [online]. 2013, [cit. 1.3.2014].

jednalo o mladistvého či nikoli. Jestliže se jednalo o mladistvého a ten byl odsouzen za jediný trestný čin, jsou jeho záznamy v NDNAD vymazány po stanovené době (3 roky s možností prodloužení o další dva roky). Pokud byl mladistvý odsouzen za více trestných činů, je jeho DNA profil uložen v databázi natrvalo. Pro dospělé pachatele platí, že jejich profil DNA je uložen v databázi natrvalo. Protection of Freedoms Act 2012 obsahuje řadu zvláštních ustanovení pro případy podezření z terorismu (DNA profil může být držen trvale) a seznam „kvalifikovaných trestných činů“, kde je možné držet profily nějakou dobu, i přestože byla osoba obvinění či obžaloby zproštěna.³⁶⁵

Britský zákonodárce vytvořil proporcionální řešení, které bere v úvahu relevantní faktory jako jsou věk člověka, zda-li byl odsouzen či zproštěn obžaloby, zda-li byl odsouzen pro jeden či více zločinů a závažnost trestného činu ze kterého byl obviněn či obžalován. Protection of Freedoms Bill 2012 vytváří robustní regulatorní rámec pro fungování NDNAD a soustředí se na tři významné kroky: (1) sběr vzorků DNA; (2) retence vzorků a profilů DNA; a (3) odstranění vzorků a profilů DNA z NDNAD. Tyto tři části právní úpravy ve Velké Británii budu v další podkapitole porovnávat s českou regulací Národní forenzní databáze.

Velká Británie má v současné době vhodnou a proporcionální legislativu, která reguluje celý proces „účasti“ člověka v NDNAD a reflektuje svůj účel - prevenci a odhalování trestné činnosti - za současného respektování zásad demokratického právního státu.

5.2 PŘEHLED ČESKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY

Česká republika disponuje vlastní forenzní genetickou databází od roku 2001, kdy poprvé spustila software CODIS (Combined DNA Indexing System).³⁶⁶ Software získala od americké FBI, která CODIS poskytuje státům po celém světě za účelem standardizace vlastností dat a potenciální budoucí propojenosti genetických databází.³⁶⁷ CODIS neumožňuje přístup třetích osob a obsahuje technickou prevenci zneužití dat.³⁶⁸ Současný právní rámec fungování forenzní databáze v České republice (dále jen „ND DNA“) se

³⁶⁵ Protection of Freedoms Bill. *Genewatch UK* [online]. 2013, [cit. 1.3.2014].

³⁶⁶ VANĚK, op. cit.

³⁶⁷ FOLDA, op. cit.

³⁶⁸ VANČO, Emil. *Policie ČR: Policie nezneužívá ND DNA* [online]. 2008, [cit. 1.3.2014].

omezuje na ustanovení § 114 trestního řádu³⁶⁹, ustanovení § 63 odst. 4 až 5 a § 65 zákona o Policii ČR³⁷⁰ a závazný pokyn policejního prezidenta č. 88 (dále jen „ZPPP“).³⁷¹ Na první pohled je patrný rozdíl mezi robustním legislativním rámcem ve Velké Británii a dvěma ustanoveními právních předpisů (§ 114 trestního řádu a § 63 odst. 4 a 5 zákona o Policii ČR), které se navíc omezují pouze na právo získat biologický materiál obsahující DNA a jedním interně závazným předpisem, který není publikován ani zveřejněn (ZPPP). V současné době v České republice neexistuje žádný právní předpis, který by definoval či vůbec používal pojem „Národní databáze DNA“.³⁷² ND DNA a její obsah je tak výlučně svěřen do interního policejního předpisu, o který je nutno individuálně žádat³⁷³ skrze zákon o svobodném přístupu k informacím.³⁷⁴

K otázce povahy předpisu se vyjádřil Evropský soud pro lidská práva v případě *Silver a další proti Spojenému království*.³⁷⁵ Jednalo o přípustnost kontroly a omezování poštovní komunikace mezi vězni a venkovním světem. Poštovní komunikaci zamezovala vězeňská služba Velké Británie u vězňů, kteří si stěžovali na nezákonné či jiné nevhodné chování ze strany vězeňské služby různým třetím stranám, např. novinářům či právníkům. Důvodem bylo, že stížnosti nebyly adresovány oprávněným osobám podle vězeňského řádu, obsahovaly nevhodný jazyk, nebyly adresovány schválenému příbuznému či příteli, atd.³⁷⁶ Stěžovatelé namítali zásah do práva na respektování soukromého a rodinného života podle čl. 8³⁷⁷ a práva na svobodu projevu podle čl. 10³⁷⁸ Evropské úmluvy o ochraně lidských práv.³⁷⁹ ESLP shledal, že do práv bylo vskutku zasaženo legislativou, která

³⁶⁹ Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád) ve znění pozdějších předpisů.

³⁷⁰ Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii ČR ve znění pozdějších předpisů.

³⁷¹ Závazný pokyn policejního prezidenta č. 88 ze dne 29.5.2002 ve znění změny provedené RPP č. 52/2004. *Pecina* [online]. [cit. 1.3.2014].

³⁷² VANĚK, op. cit.

³⁷³ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 10.1.2013, sp. zn. 10 A 251/2011. *Pecina* [online]. [cit. 1.3.2014].

³⁷⁴ Zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím ve znění pozdějších předpisů.

³⁷⁵ Judgment of the European Court of Human Rights as of 25 March 1983, *Silver and others v. United Kingdom*, complaint no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75. (dále citováno jako „*Silver a další proti Spojenému království*“)

³⁷⁶ *Silver a další proti Spojenému království*, op. cit. § 9-24.

³⁷⁷ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit. čl. 8.

³⁷⁸ Tamtéž. čl. 10.

³⁷⁹ *Silver a další proti Spojenému království*, op. cit. § 9.

nevyhovovala testu proporcionality. Význam tohoto případu tkví v tom, že se ESLP zabýval pojmem „zákon“, resp. „v souladu se zákonem“. Namítané zásahy do úmluvou chráněných práv byly totiž založeny na celé řadě právních nástrojů včetně interních instrukcí Vězeňské správy jejího Veličenstva.³⁸⁰ Interní instrukce přitom nebyly zveřejňovány, jelikož zavazovaly pouze osoby uvnitř hierarchie Vězeňské správy, ale měly i přímý dopad na vězně, kterým však jejich obsah nebyl znám. V tomto spatřuji paralelu mezi ZPPP a interními instrukcemi v případě *Silver a další proti Spojenému království*. ESLP vyložil, že aby byla splněna podmínka „v souladu se zákonem“³⁸¹ musí být naplněna následující kritéria: (1) zásah do práva musí být v souladu se zákonem³⁸²; (2) zákon (předpis) musí být dostatečně přístupný: „občan musí mít indikaci, že v jeho skutkovém případě existují aplikovatelná právní pravidla.“^{383,384}; a (3) norma nemůže být považována za „zákon“, ledaže je formulována dostatečně přesně, aby byl občan schopný přizpůsobit své chování: musí být schopný - v některých případech s vhodnou pomocí - za určitých okolností rozumně předvídat následky jeho chování.^{385,386} ESLP konstatoval, že podmínka č. 2 byla sice naplněna u zákona, který sledování pošty umožnil, ale rozhodně nebyla naplněna u interních instrukcí a pokynů, jelikož tyto nebyly zveřejněny a nejednalo se tudíž o právo ve smyslu „v souladu se zákonem“.³⁸⁷ Tímto ESLP stanovil, že aby byl naplněn kritérion „v souladu se zákonem“, musí dojít k řádné publikaci normy jako jedním ze základních předpokladů její závaznosti.

V případě nakládání s osobními informacemi či citlivými informacemi, do kterých se řadí i DNA vzorky a profily, je nutné šetřit právo na soukromý a rodinný život podle čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv

³⁸⁰ Tamtéž. § 25-56.

³⁸¹ v angličtině „in accordance with the law“ nebo „prescribed by law“

³⁸² *Silver a další proti Spojenému království*, op. cit. § 86.

³⁸³ z angl.: „the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate, in the circumstances, of the legal rules applicable to a given case“, překlad autor.

³⁸⁴ *Silver a další proti Spojenému království*, op. cit. § 87.

³⁸⁵ z angl.: „a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail“, překlad autor.

³⁸⁶ *Silver a další proti Spojenému království*, op. cit. § 88.

³⁸⁷ *Silver a další proti Spojenému království*, op. cit. § 87.

(dále jen „EÚLP“)³⁸⁸ a čl. 10 Listiny základních práv a svobod.³⁸⁹ Zásah ze strany státu do těchto práv musí být proveden na základě zákona a musí být nezbytný v demokratické společnosti.³⁹⁰ Jak uvedl ESLP v případě *Silver a další proti Spojenému království*, pokud norma není zveřejněná, nemůže se jednat o zákon ve smyslu čl. 8 odst. 2 EÚLP.³⁹¹ V České republice je fungování ND DNA upraveno právě interním a utajovaným předpisem. Takovou úpravu považují za rozpornou s čl. 8 odst. 2 EÚLP³⁹² a potažmo rozpornou s čl. 10 Listiny základních práv a svobod.³⁹³

Ustanovení § 114 odst. 1 a 2 trestního řádu³⁹⁴ obsahují povinnost každého, aby se podrobil prohlídce těla za účelem zjištění zda-li jsou na jeho těle stopy nebo následky trestného činu a dále je možné odebrat biologický materiál (v našem případě zejména vzorek DNA) ze účelem provedení důkazu.³⁹⁵ Ustanovení § 114 odst. 2 trestního řádu stanovuje, že odběr biologického materiálu je možné provést i bez souhlasu podezřelého nebo obviněného. Toto ustanovení se tedy redukuje na stanovení obecné povinnosti strpět prohlídku či odběr biologického materiálu a stanovení konkrétní povinnosti pro podezřelý nebo obviněný strpět takový odběr i bez jejich souhlasu. Ustanovení však žádným způsobem nevytváří rámec pro vkládání odebraných vzorků do ND DNA či vytváření DNA profilů na jejich základě.

Zákon o Policii ČR v § 63 odst. 4 stanoví, že v případě, kdy není možné zjistit totožnost předvedené osoby na základě poskytnutých údajů, může policista *inter alia* odebrat osobě biologické vzorky, které umožňují získání informací o jejím genetickém vybavení. Toto ustanovení se vztahuje na každého, kdo odmítne či nedostatečně prokáže svoji totožnost, nikoli pouze na osoby podezřelé či obviněné z trestného činu. Ustanovení § 65 odst. 1 zákona o Policii ČR umožňuje získání informací o genetickém vybavení osob, které jsou obviněny ze spáchání úmyslného trestného činu nebo osob, kterým bylo sděleno podezření z úmyslného trestného činu, osob ve výkonu

³⁸⁸ S. a Marper proti Spojenému království, op. cit. § 77.

³⁸⁹ Listina základních práv a svobod, op. cit. čl. 10.

³⁹⁰ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit. čl. 8 odst. 2.

³⁹¹ Tamtéž.

³⁹² Tamtéž.

³⁹³ Listina základních práv a svobod, op. cit. čl. 10.

³⁹⁴ Trestní řád, op. cit. § 114 odst. 1 a 2.

³⁹⁵ VANTUCH, Pavel. Národní databáze DNA a odběr biologického materiálu obviněným. *iPravnik* [online]. 2004, [cit. 1.3.2014].

trestu odnětí svobody za spáchání úmyslného trestného činu, osob, kterým bylo uloženo ochranné léčení nebo zabezpečovací detence a osob, po kterých bylo vyhlášeno pátrání a byly nalezeny a osob jejichž svéprávnost byla omezena. Tato ustanovení tedy stanoví pouze okruh osob od kterých je možné získat biologický materiál (vzorky DNA) a oprávnění policistů biologický materiál odebrat i za cenu překonání odporu, ledaže by byl takový úkon spojený se zásahem do tělesné integrity člověka.³⁹⁶ Ustanovení však nelze považovat za právní základ ND DNA. Neobsahují žádné ustanovení o retenci vzorků DNA, vytváření DNA profilů, podmínky zahrnutí do ND DNA či případné podmínky pro odstranění vzorků či profilů z ND DNA jako je tomu v Británii podle Protection of Freedoms Act 2012.

Vzhledem k absenci jakékoli zmínky či úpravy týkající se ND DNA v jiných zákonech či podzákonných právních předpisech, nezbyvá než označit za právní základ ND DNA výše uvedený ZPPP č. 88 k naplňování, provozování a využívání ND DNA.³⁹⁷ Jedná se však o vnitřní pokyn, který tak je znám pouze Ministerstvu vnitra, státním zastupitelstvím, soudům, Vězeňské službě, BIS a Úřadu na ochranu osobních údajů.³⁹⁸ Z vnitřní povahy pokynu plyne, že není znám širší veřejnosti, včetně podezřelých, obviněných, obžalovaných, odsouzených a také osob ve výkonu trestu. Nabízí se tak určitá paralela s Kafkovým románem Proces, kde hlavní postava románu také nemá informace o důkazech a jejich právním režimu i přesto, že je na jejich základě s ní veden proces. Podle čl. 2 písm. d) se ND DNA rozumí: „*policejní expertizní informační systém nakládající s osobními údaji s veškerým příslušenstvím nezbytným k provozování databáze profilů DNA.*“³⁹⁹ Z definice je patrné, že se vztahuje pouze na dematerializované genetické a další informace a do jejího rozsahu nespadá regulace vzorků DNA. Definici však dále nerespektuje ustanovení čl. 3 odst. 1 ZPPP, které konstatuje, že kromě profilů DNA je součástí ND DNA také veškeré příslušenství nezbytné k jejímu provozu a uložené stopy z míst trestných činů.⁴⁰⁰ Naopak čl. 3 odst. 2 ZPPP stanoví, že odebrané srovnávací vzorky DNA se nestanou součástí ND

³⁹⁶ Zákon o Policii ČR, op. cit. § 65 odst. 2.

³⁹⁷ VANTUCH, op. cit.

³⁹⁸ Tamtéž.

³⁹⁹ Závazný pokyn policejního prezidenta č. 88, op. cit. čl. 2 písm. d).

⁴⁰⁰ Závazný pokyn policejního prezidenta č. 88, op. cit. čl. 3 odst. 1.

DNA.⁴⁰¹ Spatřuji zde určitý nesoulad s účelem databáze a úpravou. I přes nevhodnou formu, kterou je právní základ ND DNA upraven, nabízí alespoň nějaké pojistky proti jejímu zneužívání. Při vyjmutí vzorků DNA z jejího režimu dochází také k vynětí nejcitlivějších osobních údajů⁴⁰² z dosahu regulace ZPPP. V tomto rozsahu odkazuje čl. 4 ZPPP na hlavu XV závazného pokynu policejního prezidenta č. 100/2001 ke kriminalistickotechnické činnosti Policie ČR. Ten je také interním dokumentem Policie ČR a nebylo jej možné nikde dohledat a Policie ČR mi jej odmítla poskytnout. V rozhodnutí Policie ČR, Kriminalistického ústavu Praha ze dne 16.6.2011 sp. zn. KUP-5504-2/ČJ-2011-009-KKR je patrné, že Policie ČR odmítá poskytnout tento pokyn komukoliv mimo vnitřní strukturu Policie ČR s odůvodněním, že se jedná o interní předpis a s ohledem na možné ohrožení odhalování a vyšetřování trestné činnosti jej odmítla vydat s odkazem na § 11 odst. 1 písm. a) zákona o svobodném přístupu k informacím.^{403,404} Ještě zmatečnější se jeví ustanovení čl. 6 odst. 3 ZPPP, které stanoví, že ředitel Kriminalistického ústavu Praha vydá Provozní řád ND DNA, ve kterém se stanoví *inter alia* popis evidence laboratorních vzorků. Z této úpravy tedy není vůbec jasné zda-li se vzorky DNA pohybují vně či uvnitř režimu ND DNA. K závěru, že DNA vzorky jsou skutečně vyňaty z režimu ND DNA dospěl také Thiebudeau, který vytvořil srovnávací studii národních forezních databází ve více než padesáti státech, kde jsou forezní databáze zřízeny.⁴⁰⁵ Thiebudeau, který měl k vypracování studie k dispozici interní pokyny Policie ČR, se omezuje na konstatování, že vzorky DNA následují osud DNA profilu.⁴⁰⁶ Dochází tak k situaci, kdy osud citlivějších dat, tj. DNA vzorků,⁴⁰⁷ je vázán na osud méně citlivých dat, tj. DNA profilů. ND DNA pak obsahuje profily DNA získané na místech prozatím neobjasněných trestných činů či mimořádných událostí.^{408,409} Dále obsahuje ND DNA profi-

⁴⁰¹ Tamtéž. čl. 3 odst. 2.

⁴⁰² S. a Marper proti Spojenému království, op. cit. § 70-77.

⁴⁰³ Zákon o svobodném přístupu k informacím, op. cit. § 11 odst. 1 písm. a).

⁴⁰⁴ Rozhodnutí Policie ČR, Kriminalistického ústavu Praha ze dne 16.6.2011 sp. zn. KUP-5504-2/ČJ-2011-009-KKR. *Pecina* [online]. [cit. 1.3.2014].

⁴⁰⁵ THIEBEDEAU, Andrew D. National Forensic Databases. *Council for Responsible Genetics*: [online]. 2011, [cit. 1.3.2014]. s. 64.

⁴⁰⁶ Tamtéž.

⁴⁰⁷ S. a Marper proti Spojenému království, op. cit. § 70-77.

⁴⁰⁸ ZPPP, op. cit. čl. 3 odst. 1 písm. a).

⁴⁰⁹ VANTUCH, op. cit.

ly osob, které se v současné době nachází ve výkonu trestu odnětí svobody nebo jej ještě nenastoupily, trestných činů, které jsou podle čl. 1 odst. 2 ZPPP stanoveny opět jiným interním aktem.⁴¹⁰ Vantuch uvádí, že se do této kategorie řadí trestné činy proti životu a zdraví, svobodě a lidské důstojnosti a proti lidskosti a trestné činy páchané ve prospěch zločinného spolčení a: „další trestné činy uvedené v čl. 1 odst. 2 pokynu“.⁴¹¹ Nakonec jsou v ND DNA uloženy profily osob podle § 65 odst. 1 zákona o Policii ČR⁴¹², mrtvol, kosterních nálezů a částí lidských těl, které nebyly identifikovány.⁴¹³ Ustanovení čl. 8 ZPPP pak stanoví, že profily obviněných a odsouzených osob jsou uchovávány v ND DNA až do 80 let jejich věku a pokud osoba zemře dříve, tak je profil DNA a další osobní údaje uchovávány ještě po dalších 20 let.⁴¹⁴ K zahrnutí člověka do databáze tedy postačí obvinění z trestného činu, a když dojde k jeho zproštění, může být jeho vzorek DNA i DNA profil uchováván v databázi až do 80 let jeho věku, případně i déle, pokud zemře po svých šedesátých narozeninách. Vázat osud citlivějších DNA vzorků na méně citlivé profily DNA je nevhodné a neproporcionální řešení. Jedná se o obrácenou logiku proti té, kterou vyslovil ESLP ve věci *S. a Marper proti Spojenému království*.⁴¹⁵ DNA vzorky a profily by měly mít podle ESLP svůj vlastní režim, přičemž DNA vzorky by měly být podrobeny tvrdšímu režimu než profily DNA. Samotné provázání je tedy v rozporu s právním názorem ESLP. Navíc je upraveno naopak, než jak by bylo vhodné, aby bylo šetřeno právo podle čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv⁴¹⁶, čl. 10 Listiny základních práv a svobod⁴¹⁷ a v souladu se zásadou *in dubio pro mitius*.

Ustanovení čl. 10 ZPPP pak stanovuje, že ND DNA je forenzní databáze vedená a spravovaná Policií ČR, tj. ozbrojeným sborem, a je dozorována skrze Úřad na ochranu osobních údajů.⁴¹⁸ Úřad na ochranu osobních údajů tak má zachované pouze možnosti, které mu ukládá zákon o ochraně

⁴¹⁰ ZPPP, op. cit. čl. 3 odst. 1 písm. b).

⁴¹¹ VANTUCH, op. cit.

⁴¹² pozn. autora: § 65 zákona o Policii ČR, op. cit. nahradil dřívější § 42e starého zákona č. 283/1991 Sb., o Policii ČR ze dne 21.6.1991.

⁴¹³ ZPPP, op. cit. čl. 3 odst. 1 písm. c).

⁴¹⁴ Tamtéž. čl. 8 odst. 1.

⁴¹⁵ *S. a Marper proti Spojenému království*, op. cit. § 70-77.

⁴¹⁶ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit. čl. 8.

⁴¹⁷ Listina základních práv a svobod, op. cit. čl. 10.

⁴¹⁸ ZPPP, op. cit. čl. 10.

osobních údajů, tj. zejména uložení opatření k nápravě a ukládání pokut za přestupky či jiné správní delikty.⁴¹⁹ Úřad na ochranu osobních údajů tak nemá vůči Policii ČR žádné jiné donucovací prostředky, což činí z dozoru spíše formalitu než skutečný aktivní dozor. Tomuto závěru naznačují také zprávy, že Policie ČR ignoruje rozhodnutí a opatření Úřadu na ochranu osobních údajů⁴²⁰ a i přesto, že Úřad nařídil zničení profilů, které byly odebrány např. pro trestné činy daňových podvodů, neplacení výživného, pomluky, atp., údajně nebyly tyto profily nikdy z ND DNA odstraněny.⁴²¹ Navíc podotýkám, že díky vynětí DNA vzorků z režimu ND DNA jsou vyňaty také z dozoru Úřadu na ochranu osobních údajů podle čl. 10 ZPPP.⁴²² Databáze vzorků DNA je i přes svoji jednoznačnou propojenost s ND DNA mimo dozor veřejnoprávních orgánů.

Na závěr nezbyvá než konstatovat, že právní rámec fungování ND DNA je nedostatečný, nevhodný a rozporný s judikaturou Evropského soudu pro lidská práva, zejména s právním názorem vysloveným v případě *S. a Marper proti Spojenému království* a *Silver a další proti Spojenému království*. Provoz ND DNA tak stojí mimo zákon a její fungování je v rozporu s čl. 8 odst. 2 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv⁴²³ a potažmo také v rozporu s čl. 10 Listiny základních práv a svobod.⁴²⁴ Problematické jsou zejména: (1) legislativně-technický způsob úpravy; (2) nedostatečná úprava nakládání se vzorky DNA; a (3) neproporcionální úprava retence DNA profilů. Současná právní úprava vytváří podstatnou asymetrii mezi těmi, kdo jsou v ní zahrnuti (obvinění, obžalování, odsouzení z trestného činu, atp.) a orgány činnými v trestním řízení. Informace by naopak měly být dostupné oběma stranám, aby se k nim mohly vyjadřovat a případně je i zpochybňovat. Vzhledem k tomu, že fungování ND DNA včetně podmínek účasti je utajované, není možné ověřit, jak Policie ČR s genetickými informacemi opravdu nakládá. Druhým problémem utajování regulace ND DNA je zmatečná úprava nakládání se vzorky DNA. Ty jsou vyňaty z režimu regulace ND DNA a jiný tajný vnitřní pokyn by měl upravovat, jak je s nimi

⁴¹⁹ ZoOÚ, op. cit. § 40 a násl.

⁴²⁰ Policie ČR opakovaně ignoruje stanovisko ÚOOÚ k nelegálnímu vedení databáze DNA. *Big Brother Awards* [online]. 2013, [cit. 1.3.2014].

⁴²¹ VANĚK, op. cit.

⁴²² ZPPP, op. cit. čl. 10.

⁴²³ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit. čl. 8 odst. 2.

⁴²⁴ Listina základních práv a svobod, op. cit. čl. 10.

nakládáno. Thiebedeau navíc upozorňuje, že v Česku následuje DNA vzorek osud profilu DNA. To znamená, že vzorky jsou obecně drženy až do osmdesáti let věku osob, které byli zahrnuti do ND DNA. Česká úprava ND DNA stojí mimo rámec vytyčený ESLP v rozsudku ve věci *S. a Marper proti Spojenému království*, který stanovil, že DNA vzorky jsou tím nejosobnějším údajem, který máme a je nutné je chránit více než DNA profily, které nenesou konkrétní genetické informace.⁴²⁵ Nakonec považuji současnou úpravu za neproporcionální, jelikož stanovuje stejný režim uchovávání DNA profilů pro všechny osoby stejně. Oproti tomu nová úprava anglické NDNAD stanovuje různé délky retence DNA profilů podle toho, jakého je pachatel věku, zda-li se jedná o recidivistu, jaká je společenská závažnost trestného činu ze kterého byl obviněn či z jehož spáchání byl usvědčen, atd. Jak dále rozvádím v úvahách *de lege ferenda*, měli bychom si vzít příklad z anglického zákonodárce. Ten totiž přehodnotil starou úpravu a vytvořil nové proporcionální řešení. Domnívám se, že je nezbytné, aby alespoň tyto nejkřiklavější problémy současné situace byly vyřešeny, aby bylo fungování ND DNA v souladu s názorem ESLP.

5.3 ÚVAHY DE LEGE FERENDA

Úvahy na téma *de lege ferenda* v České republice se inspirovaly zejména současnou anglickou právní úpravou a názory, které vyslovil ESLP v případě *S. a Marper proti Spojenému království*. Aby byla česká právní úprava v souladu s tímto rozhodnutím, považuji za nezbytné provést tři základní kroky: (1) vytvořit standardní legislativní rámec ND DNA; (2) legislativa musí být proporcionální a respektovat požadavky čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv; a (3) ND DNA musí být podrobena veřejné kontrole a správnímu dozoru.

První požadavek vyžaduje, aby byl vytvořen zákonný podklad pro fungování ND DNA. ND DNA je důležitým prvkem moderní kriminalistiky a významně napomáhá odhalování a vyšetřování trestné činnosti. Trestní právo je ovládáno zásadou *ultima ratio* a jeho fungování by tak mělo být srozumitelné co největšímu množství lidí. Je nezbytné, aby se v demokratickém státě mohl člověk, který je obviněn či obžalovaný z trestného činu, co nejúčinněji bránit. Zřízení a provoz ND DNA je však dnes založeno na in-

⁴²⁵ S. a Marper proti Spojenému království, op. cit. § 72-76.

terním pokynu, který zavazuje pouze její členy a není publikován. I přes tento nedostatek je možné na základě důkazů provedených pomocí ND DNA obvinít, obžalovat a případně i odsoudit člověka za spáchání trestného činu. Ani po odsouzení se neví, co se děje se vzorky DNA. Policie ČR prohlašuje, že vzorky likviduje po vytvoření DNA profilů⁴²⁶, ale Thiebedeau opačně tvrdí, že DNA vzorky následují osud DNA profilů.⁴²⁷ Věřejnost ani ti, kterých se to týká nemají způsob, jak zjistit co se děje s jejich vzorky DNA. Situace, kdy nejsou pravidla pro forenzní genetické databáze v demokratickém právním státě upravena zákonem, ale nepublikovaným, neveřejným a utajovaným interním pokynem ozbrojeného sboru je krajně nevhodná.

Aby byl respektován požadavek čl. 8 odst. 2 EÚLP a právní názor ESLP, je nezbytné, aby byla úprava ND DNA (všechny tři kroky) obsažena ve formě zákona, nikoli pomocí zákonného zmocnění a vydání podzákoných právních předpisů (i to by však znamenalo pokrok, jelikož by regulace byla veřejná). Je tedy nezbytné odmítnout Kožinův názor, kde navrhuje řešení skrze prováděcí předpisy a odůvodňuje jej rychlým technickým pokrokem v oblasti forenzní genetiky. Zprvce toto odůvodnění nepovažují za dostatečné, jelikož právní jistota a stabilita trestního práva nemůže padnout za oběť „rychlému technickému pokroku“, zadruhé je hlavním rozdílem mezi zákonem a podzákoným právním předpisem demokratičnost jeho tvorby a zatřetí, pokud je možné fungování forenzní databáze upravit v jiných státech na základě zákona, není důvod, proč by tomu stejně nemohlo být i v České republice.

Druhý požadavek se na rozdíl od prvního požadavku soustředí na obsah příslušné regulace. Legislativa musí vytvořit proporcionální řešení, které respektuje právo na soukromý a rodinný život podle čl. 8 odst. 2 EÚLP. V rozsahu úpravy by bylo vhodné se inspirovat britskou úpravou. Primárně musí regulace rozlišovat mezi DNA vzorky, které by měly podléhat přísnějšímu režimu a DNA profily, u kterých je možné zvolit benevolentnější režim retence. Regulace by měla být inkluzivní a vztahovat se na DNA vzorky i profily DNA, nikoli vylučovat DNA vzorky z regulace, jak je tomu dnes. Člověk, jehož DNA vzorek bude odebrán a vložen do ND DNA by měl být

⁴²⁶ Jak je možné zneužít DNA k diskriminaci lidí?. *Český rozhled*: [online]. 2013, cit. [1.3.2014].

⁴²⁷ THIEBEDEAU, op. cit. s. 64.

o tom notifikován a měl by také vědět, co se bude dít s jeho DNA vzorkem i profilem DNA. Notifikace je důležitým prvkem regulace, jelikož ne vždy musí být DNA vzorek odebrán přímo jemu, ale může být získán pomocí institutu odnětí věci podle § 79 trestního řádu⁴²⁸ a tedy i bez jeho vědomí. Tato povinnost by samozřejmě dopadala jenom na případy, kdy provozovatel ND DNA ví, komu vzorek náleží. Při úpravě retence DNA vzorků a profilů by měl zákonodárce vzít v potaz společenskou nebezpečnost jednotlivých skupin trestných činů a tu reflektovat v délce, po jakou jsou vzorky i profily uchovávány. DNA vzorky by měly podléhat výrazně přísnějšímu režimu a obecně by měly být použity pouze k vytvoření profilu DNA a poté by měly být v přiměřené době zničeny. Zákonodárce může vzít v úvahu i další faktory, jako jsou např. věk, recidiva, úmyslné či nedbalostní spáchání trestného činu, atp. a tyto faktory promítnout i do způsobu a lhůt uchovávání DNA vzorků i profilů DNA.

Třetí požadavek vychází z potřeby kontrolovat činnost ozbrojených sborů státu nejen v rámci jejich struktury, ale také zvenku. Kontrola a dozor jsou nezbytnými předpoklady zamezení vzniku „policejního státu“. Specifická a rozsáhlá ND DNA by měla být kontrolována vlastním nezávislým kontrolním panelem, který bude mít rozsáhlé pravomoci v nařizování a vykonávání nápravných opatření. Rovněž by měl tento panel přispívat k transparentnosti fungování ND DNA tím, že by zveřejňoval zprávy o činnosti ND DNA každého čtvrt až půl roku a výroční zprávu, kterou by projednávala a schvalovala Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR. Fungování tohoto panelu by pak mohlo být doplněno o dnešní vnější dohled skrze Úřad na ochranu osobních údajů. Dva režimy dohledu by se pak vhodně doplňovaly a zajišťovaly by transparentní provoz ND DNA. Uvědomuji si, že institucionální situace v České republice je odlišná od vnímání a respektu k institucím, které fungují ve vyspělých západních demokraciích. Nezávislá kontrola a dozor by tak, např. kvůli své nečinnosti, nemusely vyřešit případné nevhodné využívání ND DNA.

Druhou možností by bylo zřídit zvláštní veřejnoprávní instituci, která by provozovala ND DNA a informace by z ní poskytovala ostatním orgánům veřejné moci pouze za stanovených podmínek. Pokud by tedy např. Policie ČR potřebovala zjistit, zda-li nepatří nalezený vzorek DNA osobě zahrnuté

⁴²⁸ Trestní řád, op. cit. § 79.

v databázi, musela by osvědčit právní zájem na zjištění této informace (např. z důvodu trestního stíhání příslušné osoby). Požádaná instituce by pak zvážila oprávněnost požadavku a případně by požadované informace poskytla pouze v požadovaném rozsahu. Institucionální napětí mezi provozovatelem ND DNA a ostatními orgány veřejné moci, které by o informace žádaly by minimalizovalo riziko zneužití databáze. Pokud by byl tento systém doplněn o pravidelné zveřejňování informací provozovatele ND DNA, jednalo by se o nejdemokratičtější způsob provozování forenzní databáze.

Abych shrnul moje úvahy *de lege ferenda*, v první řadě je nezbytné uvést právní úpravu ND DNA do souladu s názorem vysloveným ESLP v případě *S. a Marper proti Spojenému království*. K tomu může dobře posloužit inspirace britským legislativním i institucionálním přístupem. Nový legislativní a institucionální rámec by pak vedl k posílení transparentnosti, dozoru a kontroly nad provozem ND DNA a česká úprava by tak byla v souladu s čl. 8 EÚLP.⁴²⁹

6. ZÁVĚR

Článek měl za cíl nastínit vybrané právní aspekty genetických informací v souvislosti s pořizováním a užíváním genetických databází. Jak je patrné, jedná se o širokou tematiku, jež se dotýká celé řady právních oborů. Etický rozměr otázek souvisejících s genetickými informacemi přináší výzvy pro zažité právní instituty, které původně vycházely z odlišných filozofických koncepcí. Právo by mělo prokázat ochotu a schopnost se přizpůsobit a regulovat organicky se vyvíjející technologie a jejich uplatnění ve společnosti.

Řešení právního vakua či nutnosti aplikovat nevhodnou legislativu je dvojí. Buď by se měl zákonodárce vydat směrem zobecnění současných relativně kazuistických pravidel nebo naopak zavést legislativní vymezení pojmu „genetická databáze“ a vytvořit zvláštní regulaci. Druhým směrem se vydal zákonodárce např. ve Švédsku či v Estonsku. Minimální standard regulace by měl zahrnovat zejména zvláštní úpravu informovaného souhlasu, nejlepší praxe, a příp. i stanovit režim poskytování práva na zpětnou vazbu. Nezbytné by bylo zejména akceptování nových modelů (infor-

⁴²⁹ Evropská úmluva o ochraně lidských práv, op. cit. čl. 8.

movaného) souhlasu, které by spolu s připravovaným nařízením o ochraně osobních údajů podstatně usnadnily výzkum pomocí genetických databází.

V oblasti vlastnického práva k biologickému materiálu je s příchodem nového občanského zákoníku situace optimističtější. Adaptace nové právní úpravy na společenský vývoj však bude záležet na tom, zda-li budou soudy ochotny opustit stará paradigmatata a přiznat vlastnické právo k odděleným částem lidského těla. Soudy by také do budoucna měly vyložit, co znamená, že se na oddělené části lidského těla „hledí jako na věc movitou“. Zásadní bude zejména otázka převoditelnosti vlastnického práva k těmto předmětům. Regulace alespoň základních právních aspektů genetických databází by vedla ke snížení právní nejistoty a tedy i transakčních nákladů zainteresovaných osob. Rovněž by zvýšila atraktivitu České republiky jako destinace pro genetický výzkum a přispěla by tím k posunu ke znalostní ekonomice.

Nejhorší je situace ohledně národní forenzní databáze - ND DNA - která i přes několik let staré rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva funguje mimo legislativní rámec a bez účinného dozoru a kontroly. Právní vakuum ve kterém existuje forenzní databáze v České republice je rozporné se základními principy demokratického právního státu.

S genetickými informacemi a databázemi souvisí také celá řada dalších právních otázek a problémů. Velký dopad bude mít zejména používání genetických informací ze strany pojišťoven a zaměstnavatelů. Řada států si tento problém uvědomuje a řeší jej pomocí moratorií uzavřenými s pojišťovnami nebo cílenou legislativou. Na evropské úrovni však neexistuje právní norma, která by jejich používání upravovala. Vhodné by bylo užívání genetických informací omezit, nikoli však zcela vyloučit. Pokud by jejich použití bylo vyloučeno, mohli by toho prospektivní pojištěnci využívat a získávat výrazně vyšší pojistné krytí, než by byli schopni získat za využití genetických informací pojišťovnou. Obdobný problém panuje i v zaměstnávání ve veřejném i soukromém sektoru. Opět se jedná o otázku, zda-li není vyžadování genetických informací diskriminací. V Německu byl přijat zákon, který využívání genetických informací ze strany zaměstnavatele zakazuje, ledaže zjištění genetických informací je nutné pro řádné zhodno-

cení zdravotních rizik zaměstnání.⁴³⁰ Vzhledem k tomu, že se tato otázka dotýká většiny členů společnosti, mělo by dojít k jejímu brzkému vyřešení evropským či českým zákonodárcem.

O krok dál proti uvedenému „doplňování“ legislativy je proaktivní činnost státu, který dává k dispozici informace jimiž disponuje nebo je dokonce za tímto účelem vytváří. Tak dochází k přijetí genetické informace jako informace veřejného sektoru. Na obdobném principu funguje ve Velké Británii veřejnoprávní UK Biobank, která agreguje genetické a další lékařské informace a dává je k dispozici různým výzkumným záměrům. Ve své vizi se prezentuje jako veřejně přístupný zdroj pro vědce za účelem zlepšení zdraví pro budoucí generace. Vytvoření podobné veřejnoprávní platformy v České republice by podpořilo rozvoj genetického, lékařského i dalšího biologického výzkumu.

7. LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE

7.1 ODBORNÁ LITERATURA A KNIŽNÍ ZDROJE

[1] BLACK, Julia. Regulation as Facilitation - Negotiating the Genetic Revolution. *The Modern Law Review*, vol. 61(5). London: Blackwell Publishing. 1998. s. 621-660. ISSN: 0026-7961.

[2] BROWNSWORD, Roger. Regulating Human Genetics: New Dilemmas for a New Millennium. *Medical Law Review*, vol. 12, spring edition. London: Oxford University Press. 2004. s. 14-39. ISSN: 0967-0742.

[3] CAMPBELL, Liz. A rights-based analysis of DNA retention: „non-conviction” databases and the liberal state. *Criminal Law Review* [online]. 2010, vol. 12. [cit. 11.11.2013], Dostupný z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1695003. s. 889-960. ISSN: 0011-135X.

[4] COX WHITE, Becky, ZIMBELMAN, Joel. Abandoning Informed Consent: An Idea Whose Time Has Not Yet Come. *Journal of Medicine and Philosophy*. 1998, Vol. 23 (5). Oxford: Oxford University Press. s. 477-499. ISSN 0360-5310.

[5] CRANOR, Carl. F. *The Journal of Medicine and Philosophy: Toward Understanding Aspects of the Precautionary Principle*. 2004. Oxford: Oxford University Press. Vol. 29 (3). s. 259-279. ISSN 0360-5310.

[6] DOLEŽAL, Adam. Postoupení pohledávky a lékařské tajemství. *Právní rozhledy*. 2012, č. 12 In: Beck-online [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 18.3.2014]. Dostupný z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?type=html&documentId=nrptembrgjpax4s7gezf643uojptimzx&groupIndex=0&rowIndex=0&conversationId=1697510>. s. 437 an. ISSN 1210-6410.

⁴³⁰ ROBERTS, MacKenna. Germany Passes Genetic Test Laws. *BioNews* [online]. 2009, [cit. 28.3.2014].

- [7] FOSTER, Morris, et. al. *The routinization of genomics and genetics: implications for ethical practices*. *Journal of Medical Ethics* [online], vol. 32(11), 2005. [cit. 5. 3. 2013]. Dostupný z: <http://jme.bmj.com/content/32/11/635.short>. s. 635-638. ISSN 1473-4257.
- [8] GIBBONS, Susan, KAYE, Jane, et al. Governing Genetic Databases: Challenges Facing Research Regulation and Practice. *Journal of Law and Philosophy* [online]. 2005 [cit. 2. 3. 2013]. Dostupný z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985405. s. 165-172. ISSN: 1573-0522.
- [9] GIBBONS, Susan. Are UK genetic databases governed adequately? A comparative legal analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27 (2). Oxford: Blackwell Publishing. 2007. s. 312-342. ISSN: 0143-6503.
- [10] HARMON, Shawn. LAURIE, Graeme. Yearworth v. North Bristol NHS Trust Property, Principles, Precedents and Paradigms. *Cambridge Law Journal* [online]. 2010, vol. 69 (3), [cit. 26.2.2014]. Dostupný z: <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract.jsessionid=DF9F261411D30AB37DBF5673D2315100,journals?fromPage=online&aid=7921918>. s. 476-493. ISSN: 1469-2139.
- [11] HARRIS, John. Who Owns My Body. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1996, vol. 16 (1). Oxford: Oxford University Press. s. 55-84. ISSN 0143-6503.
- [12] HOEDEMAEKERS, Roger, GORDIJN, Bert, PIJNENBURG, Martien. Solidarity and Justice as guiding principles in genomic research. *Bioethics* [online]. 2007, vol. 21 (6) [cit. 15.2.2014]. Dostupný z: <http://www.ethicshare.org/node/293502>. s. 342-350. ISSN 1467-8519.
- [13] HORNBY, Albert Sydney, TURNBULL, Joana. *Oxford advanced learner's dictionary of current English*. 8th ed. London: Oxford University Press, 2010. s. 1888. ISBN: 019479914X.
- [14] HULL, Richard T. Informed Consent: Patient's Right or Patient's Duty? *The Journal of Medicine & Philosophy*. 1985, vol. 10 (2). Oxford: Oxford University Press. s. 183-198. ISSN 0360-5310.
- [15] IKILIC, Ilhan. Coming to grips with Genetic Exceptionalism: Roots and Reach of the Explanatory Model. *Journal of Medicine Studies*. vol. 1 (2), 2009. s. 131-142. ISSN 1876-4533.
- [16] JONES, Michael. Informed Consent and Other Fairy Stories. *Medical Law Review* [online]. 1999, Vol. 7, [cit. 28.2.2014]. Oxford University Press. Dostupný z: <http://medlaw.oxfordjournals.org/content/7/2/103.accessible-long>. s. 103-134. ISSN 1464-3790.
- [17] KAYE, Jane, et. al. Can I Access My Personal Genome? The Current Legal Position In the UK. *Medical Law Review* [online]. 2013, Vol. 0. [cit. 18.3.2014]. Dostupný z: <http://medlaw.oxfordjournals.org/content/early/2013/10/17/medlaw.fwt027.full>. s. 1-28. ISSN 1464-3790.
- [18] KAYE, Jane. Do We Need a Uniform Regulatory System for Biobanks Across Europe? *European Journal of Human Genetics*, vol. 14 (2). London: MacMillan. 2006. s. 245-248. ISSN 1018-4813.
- [19] KINCL, Jaromír, URFUS, Valentin, SKŘEJPEK, Michal. *Římské právo*. 2. vyd. Praha: C.H. Beck, 1995. 386 s. ISBN 80-7179-031-1.
- [20] KOPALOVÁ, Michaela. Informovaný souhlas a paternalismus lékařů - historie a současnost. *Právní rozhledy*. 2008, č. 3. Praha: C.H.Beck. s. 94. ISSN 1210-6410.

- [21] KORSGAARD, Christine. Taking the Law into Our Own Hands: Kant on the Right to Revolution. In: REATH, Andrews, HERMAN, Barbara, KORSGAARD, Christine (eds.). *Reclaiming the history of ethics: essays for John Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press. 1997. s. 297-328. ISBN: 978-0521063500.
- [22] KOŽINA, Jiří. *Právní aspekty využití analýzy DNA pro identifikační účely* [online]. © 2011, cit. [1.3.2014]. Dostupný z: www.mvcr.cz/soubor/kozina-pdf.aspx.
- [23] KŘEPELKA, Filip. Informovaný souhlas člověka při zdravotnickém výzkumu. *Zdravotnické právo v praxi*: [online]. 2003, č. 1. [cit. 17.2.2014]. Dostupný z: <http://pravo.solen.cz/pdfs/pra/2003/01/05.pdf>. s. 13-15. ISSN 1213-0508.
- [24] LAURIE, G.T. The Most Personal Information of All: An Appraisal of Genetic Privacy in the Shadow of the Human Genome Project. *International Journal of Law, Policy and the Family* [online]. 1996, vol. 10(1). [cit. 6. 3. 2013]. Dostupný z: <http://lawfam.oxfordjournals.org/content/10/1/74.short>. s. 74-101. ISSN 1464-3707.
- [25] LIAO, S. M. Is there a Duty to Share Genetic Information? *Journal of Medical Ethics* [online]. 2009, vol. 35 (5), [cit. 14.2.2014]. Dostupný z: <http://jme.bmj.com/content/35/5/306.abstract>. s. 306-307. ISSN 1473-4257.
- [26] LAW, Jonathan, MARTIN, Elizabeth. *A Dictionary of Law*. 7th ed. Oxford: Oxford University Press. 2009. 624 s. ISBN 0199551243.
- [27] LOCKE, John. *The Second Treatise of Government* [online]. 1690, cit. [22.2.2014]. London. Dostupný z: <http://www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm>.
- [28] MACQUEEN, Hector, et al. *Contemporary Intellectual Property, Law and Policy*. 2nd Edition. New York: Oxford University Press, 2011. 1030 s. ISBN 0199575320.
- [29] MANN, Michael. Nejen o vlasech. *Právní rádce*. 2013, č. 21. In: Beck-online [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 18.3.2014]. s. 745. Dostupný z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?type=html&documentId=nrptem-brgnpxa4s7giyv643uojptonbv&groupIndex=20&rowIndex=0&conversationId=1700488>.
- [30] McHALE, Jean. Regulating Genetic Databases: Some Legal and Ethical Issues. *Medical Law Review*. 2004, vol. 12 (1). Oxford: Oxford University Press. s. 70-96. ISSN 0967-0742.
- [31] MELO-MARTÍN, I de. Firing up the Nature/Nurture controversy: bioethics and genetic determinism. *Journal of Medical Ethics* [online]. 2005, vol. 31 (9) [cit. 7. 3. 2013]. s. 526-530. Dostupný z: <http://jme.bmj.com/content/31/9/526.full>. s. 526-528. ISSN 1473-4257
- [32] NIJSINGH, Niels. Krabbe Newborn Screening: The Issue of Informed Consent. *Public Health Ethics*. 2013, Vol. 6(1). Oxford: Oxford University Press. s. 126-128. ISSN 1754-9973.
- [33] PADOVA, Yann. What the European Draft Regulation on Personal Data is going to change for companies. *International Data Privacy Law* [online]. 2014, vol. 4(1). Dostupný z: <http://idpl.oxfordjournals.org/content/4/1/39.abstract>. s. 39-52. ISSN 2044-4001.
- [34] PAWLIKOWSKI, Jakub, SAK, Jaroslaw, MARCZEWSKI, Krzysztof. The analysis of the ethical, organizational and legal aspects of Polish biobanks activity. *European Journal of Public Health*, vol. 20 (6). Oxford: Oxford University Press. 2009. s. 707-710. ISSN 1101-1262.
- [35] POLČÁK, Radim. *Právo a evropská informační společnost*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2009, 202 s. ISBN 9788021048850.

- [36] REDING, Viviane. The European data protection framework for the twenty-first century. *International Data Privacy Law* [online]. 2012, vol. 2(3). Dostupný z: <http://idpl.oxfordjournals.org/content/early/2012/06/25/idpl.ips015>. s. 119-129. ISSN 2044-4001.
- [37] ROUSSEAU, Jean Jacques., *The Social Contract*. 1968. London: Penguin Books Ltd. 168 s. ISBN 9780140442014.
- [38] SHEEHAN, Mark. Can Broad Consent be Informed Consent? *Public Health Ethics*, Vol. 4 (3). Oxford: Oxford University Press. 2011. s. 226-235. ISSN 1754-9973.
- [39] STEINSBEKK, Kristin Solum, SOLBERG, Berge. Biobanks - When is Re-consent Necessary? *Public Health Ethics*, Vol. 4 (3) Oxford: Oxford University Press. 2011. s. 236-250. ISSN 1754-9973.
- [40] STEVENTON, Beverley. DNA Profile Retention and the Right to Respect for Private Life. *Coventry Law Journal* [online]. 2011, vol. 16 (1). [cit. 27.2.2014]. Dostupný z: <http://alumni-coventry.ac.uk/Document.Doc?id=103>. s. 55-59. ISSN 0959-3799.
- [41] STOLJAR, Natalie. Informed Consent and Relational Conceptions of Autonomy. *Journal of Medicine and Philosophy*. 2011, Vol. 36 (4). Oxford: Oxford University Press. s. 375-384. ISSN: 0360-5310.
- [42] TAYLOR, James Stacey. Autonomy and Informed Consent: A Much Misunderstood Relationship. *The Journal of Value Inquiry*. 2004, Vol. 38. Roč. 38. Houten: Axel Springer. s. 383-391. ISSN: 0022-5363.
- [43] THIEBEDEAU, Andrew D. National Forensic Databases. *Council for Responsible Genetics*: [online]. 2011, [cit. 1.3.2014]. Dostupný z: www.councilforresponsiblegenetics.org/dnadata/fullreport.pdf. 228 s.
- [44] TESIS, Alexander. The Right to Erasure: Privacy and the Indefinite Retention of Data. *Wake Forest Law Review* [online]. 2014, Vol. 48. [cit. 12.3.2014]. Dostupný z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361669. 1-50. ISSN 0043-003X.
- [45] VANTUCH, Pavel. Národní databáze DNA a odběr biologického materiálu obviněným. *iPravnik* [online]. 2004, [cit. 1.3.2014]. Dostupný z: http://www.ipravnik.cz/cz/clanky/trestni-pravo/art_3732/narodni-databaze-dna-a-odber-biologickeho-materialu-%20obvinenym.aspx.
- [46] WARREN, Charles. "Volenti Non Fit Injuria" in Actions of Negligence. *Harvard Law Review*. 1895, vol. 8 (8) Cambridge: The Harvard Law Review Association. s. 457-471. ISSN: 0017-811X.
- [47] WIDDOWS, Heather, CORDELL, Sean. Why Communities and Their Goods Matter: Illustrated with the Example of Biobanks. *Public Health Ethics* [online]. 2011, vol. 4 (1). Dostupný z: <http://phe.oxfordjournals.org/content/4/1/14.abstract>. s. 14-25. ISSN 1754-9981.

7.2 OSTATNÍ ZDROJE

- [48] All UK 'must be on DNA database'. *BBC News* [online]. © 2007, [cit. 26.2.2014]. Dostupný z: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/6979138.stm.
- [49] BEZOUŠKA, Petr. Obchodní podmínky jsou součástí řady smluv. Co když je potřebujete jednostranně změnit? *Nový občanský zákoník: Infocentrum* [online]. © 2012 [cit. 15.2.2014]. Dostupný z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/infocentrum/media/obchodni-podminky-jsou-soucasti-rady-smluv-co-kdyz-je-potrebujete-jednostranne-zmenit/>.

- [50] Důvodová zpráva návrhu občanského zákoníku. *Nový občanský zákoník: texty zákonů* [online]. Ministerstvo spravedlnosti ČR, © 2012. cit. [10.2.2014], s. 13. Dostupný z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>.
- [51] FOLDA, Jan. Databáze DNA. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. © 2007, [cit. 26.2.2014]. Dostupný z: <https://www.uouu.cz/databaze-dna/ds-2479/p1=2479>.
- [52] GASHI, Dardan, STEINER-GASHI, Ingrid. Ve službách diktátora. Brno: Jota, nakladatelství. 2010. 190 s. ISBN 9788072177820.
- [53] General Medical Guidelines. *General Medical Council: Confidentiality* [online]. General Medical Council, © 2006, [cit. 19.2.2014]. Dostupný z: http://www.gmc-uk.org/static/documents/content/Confidentiality_0910.pdf.
- [54] House of Lords' Science and Technology Committee, Fourth Report Report on Human Genetic Databases: Challenges and Opportunities. *House of Lords of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [online]. © 2001. [cit. 11.11.2013]. Dostupný z: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldselect/ldsctech/57/5701.htm>.
- [55] Jak je možné zneužít DNA k diskriminaci lidí. *Český rozhled*: [online]. © 2013, [cit. 1.3.2014]. Dostupný z: <http://www.ceskyrozhled.cz/2013/08/jak-je-mozne-zneuzit-dna-k-diskriminaci-lidi.html>.
- [56] KENNEDY, Helena QC. *Human Genetics Commission: Inside Information - Balancing interests in the use of personal genetic data*. [online]. © 2002. [cit. 11.11.2013]. Dostupný z: <http://www.hgc.gov.uk/insideinformation/index.htm>.
- [57] MOORE, Charles. No Such Thing as Society: a good time to ask what Margaret Thatcher really meant. *The Telegraph* [online]. © 2010, [cit. 14.2.2014]. Dostupný z: <http://www.telegraph.co.uk/comment/columnists/charlesmoore/8027552/No-Such-Thing-as-Society-a-good-time-to-ask-what-Margaret-Thatcher-really-meant.html>.
- [58] National DNA Database Statistics, Q3 2013 to 2014. *UK HOME OFFICE*. [online]. © 2014, [cit. 26.2.2014]. Dostupný z: <https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-statistics>.
- [59] Policie ČR opakovaně ignoruje stanovisko ÚOOÚ k nelegálnímu vedení databáze DNA. *Big Brother Awards* [online]. © 2013, [cit. 1.3.2014]. Dostupný z: <http://www.slidilove.cz/content/policie-cr-opakovane-ignoruje-stanovisko-k-nelegalnimu-vedeni-databaze-dna>.
- [60] 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 Proposal). *European Commission: Data Protection* [online]. © 2012 [cit. 14.3.2014]. Dostupný z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf.
- [61] Protection of Freedoms Bill. *Genewatch UK* [online]. © 2013, [cit. 1.3.2014]. Dostupný z: <http://www.genewatch.org/sub-566498>.
- [62] Recommendation of the Committee of Ministers to the Member States No. R (92) 1 ze dne 10.2.1992. Council of Europe: Committee of Ministers [online]. © 1992, [cit. 18.2.2014] Dostupný z: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1518265&SecMode=1&DocId=601410&Usage=2>.
- [63] ROBERTS, MacKenna. Germany Passes Genetic Test Laws. *BioNews* [online]. © 2009, [cit. 28.3.2014]. Dostupný z: http://www.bionews.org.uk/page_13827.asp.

[64] ROBINSON, Dan. *Kant's Critique of Pure Reason: Just What is Kant's „Project“?* [online]. Oxford: Oxford University Press, © 2011 [cit. 14. 3. 2013]. In: iTunes U [vzdělávací počítačová databáze].

[65] SALISBURY, Meredith. Should You Have The Right Not To Know Genetic Information? *Forbes Magazine* [online]. © 2013. [cit. 19.3.2014]. Dostupný z: <http://www.forbes.com/sites/techonomy/2013/11/05/should-you-have-the-right-not-to-know-genetic-information/>.

[66] Stanovisko Úřadu na ochranu osobních údajů č. 4/2013 účinné od 1.11.2013. In: Beck-online [online právní informační systém]. © 2013. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 20.3.2014]. Dostupný z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?type=html&documentId=oz5f6mrqgezv6nrwl4zv65lpn52s2ma&conversationId=1951479>.

[67] The UK Police National DNA Database. *Genewatch UK*. [online]. © 2013, [cit. 1.3.2014]. Dostupný z: <http://www.genewatch.org/sub-539478>.

[68] UK Biobank Ethics and Governance Framework - Version 3.0. *UK Biobank* [online]. © 2011, [cit. 15.2.2014]. Dostupný z: <http://www.ukbiobank.ac.uk/wp-content/uploads/2011/05/EGF20082.pdf?phpMyAdmin=trmKQlYdijnQlG%2CfAzikMhEnx6>.

[69] VANČO, Emil. *Policie ČR: Policie nezneužívá ND DNA* [online]. © 2008, [cit. 1.3.2014]. Dostupný z: <http://www.policie.cz/clanek/policie-cr-nezneuzyva-dna.aspx>.

[70] VANĚK, Daniel. Démonizace a demytizace databáze DNA Velkého bratra. *Vesmír* [online]. © 2011, Roč. 90, č. 7, [cit. 28.2.2014]. Dostupný z: <http://www.vesmir.cz/clanek/demonizace-a-demytizace-databaze-dna-velkeho-bratra>.

[71] Vzor informovaného souhlasu - sterilizace vejcovodů. *Ministerstvo zdravotnictví České republiky: Věstník, částka 8, prosinec 2007* [online]. © 2007, [cit. 15.2.2014]. Dostupný z: <http://www.mzcr.cz/Legislativa/Soubor.ashx?souborID=9278&typ=application/pdf&nazev=V%C4%9Bstn%C3%ADk%208-2007.pdf>.

[72] Závazný pokyn policejního prezidenta č. 88 ze dne 29.5.2002 ve znění změny provedené RPP č. 52/2004. *Pecina* [online]. © 2002, [cit. 1.3.2014]. Dostupný z: <http://www.pecina.cz/files/pokyn11.pdf>.

7.3 ČESKÉ PRÁVNÍ PŘEDPISY

[73] Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád) ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 1.3.2014].

[74] Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve posledním platném a účinném znění. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 20.3.2014].

[75] Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 11.11.2013].

[76] Zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 1.3.2014].

[77] Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 2.1.2014].

[78] Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon) ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 20.10.2013].

[79] Zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon) ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 2.1.2014].

[80] Zákon č. 378/2007 Sb., o léčivech a o změnách některých zákonů (zákon o léčivech). In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 15.2.2014].

[81] Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii ČR ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 1.3.2014].

[82] Zákon č. 296/2008 Sb., o zajištění jakosti a bezpečnosti lidských tkání a buněk určených k použití u člověka ve znění pozdějších předpisů (zákon o lidských tkáních a buňkách). In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 2.1.2014].

[83] Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 7.3.2014].

[84] Zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách) ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 2.1.2014].

[85] Zákon č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 15.11.2013].

[86] Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 3.1.2014].

[87] Vyhláška Ministerstva zdravotnictví č. 226/2008 Sb., o správné klinické praxi a bližších podmínkách klinického hodnocení léčivých přípravků (vyhláška o správné klinické praxi). In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 28.12.2013].

[88] Vyhláška Ministerstva zdravotnictví č. 98/2012 Sb., o zdravotnické dokumentaci. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 15.11.2013].

7.4 ZAHRANIČNÍ PRÁVNÍ PŘEDPISY:

[89] KINGDOM OF SWEDEN. Biobanks in Medical Care Act, č. (2002:297), as of 23 May 2002 [online]. [cit. 12.11.2013]. Dostupný z: <http://www.biobanksverige.se/getDocument.aspx?id=339>.

[90] KINGDOM OF SWEDEN. Personal Data Act, č. (1998:2004) as of 29 April 1998 [online]. [cit. 28.12.2013]. Dostupný z: <http://www.government.se/content/1/c6/01/55/42/b451922d.pdf>.

[91] REPUBLIC OF ESTONIA. Human Genes Research Act, č. RT I 2000, 104, 685, as of 13 December 2000 [online]. [cit. 12.11.2013]. Dostupný z: <http://biochem118.stanford.edu/Papers/Genome%20Papers/Estonian%20Genome%20Res%20Act.pdf>.

[92] REPUBLIC OF ICELAND. Biobanks Act, č. 110/2000, as of 1 January 2001 [online]. [cit. 12.11.2013]. Dostupný z: http://eng.velferdarraduneyti.is/media/acrobat-enskar_sidur/Biobanks-Act-as-amended.pdf.

[93] REPUBLIK OESTERREICH. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, vom 1.6.1811, JGS Nr. 946/1811 [online]. [cit. 5.3.2014]. Dostupný z: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.

[94] Retention Guidelines for Nominal Records on the Police National Computer. *Association of Chief Police Officers Guidelines* [online]. 2006, [cit. 1.3.2014]. Dostupný z: <http://www.acpo.police.uk/documents/PoliceCertificates/SubjectAccess/Retention%20of%20Records06.pdf>.

[95] STATE OF ISRAEL. Genetic Information Law, no. 5761-2000. *Jewish Virtual Library* [online]. [cit. 12.11.2013]. Dostupný z: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Health/GeneticInformationLaw.pdf>.

[96] UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Data Protection Act, no. 29/1998 [online]. cit. [8.1.2014]. Dostupný z: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/contents>.

[97] UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Human Fertilisation and Embryology Act, no. 22/2008 [online]. [cit. 3.3.2014]. Dostupný z: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.

[98] UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Human Rights Act, no. 42/1998 [online]. [cit. 19.3.2014]. Dostupný z: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>.

[99] UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Human Tissue Act, no. 30/2004 [online]. cit. [8.1.2014]. Dostupný z: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/contents>.

[100] UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Police and Criminal Evidence Act, no. 60/1984 [online]. [cit. 26.2.2014]. Dostupný z: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>.

[101] UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Protection of Freedoms Act, no. 9/2012 [online]. [cit. 28.2.2014]. Dostupný z: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents/enacted>.

7.5 MEZINÁRODNÍ SMLOUVY A PRÁVNÍ PŘEDPISY EVROPSKÉ UNIE:

[102] Evropská úmluva o lidských právech ze dne 4.11.1950, publikovaná ve sbírce zákonů a mezinárodních smluv pod č. 209/1991 Sb. In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 15.3.2014].

[103] Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 95/46/ES ze dne 24.10.1995 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (směrnice o ochraně osobních údajů). In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 28.12.2013].

[104] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 96/9/ES ze dne 11.3.1996 o právní ochraně databází. ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 20.10.2013].

[105] Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicíně ze dne 4.4.1997. In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 17.2.2014].

[106] Úmluva o udělování evropských patentů ze dne 5.10.1973 revidovaná aktem revidujícím článek 63 EPÚ ze 17. prosince 1991 a Revizním aktem EPÚ z 29. listopadu 2000. In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 10.1.2014].

7.6 ČESKÁ JUDIKATURA

[107] Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 10.1.2013, sp. zn. 10 A 251/2011. *Pecina* [online]. [cit. 1.3.2014]. Dostupný z: <http://www.pecina.cz/files/rozsudek63.pdf>.

[108] Rozhodnutí Policie ČR, Kriminálního ústavu Praha ze dne 16.6.2011 sp. zn. KUP-5504-2/ČJ-2011-009-KKR. *Pecina* [online]. [cit. 1.3.2014]. Dostupný z: <http://www.pecina.cz/files/rozhodnuti12.pdf>.

7.7 ZAHRANIČNÍ JUDIKATURA

[109] Approved Judgment of the Court of Appeal, Civil Division as of 9 November 1989, W. v Egdell and others, [1989] EWCA Civ 13. *Court of Appeal: England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions* [online]. [cit. 20.2.2014]. Dostupný z: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1989/13.html>.

[110] Approved Judgment of the Court of Appeal, Criminal Division as of 14 May 1998, R v. Kelly/R v. Lindsay, [1998] 3 All E.R. 741, (CA). *Court of Appeal: England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) Decisions* [online]. [cit. 15.3.2014]. Dostupný z <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1998/1578.html>.

[111] Approved Judgment of the Court of Appeal, Queen's Bench Division as of 4 February 2009, Yearworth and others v. North Bristol NHS Trust, [2009] EWCA Civ 37. *Court of Appeal: England and Wales Court of Appeal (Queen's Bench Division) Decisions* [online]. [cit. 16.3.2014]. Dostupný z: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/>.

[112] Judgment of the Court of Appeals of the State of New York, USA as of 14 April 1914, Schloendorff v. Society of New York Hospital 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92. *Court of Appeals of New York, USA* [online]. cit. [3.3.2014]. Dostupný z: https://mywebspace.wisc.edu/rstreiffer/web/CourseFolders/BioandLawF99Folder/Readings/SchloendorffvSociety_of_NY.pdf.

[113] Judgment of the European Court of Human Rights as of 25 March 1983, Silver and others v. United Kingdom, complaint no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75. *European Court of Human Rights: Hudoc Search* [online]. [cit. 2.3.2014]. Dostupný z: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57577>.

[114] Judgment of the European Court of Human Rights as of 8 July 2008, *Vajnai v. Hungary*, complaint no. 33629/06. *European Court of Human Rights: Hudoc Search* [online]. [cit. 14.3.2014]. Dostupný z: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87404>.

[115] Judgment of the European Court of Human Rights as of 4 December 2008, S. and Marper v. United Kingdom, complaint no. 306562/04 and 306566/04. *European Court of Human Rights: Hudoc Search* [online]. [cit. 12.3.2014]. Dostupný z: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90051>.

[116] Judgment of the European Court of Human Rights as of 8 February 2012, V.C. v. Slovakia, application no. 18968/07. *European Court of Human Rights: Hudoc Search* [online]. [cit. 25.3.2014]. Dostupný z: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107364#>.

[117] Judgment of the Supreme Court of the State of California (USA) as of 1 July 1976, *Tarasoff v. Regents of the University of California*, sp. zn. 17 Cal.3d 425, 551 P.2d 334, 131 Cal.Rptr. 14, 83 A.L.R.3d 1166 (1976). *University of Stanford: Supreme Court of California Resources* [online]. [cit. 18.2.2014]. Dostupný z: <http://scocal.stanford.edu/opinion/tarasoff-v-regents-university-california-30278>.

[118] Judgment of the Supreme Court as of 31 January 2011 (Lord Phillips of Worth Matravers PSC, Lord Judge CJ, as of 1 February 2011 (Lord Rodger of Earlsferry, Baroness Hale of Richmond) and as of 18 May 2011 (Lord Brown of Eaton-under-Heywood, Lord Kerr of Tonaghmore, Lord Dyson JJSC), *Regina (GC) v. Commissioner of Police of the Metropolis (Liberty and other intervening) a Regina (C) v. Same (same intervening)*. Easter Term [2011] UKSC 21 On appeal from: [2010] ALL ER D 174. *Supreme Court: Decided Cases* [online]. [cit. 15.2.2014]. Dostupný z: http://supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0186_Judgment.pdf.

[119] Judgment of the Supreme Court of the United States of America as of 13 June 2013, *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics*, sp. zn. 569 U.S. 12-398. *Supreme Court of the United States of America* [online]. [cit. 10.1.2014]. Dostupný z: <http://supreme.justia.com/us/569/12-398/case.html>.

ROZHODNÉ PRÁVO PRE ZMLUVNÉ ZÁVÄZKY Z MEDZINÁRODNÝCH LICENČNÝCH ZMLÚV NA PREDMETY PRIEMYSELNÉHO VLASTNÍCTVA PRI ABSENCII VOĽBY PRÁVA

ANTON KONKOL*

ABSTRAKT

Pravidlá určenia rozhodného práva, ktorým sa riadia zmluvné záväzky z medzinárodných licenčných zmlúv, sú v Európskej únii stanovené v Nariadení Rím I. Jeho základným pilierom vyjadreným v článku 3 je princíp autonómie zmluvných strán. Nemenej dôležitým je však aj článok 4 obsahujúci pravidlá určenia rozhodného práva v prípadoch, ak zmluva neobsahuje dohodu o voľbe práva. Tento článok sa zaoberá práve analýzou článku 4 Nariadenia Rím I vo vzťahu k medzinárodným licenčným zmluvám na predmety priemyselného vlastníctva, ktoré neobsahujú dohodu o voľbe práva.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

duševné vlastníctvo, kolízne normy, rozhodné právo, absencia voľby práva, Nariadenie Rím I

ABSTRACT

The rules determining the law governing contractual obligations arising out of international licensing agreements are in the European Union set out in the Rome I Regulation. The main pillar expressed in Article 3 is the principle of party autonomy. Equally important, however, is Article 4 containing rules for

* JUDr. Anton Konkol, LL.M.

Externý doktorand na Ústave európskeho a medzinárodného práva Fakulty práva, Paneurópskej vysokej školy v Bratislave (2. ročník). Advokát, Bratislava. Kontaktní e-mail: info@ak-konkol.sk

determining the applicable law in cases where the contract contains no agreement on choice of law. The present paper focuses specifically on Article 4 Rome I Regulation in relation to international industrial property license agreements in the absence of choice of law.

KEY WORDS

intellectual property, conflict of law rules, governing law, absence of choice of law, Regulation Rome I

1. ÚVOD

Obchodné vzťahy majú v súčasnej dobe stále viac medzinárodný charakter. Zmluvné strany často sídlia v rôznych krajinách, ich aktivity sa konajú v zahraničí. V dôsledku toho má otázka rozhodného práva stále väčšiu dôležitosť počas zmluvných rokovaní a následných sporoch. V Európskej únii upravuje otázku určenia rozhodného práva, ktorým sa riadi zmluvný záväzkový vzťah vznikajúci z medzinárodných licenčných zmlúv na predmety priemyselného vlastníctva¹, Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č 593/2008 z 17. júna 2008 o rozhodnom práve pre zmluvné záväzky (Rím I) (ďalej ako „Nariadenie“). Toto nariadenie sa aplikuje na zmluvy uzavreté od 17. decembra 2009 a neobsahuje špecifický režim pre oblasť duševného vlastníctva.

Základným pravidlom vyjadreným v článku 3 Nariadenia je, že zmluva sa spravuje právnym poriadkom, ktorý si zmluvné strany zvolia (*lex contractus*). Zvolený môže byť právny poriadok ktorejkoľvek krajiny bez ohľadu na to, či má tento právny poriadok spojitosť so zmluvou. Voľba práva musí výslovná alebo jasne preukázaná ustanoveniami zmluvy, resp. okolnosťami prípadu. Ak dôjde k voľbe práva v súlade s článkom 3, v praxi spravidla nevznikajú problémy. Voľba právneho poriadku zmluvnými stranami však neznamená, že na všetky aspekty súvisiace so zmluvným vzťahom založeným licenčnou zmluvou sa použije vždy iba zvolený právny

¹ Medzinárodnú licenčnú zmluvu je možné definovať ako „vzťah medzi zmluvnými partnermi majúcimi svoje sídlo (či miesto podnikania) na území rôznych štátov, pričom predmetom tejto zmluvy je záväzok poskytovateľa licencie - vlastníka práva - umožniť nadobúdateľovi za určitých podmienok využívanie patentu, ochrannej známky, priemyselného vzoru, alebo na neho previesť určité výrobné poznatky a skúsenosti s tým, že tento mu bude platiť poplatky.“ ROZEHNÁLOVÁ, Nadežda. *Právo medzinárodného obchodu*. 3. vydanie. Praha: Wolters Kluwer, ČR, a.s., 2010, 552 s. ISBN 978-80-7357-562-5. S. 477

poriadok. Určité aspekty súvisiace s licenciou na predmet priemyselného vlastníctva, ako sú napríklad existencia práva, platnosť práva, ochrana práva, nároky v prípade porušenia, sa budú vždy riadiť právnym poriadkom krajiny, na území ktorej je toto právo chránené (*lex loci protectionis*).

V prípade, že medzinárodná licenčná zmluva neobsahuje dohodu o voľbe práva, situácia sa značne komplikuje. Na prvý pohľad by sa mohlo zdať, že ide o čisto teoretický problém vzhľadom na to, že zmluvné strany budú vždy v zmluve v záujme právnej istoty preferovať určenie rozhodného práva, najmä ak budú zastúpené advokátmi. V praxi sa ale vyskytujú aj prípady, kedy rozhodné právo zvolené nebolo. Tento stav mohol napríklad nastať, ak sa zmluvné strany neboli schopné dohodnúť na právnom poriadku spravujúcom konkrétnu zmluvu, pretože poskytovateľ aj nadobúdateľ licencie presadzovali vlastný právny poriadok a nechceli prijať ako rozhodné právo právny poriadok druhej zmluvnej strany, či už z dôvodu neznalosti cudzieho právneho poriadku a s tým spojených praktických komplikácií alebo nedôvery v právny poriadok inej krajiny a v neposlednom rade aj z dôvodu prestíže. Môže nastať aj situácia, kedy dohoda o voľbe práva v licenčnej zmluve je neplatná. V takýchto prípadoch je potrebné východzie pravidlo, ktoré by zaplnilo „medzeru“ zanechanú zmluvnými stranami. Tomuto účelu slúži článok 4 Nariadenia.

2. PRAVIDLÁ URČOVANIA ROZHODNÉHO PRÁVA PODĽA ČLÁNKU 4

2.1 VŠEOBECNÁ POSTUPNOSŤ PRI APLIKÁCII ČLÁNKU 4

Ak medzinárodná licenčná zmluva na predmety priemyselného vlastníctva neobsahuje voľbu práva, rozhodné právo sa určí podľa pravidiel uvedených v článku 4 Nariadenia.

Jeho úvodný odsek 1 určuje rozhodné právo pre špecifické typy zmlúv.² Ak nie je možné zaradiť zmluvu pod niektorý z vymedzených typov v odseku 1 alebo ak sú jej prvky pokryté viacerými z vymedzených typov, potom sa zmluva spravuje právnym poriadkom krajiny obvyklého pobytu³ tej zmluvnej strany, ktorá má uskutočniť plnenie charakteristické pre zmluvu (ods.2). Ak má ale zmluva zjavne užšiu väzbu s inou krajinou, ako je tá určená podľa odsekov 1 alebo 2, tzv. „úniková klauzula“ (ods. 3) stanovuje, že sa uplatní právny poriadok tejto inej krajiny. Nakoniec, pre zostávajúce prípady bude ako rozhodné právo použitý právny poriadok krajiny, s ktorou má zmluva najužšiu väzbu (ods.4).

2.2 ŠPECIFICKY VYMEDZENÉ TYPY ZMLÚV (ČL. 4 ODS.1)

Ustanovenie článku 4 ods. 1 Nariadenia obsahuje pravidlá určenia rozhodného práva pre komerčne najvýznamnejšie typy zmlúv, avšak neobsahuje osobitnú kategóriu licenčných zmlúv a ani všeobecne zmlúv týkajúcich sa duševného vlastníctva. Táto skutočnosť však neznamená, že uvedený článok nemá absolútne žiaden význam pre medzinárodné licenčné zmluvy na predmety priemyselného vlastníctva. V praxi budú predmetom niektorých zo zmlúv vymedzených v odseku 1 článku 4 aj práva z priemyselného vlastníctva a keď bude možné priradiť posudzovanú zmluvu obsahujúcu aj licenčné dojednania na základe jej predmetu do niektorej z kategórií zmlúv vymedzených v odseku 1 čl.4, potom sa rozhodné právo určí podľa pravidla pre príslušný typ zmluvy.

² Upravené sú nasledovné kategórie zmlúv: a) zmluva o predaji tovaru, b) zmluva o poskytovaní služieb, c) zmluva, ktorej predmetom je vecné právo k nehnuteľnosti alebo nájom nehnuteľnosti, d) nájom nehnuteľnosti uzavretý na dočasné súkromné použitie na obdobie maximálne šiestich po sebe nasledujúcich mesiacov, e) zmluva o franšíze, f) zmluva o distribúcii, g) zmluva o predaji tovaru dražbou, h) zmluva uzavretá v rámci multilaterálneho systému, ktorý spája, alebo umožňuje spájanie záujmov viacerých tretích strán nakupovať a predávať finančné nástroje v zmysle čl. 4 ods. 1 bodu 17 smernice 2004/39/ES v súlade s nediskrečnými pravidlami a ktorý sa spravuje jediným právnym poriadkom.

³ Podľa čl. 19 ods. 1 Nariadenia: „*Na účely tohto nariadenia sa za obvyklý pobyt spoločností alebo iných subjektov s právnou subjektivitou alebo bez nej považuje miesto ich ústredia riadenia. Za obvyklý pobyt fyzickej osoby konajúcej v rámci svojej podnikateľskej činnosti sa považuje jej hlavné miesto podnikania.*“

Podľa čl. 19 ods. 2 Nariadenia: „*Ak je zmluva uzavretá v rámci činností pobočky, zastúpenia alebo inej organizačnej zložky, alebo ak podľa zmluvy je plnenie zodpovednosťou takejto organizačnej zložky, za miesto obvyklého pobytu sa považuje miesto, kde sa nachádza táto pobočka, zastúpenie alebo iná organizačná zložka.*“

Pôvodný návrh Nariadenia obsahoval v odseku 1 čl. 4 osobitné písmeno f) stanovujúce rozhodné právo pre zmluvy duševného vlastníctva, ktorým bolo právo krajiny obvyklého pobytu osoby prevádzajúcej alebo postupujúcej právo. Uvedené písmeno však bolo nakoniec z návrhu Nariadenia vypustené.⁴ Pravidlo vyjadrené v písm. f) by znamenalo aplikáciu práva obvyklého pobytu poskytovateľa licencie. Návrh však neobsahoval definíciu zmlúv duševného vlastníctva a preto by mohlo dôjsť ku konfliktu jednotlivých pravidiel článku 4. odseku 1. Napríklad zmluvy o franšíze obsahujúce aj licenčné dojednania sa v zmysle čl. 4 ods.1 písm. e) Nariadenia riadia právnym poriadkom krajiny obvyklého pobytu franšízanta. Franšízant je však zároveň nadobúdateľom licencie a tu by vznikol konflikt, pretože podľa návrhu čl. 4 ods. 1 písm. f) rozhodným právom pre zmluvy duševného vlastníctva bolo právo obvyklého pobytu poskytovateľa licencie. Rovnako samotné licenčné zmluvy bývajú v porovnaní s inými typmi zmlúv, ako napríklad so zmluvami o predaji tovaru, veľmi rozmanité a ich ťažisko môže byť jednak na strane poskytovateľa, ale aj na strane nadobúdateľa licencie.⁵ Z uvedených dôvodov bolo preto vynechanie písm. f) z čl. 4 ods. 1 stanovujúceho paušálne pravidlo určenia rozhodného práva bez ohľadu na okolnosti konkrétneho prípadu lepšou alternatívou. Rozhodné právo sa takto v prípade medzinárodných licenčných zmlúv na predmety priemyselného vlastníctva určuje zväčša pre každú zmluvu osobitne, najmä na základe určenia plnenia charakteristického pre zmluvu alebo najužšej väzby zmluvy.

Zo skupiny v čl.4 ods. 1 vymedzených typov zmlúv prichádza do úvahy z pohľadu medzinárodných licenčných zmlúv na predmety priemyselného vlastníctva už spomínaná zmluva o franšíze (upravená v ods.1 písm. e), pretože tento typ zmluvy spravidla obsahuje aj licenciu napríklad na používanie ochranných známk alebo know how. Aj keď podľa samotného

⁴ Toto pravidlo bolo kritizované viacerými akademikmi, k tomu pozri: CLIP, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) of 15 December 2005 and the European Parliament Committee on Legal Affairs'Draft Report on the Proposal of 22 August 2006, 4 January 2007. [citované 25. 4. 2014]. Dostupné na http://www.ivir.nl/publications/eechoud/Clip_Rome_I_Comment.pdf

⁵ Pozri TORREMANS, Paul. Licences and assignments of intellectual property rights under the Rome I Regulation. *Journal of Private International Law*. 2008, roč. 4, č. 3, s. 397- 420. ISSN 17441048. S. 11.

Nariadenia sa zmluva o franšíze považuje za zmluvu o službách,⁶ použije sa pre ňu pri určovaní rozhodného práva osobitný prístup. Hoci zmluvy o franšíze bývajú pomerne rôznorodými pokiaľ ide o ich obsah, rozhodným právom bude vždy právny poriadok krajiny obvyklého pobytu franšízanta. A to bez ohľadu na práva a povinnosti zmluvných strán, stupeň závislosti resp. nezávislosti franšízanta od franšízora, t.j. bez ohľadu na ťažisko činnosti takejto zmluvy (centre of gravity).⁷

Iným typom zmluvy vymedzeným v čl.4 ods. 1, ktorá môže obsahovať licenčné dojednania, je napríklad distribučná zmluva. Často totiž obsahuje licenciu na používanie ochrannej známky. Ak bude možné priradiť predmetnú zmluvu do kategórie distribučných zmlúv v zmysle článku 4 ods. 1 písm. f), ako zmluva o distribúcii sa bude spravovať právnym poriadkom krajiny obvyklého pobytu distribútora.

Ďalšími typmi zmlúv pripadajúcimi do úvahy v súvislosti s čl.4 ods. 1 by mohla byť zmluva o predaji tovaru (spravuje sa právnym poriadkom krajiny obvyklého pobytu predajcu) a zmluva o poskytovaní služieb (spravuje sa právnym poriadkom krajiny obvyklého pobytu poskytovateľa služieb). V súvislosti so zmluvami o poskytovaní služieb je potrebné poukázať na rozhodnutie vo veci *Falco*. Súdny dvor EÚ tu rozhodol, že zmluva, ktorou majiteľ práva duševného vlastníctva udelí druhej zmluvnej strane právo využívať toto právo za odplatu, nie je zmluvou o poskytovaní služieb.⁸

⁶ Bod 17 preambuly Nariadenia: „Pokiaľ ide o rozhodné právo v prípade absencie voľby, pojmy „poskytovanie služieb“ a „predaj tovaru“ by sa mali vykladať rovnako, ako pri uplatňovaní článku 5 nariadenia (ES) č. 44/2001, ak sa na predaj tovaru a poskytovanie služieb vzťahuje uvedené nariadenie. Hoci zmluva o franšíze a zmluva o distribúcii sú zmluvami o službách, uplatňujú sa na ne osobitné pravidlá.“

⁷ Aplikácia rovnakého pravidla na rôzne druhy zmlúv o franšíze bola kritizovaná viacerými teoretikmi. Pozri napr. TANG, Zhen Sophia. Law Applicable in the Absence of Choice - The New Article 4 of the Rome I Regulation. *The Modern Law Review*. 2008, roč. 71, č. 5, s. 785-800. ISSN 0026-7961. S.788.

⁸ Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch proti Gisela Weller-Lindhorst, rozsudok Súdneho dvora z 23.4. 2009, vec C-533/07. Výrok rozsudku: „Článok 5 bod 1 písm. b) druhá zarážka nariadenia Rady (ES) č. 44/2001 z 22. decembra 2000 o právomoci a o uznávaní a výkone rozsudkov v občianskych a obchodných veciach musí byť vykladaný v tom zmysle, že zmluva, ktorou držiteľ práva duševného vlastníctva za odmenu postúpi druhej zmluvnej strane právo vykonávať ho, nie je zmluvou o poskytnutí služieb v zmysle tohto ustanovenia.“ [citované 25. 4. 2014]. Dostupné na <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=77990&doclang=SK>

2.3 PLNENIE CHARAKTERISTICKÉ PRE ZMLUVU (ČL. 4 ODS.2)

V prípade, ak nie je možné určiť rozhodné právo podľa čl. 4 ods. 1 Nariadenia, pretože zmluvu nie je možné zaradiť pod niektorú z typov vymedzených v čl. 4 ods. 1 alebo ak sú jej prvky pokryté viacerými z vymedzených typov, zmluva sa bude v mysle článku 4 ods.2 riadiť právnym poriadkom krajiny obvyklého pobytu zmluvnej strany, ktorá má uskutočniť plnenie charakteristické pre zmluvu. Pri zmluve pozostávajúcej z práv a povinností, ktoré možno zaradiť do viacerých z vymedzených typov zmlúv, plnenie charakteristické pre zmluvu by sa malo určiť so zreteľom na ťažisko jej činnosti (centre of gravity).⁹

Vzniká preto otázka, čo je charakteristické plnenie v prípade licenčnej zmluvy na predmet priemyselného vlastníctva?

Pri jednoduchých licenčných zmluvách, kde majiteľ práva ako poskytovateľ licencie udeľuje právo nadobúdateľovi licencie užívať patent/ochrannú známku určitým spôsobom a to za odmenu spočívajúcu v jednorazovej platbe, plnením charakteristickým pre zmluvu bude udelenie práva/súhlasu zo strany majiteľa využívať právo priemyselného vlastníctva, t.j. plnenie poskytovateľa licencie. Jednoduchá licenčná zmluva v tomto chápaní pripomína predaj (prevod práva). Základným prvkom, ktorý umožňuje a zároveň limituje všetky aktivity nadobúdateľa licencie, je tu udelenie práva/súhlasu poskytovateľom licencie, pričom nadobúdateľ licencie iba zaplatí jednorazovú odmenu za licenciu. Plnenie zo strany nadobúdateľa licencie spočívajúce v platbe odmeny nemožno podľa prevládajúcich názorov považovať za plnenie charakteristické pre zmluvu, pretože táto povinnosť sa nachádza v mnohých zmluvách.¹⁰ Uvedený názor vychádza zo stanoviska vyjadreného v Správe Giuliano-Lagarde k Rímskemu dohovoru z roku 1980 o rozhodnom práve pre zmluvné záväzky, kde sa pri rozbere otázky rozhodného práva pri neuskutočnení voľby práva zmluvnými stranami uvádza: „v *bilaterálnych zmluvách, kde sa strany zaväzujú k recipročným plneniam, protiplnenie jednej zo strán má*

⁹ Podľa bodu 19 Preambuly Nariadenia „V prípade, že zmluva pozostáva zo súboru práv a povinností, ktoré možno zaradiť do viac ako jedného z vymedzených typov zmlúv, plnenie charakteristické pre zmluvu by sa malo určiť so zreteľom na ťažisko jej činnosti.“

¹⁰ TORREMANS, Paul. Licences and assignments of intellectual property rights under the Rome I Regulation. *Journal of Private International Law*. 2008, roč. 4, č. 3, s. 397- 420. ISSN 17441048. S. 13.

v modernej ekonomike zvyčajne podobu peňazí. To nie je, samozrejme, charakteristické plnenie zmluvy. Tým je plnenie, za ktoré sa má platiť, t.j. v závislosti od typu zmluvy, dodanie tovaru, udelenie práva užívať určitý predmet vlastníctva, poskytnutie služby, preprava, poistenie, bankové operácie, bezpečnosť atď., ktoré zvyčajne predstavuje ťažisko a sociálno-ekonomickú funkciu transakcie.“¹¹ Na druhej strane, pri použití vyššie uvedenej argumentácie o platbe odmeny, nebude možné považovať plnenie poskytovateľa licencie za charakteristické plnenie pre zmluvu vtedy, ak sa záväzky nadobúdateľa licencie neobmedzujú výhradne iba na platbu odmeny. V mnohých prípadoch sa nadobúdateľ licencie zaväzuje udelené právo využiť určitým spôsobom, pričom spôsob jeho využitia môže byť rôzny, napríklad výroba, distribúcia alebo predaj výrobku. V takomto prípade je možné tvrdiť, že užívanie práva nadobúdateľom licencie je zrejme dôležitejšie ako poskytnutie licencie zo strany poskytovateľa. Ak sa teda v zmluve nadobúdateľ licencie zaväzuje, t.j. je povinný využiť predmet licenčnej zmluvy, či už ochrannú známku/patent, za plnenie charakteristické pre zmluvu sa bude považovať plnenie nadobúdateľa licencie.¹² Rovnako aj v prípade, ak je licencia udelená ako výhradná.

Pokiaľ ide o komplikovanejšie licenčné zmluvy, otázka určenia charakteristického plnenia sa stáva pomerne problematickou. V prípade zložitejších transakcií budú práva a povinnosti zmluvných strán formulované v zmluve široko, pôjde často o súbor rôznorodých práv a povinností a nielen o poskytnutie licencie, napríklad si strany budú vzájomne poskytovať technickú pomoc, dodávať tovar, uskutočňovať spoločný výskum. Ako príklad je možné uviesť zmluvy o spoločnom výskume a vývoji (joint research and development agreements), kde si zmluvné strany dokonca navzájom udeľujú licencie na technológie a nie je

¹¹ GUILIANO, M., LAGARDE, P. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. v čl. 4 ods.3. Official Journal C 282, 31/10/1980, p. 0001 –0050. [citované 25. 4. 2014]. Dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031%2801%29:EN:HTML>

¹² Pozri DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. The Law Governing Intellectual Property Licensing Agreements (A Conflict of Law Analysis). In DE WERRA, Jacques. *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2013, 499 s. ISBN 9781849804400. S. 329.

Rovnako NISHANI, Yuko. Contracts Concerning Intellectual Property Rights. In: FERRARI, Franco and LEIBLE, Stefan. *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, s. 51-84. ISBN 978-3-86653-115-4. S.66.

možné povedať, že by plnenie niektorej zo strán bolo pre zmluvu viac alebo menej charakteristické, t.j. nie je možné určiť zmluvnú stranu uskutočňujúcu plnenie charakteristické pre zmluvu.

Je možné konštatovať, že určenie charakteristického plnenia medzinárodných licenčných zmlúv na predmety priemyselného vlastníctva bude vzhľadom na značnú rôznorodosť týchto zmlúv závisieť od konkrétnej licenčnej zmluvy a bude v prípade komplikovaných zmlúv nemožné. V takomto prípade sa uplatní právny poriadok krajiny, s ktorou má zmluva najužšiu väzbu (čl. 4 ods.4 Nariadenia).

2.4 NAJUŽŠIA VÄZBA

Uplatnenie právneho poriadku krajiny, s ktorou má zmluva najužšiu väzbu nastupuje ako posledná možnosť vtedy, ak nie je možné určiť plnenie charakteristické pre zmluvu a nie je možné priradiť zmluvu pod niektorý typ zmlúv vymedzených v čl.4 ods. 1 Nariadenia. Zároveň sa však test najužšej väzby uplatní v zmysle tzv. „únikovej klauzuly“ vyjadrenej v čl. 4 ods. 3 aj v opačnej situácii, t.j. je možné priradiť zmluvu pod niektorý typ zmluvy vymedzený v čl.4 ods. 1, resp. je možné určiť charakteristické plnenie pre zmluvu (čl.4 ods. 2), ale predmetná zmluva má zjavne užšiu väzbu s inou krajinou, ako je krajina určená podľa čl. 4 ods. 1 alebo 2 Nariadenia.¹³

Pri určovaní krajiny s najužšou väzbou budú v konkrétnom prípade brané do úvahy viaceré faktory. Najmä miesto obvyklého pobytu strán, miesto podnikania, miesto vyjednávania, miesto uzatvárania a plnenia zmluvy, jazyk zmluvy.¹⁴

Okrem toho je potrebné skúmať, či neexistuje iná zmluva alebo zmluvy, s ktorými má predmetná zmluva veľmi úzku väzbu.¹⁵ Uvedené môže byť relevantné predovšetkým pri komplikovanejších medzinárodných transakciách, kde strany uzavrujú viacero zmlúv. Napríklad hlavná zmluva upravujúca základné otázky spolupráce (joint venture) neobsahuje licenčné

¹³ Čl. 4 ods. 3 Nariadenia: „Ak je zo všetkých okolností veci zrejmé, že zmluva má zjavne užšiu väzbu s inou krajinou, než je krajina uvedená v odseku 1 alebo 2[článku 4], uplatní sa právny poriadok tejto inej krajiny.“

¹⁴ MAGNUS, Ulrich. Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice. In: FERRARI, Franco and LEIBLÉ, Stefan. *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, s. 27-50. ISBN 978-3-86653-115-4. S.49.

dohodnania, ale dôjde k uzavretiu osobitnej licenčnej dohody, ktorá neobsahuje voľbu práva. V takomto prípade je zrejmé, že licenčná zmluva ako zmluva vedľajšia bude mať úzku väzbu so základnou zmluvou.

Najvýznamnejšie faktory pri posudzovaní ťažiska činnosti zmluvy budú:

a) obvyklý pobyt poskytovateľa licencie

Argumentom v prospech uplatnenia uvedeného ukazovateľa je miesto vzniku práva (neplatí však ak poskytovateľ licencie poskytuje ďalej sublicenciu alebo keď boli práva priemyselného vlastníctva na poskytovateľa licencie prevedené vynálezcom alebo tvorcom).

Naopak, argumentom proti je, že napríklad nadnárodné spoločnosti často sústreďujú riadenie svojich celosvetových práv duševného vlastníctva do dcérskej spoločnosti a táto môže sídlieť v krajine nemajúcej žiadnu spojitosť so vznikom samotného práva duševného vlastníctva, napr. v daňovom raji. Takýto prípad v minulosti posudzoval rakúsky Najvyšší súd vo veci *Stefanel*, v ktorom odmietol ako rozhodné právo právny poriadok Panenských ostrovov, kde sídlila spoločnosť spravujúca práva duševného vlastníctva.¹⁶

b) obvyklý pobyt nadobúdateľa licencie

Tento prístup zvolil napríklad rakúsky zákon o medzinárodnom práve súkromnom, avšak iba ak bola licencia udelená poskytovateľom pre viaceré krajiny.¹⁷

Argument pre použitie práva krajiny pobytu nadobúdateľa licencie je značne závislý na skutočnosti, že nadobúdateľ licencie využíva licenciu v krajine svojho pobytu, resp. sídla. Ak by využíval licenciu v tretej krajine,

¹⁵ Podľa bodu 21 preambuly Nariadenia: „V prípade absencie voľby, ak rozhodné právo nemožno určiť buď na základe skutočnosti, že zmluvu nemožno zaradiť do jedného z vymedzených typov, alebo na základe právneho poriadku krajiny obvyklého pobytu strany, ktorá má uskutočniť plnenie charakteristické pre zmluvu, na zmluvu by sa mal vzťahovať právny poriadok krajiny, s ktorou má najužšiu väzbu. S cieľom určiť túto krajinu by sa malo okrem iného vziať do úvahy, či predmetná zmluva má veľmi úzku väzbu s inou zmluvou alebo zmluvami.“ Rovnako aj pri aplikácii „únikovej klauzuly“, kedy podľa bodu 20 preambuly Nariadenia: „Ak má zmluva zjavne užšiu väzbu s inou krajinou, ako je uvedená v článku 4 ods. 1 alebo 2, „úniková klauzula“ by mala ustanoviť, že by sa mal uplatniť právny poriadok tejto inej krajiny. S cieľom určiť túto krajinu by sa malo okrem iného vziať do úvahy, či predmetná zmluva má veľmi úzku väzbu s inou zmluvou alebo zmluvami.“

¹⁶ Rozsudok z 5.5.1987. In: FAWCETT, James, TORREMANS, Paul. *Intellectual Property and Private International Law*. 2. vydanie. New York: Oxford University Press, 2011, 986 s. ISBN 978-0-19-955658-8. S.770.

¹⁷ Ibid, s. 770.

ťažisko licenčnej zmluvy by bolo v krajine využitia licencie a nie pobytu, sídla nadobúdateľa licencie.

c) krajina ochrany práva duševného vlastníctva

Vo väčšine prípadov sa pri určovaní krajiny s najužšou väzbou k zmluve javí ako najvhodnejší faktor krajina ochrany práva. Argumentom pre je, že právo duševného vlastníctva je obmedzené na určité územie, a to konkrétne na územie toho štátu, ktorý právu poskytuje ochranu, pričom zároveň v tomto štáte dochádza aj k využitiu práva. A ťažiskom licenčnej zmluvy je využitie práva.

Ako ďalší argument pre sa uvádza, že krajina ochrany práva býva často rovnaká, ako krajina nadobúdateľa licencie.¹⁸ Uplatňovanie práva krajiny ochrany môže spôsobovať komplikácie, ak poskytovateľ udelí licenciu pre územie viacerých krajín, čo by malo za následok použitie právnych poriadkov viacerých krajín.

Krajina ochrany práva, v ktorej dochádza k využitiu práva, by zrejme nepredstavovala najužšiu väzbu s licenčnou zmluvou vtedy, ak majú poskytovateľ a aj nadobúdateľ licencie pobyt, resp. sídlo v tej istej krajine, ale krajinou využitia práva na základe licenčnej zmluvy je iná odlišná krajina. V tomto prípade bude zrejme predstavovať najužšiu väzbu štát pobytu, resp. sídla oboch zmluvných strán.

Rovnako by krajina ochrany práva zrejme nepredstavovala najužšiu väzbu s licenčnou zmluvou v prípade, ak je ťažisko zmluvného vzťahu vyslovene na strane poskytovateľa licencie. Využitie práva nepredstavuje ťažisko zmluvy ak má napríklad poskytovateľ licencie podľa zmluvy povinnosť neustále rozvíjať licencované technológie alebo nepretržite poskytovať nadobúdateľovi know-how. Rozhodným právom tu bude preto krajina poskytovateľa licencie.

3. ZÁVER

Článok 4 Nariadenia stanovuje pravidlá pre určenie rozhodného práva medzinárodných licenčných zmlúv na predmety priemyselného vlastníctva, ak nedošlo k voľbe práva zmluvnými stranami. Ich použitie však môže byť pomerne zložité, pretože medzinárodné licenčné zmluvy nepredstavujú

¹⁸ Ibid, s. 772.

rovnorodú skupinu akými sú napríklad zmluvy o predaji tovaru, naopak ich obsah býva veľmi rôznorodý.

Ustanovenie čl.4 ods. 1 Nariadenia stanovujúceho rozhodné právo pre určité vymedzené typy zmlúv bude využiteľné málokedy, keďže neobsahuje osobitnú kategóriu licenčných zmlúv. Spomedzi zmlúv vymedzených v čl.4 ods. 1 budú najčastejšie použiteľné najmä pravidlá pre zmluvu o franšíze a distribučnú zmluvu. Ak bude možné charakterizovať predmetnú medzinárodnú zmluvu obsahujúcu licenčné dojednania ako zmluvu o franšíze, resp. distribučnú zmluvu, uplatnia sa pravidlá stanovené v čl.4 ods. 1.

Podobne bude zrejme málo využiteľné aj pravidlo založené na určení rozhodného práva podľa plnenia charakteristického pre zmluvu (čl.4 ods.2) vzhľadom na skutočnosť, že pokiaľ ide o určenie práv a povinností, bývajú medzinárodné licenčné zmluvy značne komplikované. Určenie plnenia charakteristického pre zmluvu bude preto vždy závisieť od konkrétnej licenčnej zmluvy a spravidla bude v prípade väčšiny zmlúv vzhľadom na ich zložitosť úplne nemožné.

Najčastejšie sa na medzinárodné licenčné zmluvy na predmety priemyselného vlastníctva v praxi podľa názoru autora uplatní pravidlo najužšej väzby (čl. 4 ods.4 Nariadenia), t.j. zmluva sa bude riadiť právnym poriadkom krajiny, s ktorou má najužšiu väzbu. Touto bude vo všeobecnosti krajina ochrany priemyselného práva (*lex loci protectionis*).

4. LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE

[1] DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. The Law Governing Intellectual Property Licensing Agreements (A Conflict of Law Analysis). In DE WERRA, Jacques. *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2013, 499 s. ISBN 9781849804400.

[2] FAWCETT, James, TORREMANS, Paul. *Intellectual Property and Private International Law*. 2. vydanie. New York: Oxford University Press, 2011. 986 s. ISBN 978-0-19-955658-8.

[3] MAGNUS, Ulrich. Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice. In: FERRARI, Franco and LEIBLE, Stefan. *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, s. 27-50. ISBN 978-3-86653-115-4.

[4] NISHANI, Yuko. Contracts Concerning Intellectual Property Rights. In: FERRARI, Franco and LEIBLE, Stefan. *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, s. 51-84. ISBN 978-3-86653-115-4.

- [5] TANG, Zhen Sophia. Law Applicable in the Absence of Choice - The New Article 4 of the Rome I Regulation. *The Modern Law Review*. 2008, roč. 71, č. 5, s. 785-800. ISSN 0026-7961
- [6] TORREMANS, Paul. Licences and assignments of intellectual property rights under the Rome I Regulation. *Journal of Private International Law*. 2008, roč. 4, č. 3, s. 397- 420. ISSN 17441048
- [7] ROZEHNALOVÁ, Nadežda. *Právo mezinárodného obchodu*. 3. vydanie. Praha: Wolters Kluwer, ČR, a.s., 2010, 552 s. ISBN 978-80-7357-562-5.
- [8] CLIP, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) of 15 December 2005 and the European Parliament Committee on Legal Affairs Draft Report on the Proposal of 22 August 2006, 4 January 2007. [citované 25.4. 2014]. Dostupné na http://www.ivir.nl/publications/eechoud/Clip_Rome_I_Comment.pdf
- [9] GUILIANO, M., LAGARDE, P. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. Official Journal C 282, 31/10/1980, p. 0001 -0050. [citované 25.4. 2014]. Dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031%2801%29:EN:HTML>
- [10] Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch proti Gisela Weller-Lindhorst, rozsudok Súdneho dvora z 23.4. 2009, vec C-533/07. [citované 25. 4. 2014]. Dostupné na <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=77990&doclang=SK>

E-SBÍRKA A E-LEGISLATIVA

VÁCLAV STUPKA*

ABSTRAKT

Jako součást systému eGovernmentu vznikla v České republice po vzoru mnoha moderních států myšlenka elektronizace tvorby práva a přístupu k právu. Projekty e-Sbírka a e-Legislativa mají za cíl dosáhnout vyšší dostupnosti, přehlednosti a srozumitelnosti platného práva, zkvalitnění a zefektivnění tvorby práva ve všech stádiích legislativního procesu a zajištění transparentnosti legislativního procesu. Jejich hlavním obsahem pak je vytvoření právních a praktických podmínek pro zavedení elektronického legislativního procesu (e-Legislativa) a elektronické Sbírky zákonů a mezinárodních smluv (e-Sbírka). Tento článek si klade za cíl kritickým pohledem posoudit hlavní principy navrhovaného systému a zhodnotit jeho přínosy a nedostatky.

KLÍČOVÁ SLOVA

eGovernment, legislativní proces, informační a komunikačních technologie, elektronizace

ABSTRACT

Czech republic, following the trend in other modern countries, also wants to use information and communication technologies to achieve higher quality, efficiency and transparency of law-making at all stages of the legislative procedure, and higher availability, comprehensibility and clarity of applicable law. New projects eLegislation and eCollection aim to achieve this by introducing new sys-

* Mgr. Václav Stupka se dlouhodobě orientuje na právo a informační a komunikační technologie. Dříve působil v oboru IT jako programátor a správce metropolitní sítě, studium na Právnické fakultě Masarykovy univerzity dokončil v roce 2010 a nyní pracuje jako právník Centra pro transfer technologií MU, jako asistent na Ústavu práva a technologií MU a jako výzkumný a vývojový pracovník na Ústavu výpočetní techniky. Hlavní oblastí jeho zájmu je právo duševního vlastnictví, veřejnoprávní otázky práva technologií a právní otázky související s kybernetickou bezpečností a kybernetickou kriminalitou. Kontaktní e-mail: stupka@ctt.muni.cz

tems for electronic legislative procedure and official electronic publication of applicable law. This paper aims to critically examine main attributes of the proposed system and to evaluate its benefits and drawbacks.

KEY WORDS

eGovernment, legislative process, information and communication technologies, computerization

1. ÚVOD

Informační a komunikační technologie (ICT¹) se staly zdrojem nejvýznamnějších společenských změn. Technologie procházejí neskutečně překotným vývojem, kdy jsou inovace téměř na denním pořádku. Vývoj má za následek neustálý pokles ceny, růst výkonu a kapacity informačních a komunikačních technologií. Stále platí i takzvaný Mooreův zákon, který stanoví, že se každých 18 měsíců zdvojnásobí výkon za stejnou cenu, nebo ekvivalentně klesne cena na polovinu při nezměněném výkonu².

Díky tomuto růstu exponenciálně roste i množství informací získávaných, poskytovaných a zpracovávaných prostřednictvím ICT. Národní, mezinárodní a globální výměna informací uvnitř a mezi korporacemi, vládami, organizacemi a jednotlivci ukazuje na trend, směřující k vytvoření technologických infrastruktur, které kdykoliv umožní okamžitou komunikaci a přístup k informacím.

Tato fakta lze v nejobecnějším smyslu považovat za charakteristiku informační společnosti. To, co způsobily ICT ve společnosti, je často popisováno jako nová průmyslová revoluce³, která mění nejen životy jednotlivců, ale i fungování společnosti jako celku. Není proto překvapující, že se budování informační společnosti objevuje již od 90. let minulého století

¹ ICT je obecně užívaná zkratka pro informační a komunikační technologie. Pochází z anglického výrazu infomation and communication technologies.

² Toto pravidlo je pojmenováno podle spoluzakladatele společnosti Intel Gordona E. Moore, který popsal tento trend vývoje již v roce 1965, a dobu jeho platnosti stanovil na minimálně 10 let. Viz. MOORE, Gordon E. Cramming more components onto integrated circuits. *Electronics Magazine* [online]. 1965, 4, [cit. 2010-01-10]. Dostupný z WWW: ftp://download.intel.com/museum/Moores_Law/Articles-Press_Releases/Gordon_Moore_1965_Article.pdf.

³ V literatuře se tato revoluce označuje zpravidla jako informační průmyslová revoluce, která je třetí průmyslovou revolucí po zemědělské revoluci a industriální revoluci. Srov. WEBSTER, Frank. *Theories of the Information Society*. 2nd ed. Routledge, 2002. 312 s.

v různých podobách jako součást vládních programů rozvinutých zemí po celém světě. Jejich cílem je zejména rovnoprávnější a vyváženější vnitřní uzpůsobení společnosti, stejně jako vytváření lepších podmínek pro rozvíjení a posilování individuálních schopností jejích členů⁴.

Veřejný sektor reaguje na tento vývoj s určitým zpožděním. Snahou v podstatě všech moderních států je nasazování takzvaného eGovernmentu. eGovernment je v zásadě série procesů, umožňující výkon veřejné správy a uplatňování občanských práv a povinností fyzických a právnických osob, realizovaných elektronickými prostředky. Cílem je rychlejší, spolehlivější a levnější poskytování služeb veřejné správy nejširší veřejnosti a zajištění větší otevřenosti veřejné správy ve vztahu ke svým uživatelům, tedy občanům⁵.

Ve světě se využívání eGovernmentu rapidně rozvíjí. Mnoho zemí využívá eGovernment jako nástroj ke zvýšení výkonnosti, prohloubení transparentnosti, zajištění vyšších příjmů a k usnadnění fungování veřejného sektoru. I když eGovernment nelze považovat za všelék, který bez dalšího zvýší výkonnost veřejného sektoru, jde o silný nástroj usnadňující vládám dosažení cílů směřujících k rozvoji a reformám administrativy. Přestože eGovernment může působit jako katalyzátor změn, není komplexním řešením a musí být součástí širšího pojetí reformy veřejného sektoru⁶.

Jako součást systému eGovernmentu vznikla v České republice po vzoru mnoha moderních států myšlenka elektronizace tvorby práva a přístupu k právu. Projekty e-Sbírka a e-Legislativa mají za cíl dosáhnout vyšší dostupnosti, přehlednosti a srozumitelnosti platného práva, zkvalitnění a zefektivnění tvorby práva ve všech stádiích legislativního procesu a zajištění transparentnosti legislativního procesu⁷. Jejich hlavním obsahem pak je vytvoření právních a praktických podmínek pro zavedení elektronického

⁴ Viz např. ŠTIKOVÁ, Michaela. *EJustice v ČR*. Brno, 2009. 58 s. Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity.

⁵ Viz ŠTĚDRŇ, Bohumír. *E-Justice : Občanské soudní řízení sporné a využití informačních a komunikačních technologií a právních informačních systémů*. Praha : Linde, 2008. 272 s. ISBN 9788072017140.

⁶ Viz BHATNAGAR, Subhash C. *E-government: from vision to implementation*. SAGE, 2004. 202 s. ISBN 0761932593.

⁷ Viz GOLA, Aleš. MINISTERSTVO VNITRA ČR. *Projekty e-Sbírka a e-Legislativa: Elektronizace tvorby práva a přístupu k právu*. 2012. vyd. 2012. Dostupné z: http://www.issz.cz/archiv/2012/download/prezentace/gola_mvcr.pdf.

systemu tvorby právních předpisů (e-Legislativa) a elektronické Sbírky zákonů a mezinárodních smluv (e-Sbírka).

Tento článek si klade za cíl kritickým pohledem posoudit hlavní principy navrhovaného systému a zhodnotit jeho přínosy a nedostatky.

2. PROMULGACE PRÁVNÍCH PŘEDPISŮ V ČR

Aby mohlo být právo efektivně interpretováno a aplikováno, je třeba zajistit jeho objektivní vnímatelnost, a to nejen tak, že vznikne samotný právní text, ale i tak, že je tento text náležitě komunikován svým adresátům. K tomuto účelu slouží takzvaná promulgace právních předpisů⁸. Promulgace byla v minulosti realizována různými způsoby⁹, zpravidla však byla silně formální. Cílem je informování adresáta o obsahu právního pravidla, prakticky ale obvykle nevede k tomu, že se adresát s pravidlem skutečně seznámí, ale spíše, že je mu seznámení s pravidlem umožněno. Pro fungování práva je tedy nezbytná také aktivita samotného adresáta, který se má s právními pravidly seznámit a prakticky je aplikovat. Se stoupající složitostí a množstvím právních pravidel je však tato aktivita náročnější a adresát tak obsah platného práva zná jen částečně anebo vůbec.

Vydávání a vyhlásování právních předpisů a mezinárodních smluv v České republice je realizováno prostřednictvím tradičního nástroje v podobě úřední sbírky právních předpisů, která je na našem území pro tento účel využívána již od 18. století¹⁰. Hlavními rysy konceptu úřední sbírky právních předpisů je právní závaznost vyhlášených textů právních předpisů a její listinná podoba. Tradičně je prostřednictvím Sbírky¹¹ směrem k adresátům komunikován obsah platného práva publikací právních předpisů v plném znění, ve formě základních předpisů a jejich novel. Adresát má možnost seznámit se se závazným zněním textů právních předpisů

⁸ Promulgaci lze chápat jako synonymum pro publikaci normativních právních aktů právotvornou autoritou. Více viz POLČÁK, Radim. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, 388 s. ISBN 978-80-87284-22-3.

⁹ Například ústně veřejným vyhlášením, publikací v právních knihách a podobně.

¹⁰ Viz RHEE, C. *European traditions in civil procedure*. Antwerpen: Intersentia, c2005, xvi, 344 p. ISBN 9789050954914.

¹¹ Sbírka zákonů a Sbírka mezinárodních smluv dle Zákona č. 309/1999 Sb. O Sběrce zákonů a o Sběrce mezinárodních smluv, ve znění pozdějších předpisů.

ve Sbírce buď tak, že si ji předplatí nebo zprostředkovaně ve veřejných institucích¹².

Sbírka bohužel jako hlavní komunikační kanál pro předávání informací o platném právu adresátům již dávno neslouží. Je to dáno zejména tím, že formát Sbírky je díky mimořádnému rozsahu a složité konstrukci platného práva pro poznání práva nevhodný. Zjištění pravidla chování by při výhradním využití Sbírky znamenalo dohledání příslušného základního předpisu a všech jeho modifikací v podobě novel a následné sestavení konsolidovaného znění. Takový postup je extrémně neefektivní nejen z důvodu značné časové náročnosti, ale také proto, že je často nesnadné dohledat všechny relevantní novely mnohdy skryté v textech tzv. změnových zákonů. Podaří-li se pak adresátovi sestavit aktuální znění právního předpisu, naráží na další problém – právní normu je třeba chápat v souvislostech vytvářených právním řádem, tyto souvislosti však pomocí dnešní podoby Sbírky zachytit nelze. Praktický dopad promulgace se proto prakticky zredukoval toliko na legitimaci platnosti příslušného normativního obsahu¹³.

Je proto pochopitelné, že se adresát v procesu poznávání práva obrací na jiné, neoficiální a daleko srozumitelnější zdroje informací o platném právu¹⁴. Nejen široká veřejnost, ale i sami právníci k tomuto účelu využívají různé komerční produkty – od nekomentovaných listinných vydání úplných znění zákonů, přes komentované právní předpisy, až po moderní komerční právní informační systémy. Obsah informací z těchto zdrojů však není státem garantován.

3. E-LEGISLATIVA A E-SBÍRKA

Situace nastíněná výše je předmětem časté kritiky ze strany odborné i laické veřejnosti. Její neudržitelnost konstatoval mimo jiné i Ústavní soud, který ve svém nálezu č. Pl. ÚS 77/06 uvádí, že:

„orientace adresáta právní normy v právním řádu se bez použití přístrojů informačních technologií stává zcela nemožnou. (...) O povinnosti poskytnout

¹² Viz § 13 zákona č. 309/1999 Sb. o Sbírce zákonů a o Sbírce mezinárodních smluv, ve znění pozdějších předpisů. V souladu s § 12 cit. zákona je také na internetu zveřejňováno neoficiální znění Sbírky v elektronické podobě.

¹³ Více viz POLČÁK, Radim. Internet a proměny práva. Praha: Auditorium, 2012, 388 s. ISBN 978-80-87284-22-3.

¹⁴ Tento fakt se projevuje například také tím, že se za posledních 10 let snížil náklad publikace Sbírky zákonů a Sbírky mezinárodních smluv o celých 76%.

každému přístup k informačnímu systému obsahujícímu úplné znění právních předpisů v elektronické podobě zákon mlčí. Přitom je zřejmé, že bez možnosti používání těchto systémů se dnes již v právním řádu České republiky nelze vyznat, a tak se problematizuje uplatnění obecné zásady právní, podle které neznalost zákona neomlouvá. Právo se tak stává pro své adresáty zcela nepředvídatelné. Zmíněná zásada je sice nutnou podmínkou efektivity každého systému platného práva, nelze ji však vykládat pouze k tíži adresátů práva, nýbrž též jako závazek veřejné moci vůbec činit právo poznatelným, protože jen takový právem se lze řídit.“

V rozvinutých státech se začínají projevovat tendence vedoucí k vytvoření moderních nástrojů k promulgaci práva. 17 států Evropské unie již zavedlo závazné elektronické vyhlásování práva, standardem jsou bezplatné dostupné databáze úplných znění právních předpisů a k tvorbě práva jsou široce využívány specializované nástroje ICT¹⁵.

Česká republika na tyto tendence reagovala představením projektů e-Sbírka a e-Legislativa, které jsou v současné době v procesu přípravy a implementace. Bylo také již ukončeno připomínkové řízení k Ministerstvem vnitra navrhovanému zákonu o Sbírce zákonů a mezinárodních smluv a o tvorbě právních předpisů vyhlášených ve Sbírce zákonů a mezinárodních smluv (zákon o Sbírce zákonů a mezinárodních smluv, dále jen ZoSb)¹⁶.

Systém e-Sbírka by se měl stát místem pro závazné elektronické vyhlásování Sbírky zákonů a mezinárodních smluv a současně by měl sloužit jako oficiální ověřený zdroj právních informací. e-Sbírka by měla pracovat s úplným zněním právních předpisů, přičemž by měl uživatel mít možnost zobrazovat právní předpis jak v úplném aktuálním znění, tak ve znění jednotlivých novelizačních bodů a měla by existovat i možnost zobrazit úplné znění předpisu ke zvolenému časovému okamžiku, či ve znění libovolné změny¹⁷. Do systému e-Sbírky by měly být zavedeny všechny časové podoby platných právních předpisů a mezinárodních smluv vyhlá-

¹⁵ Bližší informace o nástrojích k promulgaci a přístupu k právu jsou dostupné na N-Lex. EUR-Lex: Access to European Union Law [online]. [cit. 2014-01-23]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/n-lex>.

¹⁶ Viz Návrh zákona o Sbírce zákonů a mezinárodních smluv a o tvorbě právních předpisů vyhlášených ve Sbírce zákonů a mezinárodních smluv (zákon o Sbírce zákonů a mezinárodních smluv). MINISTERSTVO VNITRA. Portál aplikace ODok [online]. [cit. 2014-06-16]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/kpl-detail?pid=KORN999FKLW5>

šených ve Sbírce zákonů od 4. 5. 1945. Tyto texty však mají mít pouze informativní charakter – dále tedy bude závazné jejich znění promulgované v listinné Sbírce¹⁸. Systém by měl také obsahovat pokročilé nástroje pro vyhledávání a práci s právním textem. Obsah databáze bude také bezplatně poskytován k dalšímu zpracování komerčním subjektům.

Systém e-Legislativa by měl být koncipován jako komplexní nástroj pokrývající celý legislativní proces od počátku tvorby předpisu až po podání žádosti o jeho vyhlášení. Legislativci bude poskytovat podpůrné nástroje pro vytváření návrhů právních předpisů¹⁹. Prostřednictvím systému se také bude realizovat celý legislativní proces, v každé jeho fázi²⁰ dojde k zafixování aktuálního textu návrhu a po konečném schválení bude text předán do systému e-Sbírka k publikaci.²¹

4. PROBLEMATICKÉ OTÁZKY PROJEKTŮ

Projekty e-Legislativa a e-Sbírka jsou podle názoru autora jednoznačně krokem vpřed a správným směrem. Jelikož ale jejich realizace představuje poměrně zásadní zásah do legislativního procesu, je třeba se jimi zabývat kriticky a identifikovat problematické otázky, které je třeba si před zavedením systémů položit. Tato kapitola se věnuje jednotlivým teoretickoprávním, ústavním a technickým problémům, které mohou projekty provázet.

4.1 TEORETICKOPRÁVNÍ ASPEKTY

Zavedení elektronických prostředků do legislativního procesu povede k jeho větší či menší modifikaci. Jak vyplývá z popisu navrhovaného systé-

¹⁷ Viz Důvodová zpráva k Návrhu zákona o Sbírce zákonů a mezinárodních smluv a o tvorbě právních předpisů vyhlášených ve Sbírce zákonů a mezinárodních smluv (zákon o Sbírce zákonů a mezinárodních smluv). Dostupné z: https://apps.odok.cz/kpl-detail?p_p_id=material_WAR_odokkpl&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_resource_id=downloadAttachment&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=3&material_WAR_odokkpl_attachmentPid=RACK999FPCZ7

¹⁸ Toto vyplývá z § 6 odst. 2 písm. b) návrhu ZoSb.

¹⁹ Elektronický editor s možností využití šablon, slovníku CzechVoc, nástrojů pro komparativní analýzu prostřednictvím N-Lex a podobně.

²⁰ Například ve fázích předložení do meziresortního připomínkového řízení, předložení na jednání vlády, po schválení vládou, či po schválení komorami Parlamentu.

²¹ Tyto informace vyplývají z: MINISTERSTVO VNITRA ČR. Věcný záměr právní úpravy Sbírky zákonů a mezinárodních smluv a elektronické tvorby právních předpisů. 2010. Dostupné z: <http://www.mvcr.cz/soubor/verejne-zakazky-doc-priloha-c-1-vecny-zamer-pdf.aspx>.

mu e-Legislativa, bude do určité míry přebírat formální stránku tvorby předpisů, aby se tvůrce mohl efektivněji zaměřit na tu obsahovou. K tomu bude sloužit využívání šablon a různých dalších nástrojů automatizace, tedy takzvaný systém e-Šablona²². Je třeba ale tyto nástroje implementovat tak, aby v konečném důsledku legislativci nesvazovaly ruce. Systém by měl také poskytovat dostatečnou míru volnosti při tvorbě právního textu a současně by měl zajistit jeho určitou normovanost pro případné další zpracování. Doporučení proto jednoznačně směřuje k tomu, aby systém využíval poznatků moderní právní informatiky.

Právní předpisy mají být nově promulgovány v podobě úplných textů. Ač je takový způsob publikace jednoznačně vhodnější pro práci s právními texty a také lépe reflektuje zavedenou praxi využívání právních textů, není podle názoru autora vhodné se publikace rozdílových textů nadobro vzdát. Pomocí sledování rozdílových textů lze totiž neefektivněji sledovat, co se novelizací změnilo. Například obsah drobné novelizace textu nového Občanského zákoníku²³ bude patrně snadněji poznatelný z rozdílového textu, než vyhledáváním rozdílů v úplném znění předpisu. Zajímavou variantu nabízí řešení v Estonsku. V jejich Riigi Teataja²⁴ jsou publikovány originální texty přijatých právních úprav a tyto jsou před publikací zapracovány do publikovaných úplných znění předpisů²⁵. Sbírnice pak slouží jako žurnál novin a současně poskytuje aktuální úplné znění jednotlivých předpisů.

Za nevyužití příležitosti považuje autor fakt, že jako součást realizace projektu neproběhne sebrání aktuálně platného práva. Věcný záměr, důvodová zpráva i samotný návrh ZoSb předpokládá vytvoření pouhé informativní báze dat z předpisů vyhlášených po roce 1945. Aktuální platné právo je do určité míry nepoznatelné – nikdo vlastně neví, co je jeho součástí. Kdyby došlo k sebrání aktuálně platného práva, došlo by ke vzniku jednoznačné ucelené databáze platného práva a v konečném důsledku i ke zvýšení právní jistoty. A to přesto, že by mohlo dojít k opomenutí zahrnutí

²² Důvodová zpráva k návrhu ZoSb. hovoří o tzv. systému e-Šablona ve kterém by měly být právní předpisy vytvářeny na základě XML šablon, které umožní systematizování právního textu a zachycení legislativních vazeb na další relevantní zákonné předpisy.

²³ Zákon č. 89/2012 Sb., Občanský zákoník obsahuje v současném znění 3081 paragrafů, v nichž by mohlo být hledání změn poněkud problematické.

²⁴ Jedná se v podstatě o estonskou Sbírnici zákonů a mezinárodních smluv.

²⁵ § 3 odst. 1 Riigi Teataja Act č. RT | 2010, 19, 101. Dostupný z: <http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=XXXXX45&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=Riigi+Teataja+seadus>.

některých platných předpisů – takový nedostatek by se ostatně dal případnou nastavenou procedurou zhojit.²⁶

Přínos bude mít realizace projektů jednoznačně v oblasti transparentnosti legislativního procesu. Věcný záměr hovoří o zveřejňování ucelených textů navrhovaných předpisů ve všech fázích legislativního procesu. Lze však jít i mnohem dál; díky systému e-Legislativa může být mnohem efektivněji realizována kontrola ze strany veřejnosti. Systém může například zpřístupňovat i informace o původcích jednotlivých změn v textu navrhovaného předpisu, konkrétní informace o hlasování, nebo další funkcionality podporující transparentnost legislativního procesu. Důvodová zpráva k návrhu ZoSb hovoří o tom, že systémy e-Sbírka a e-Legislativa budou maximálně otevřeny následnému řešení dalších otázek souvisejících s modernizací tvorby práva a přístupu k němu, lze tedy doufat, že budou další funkcionality přidávány postupně za provozu obou systémů.

4.2 ÚSTAVNĚPRÁVNÍ ROZMĚR

Důležitou ústavněprávní otázkou je problém proporcionality mezi efektivitou zaváděných prostředků do legislativního procesu a ostatními právními principy. Využití prostředků ICT totiž může výrazně zasahovat například do principů nezávislosti mandátu člena zákonodárského sboru, nezávislosti zákonodárské moci a podobně²⁷. Z toho důvodu je třeba při rozhodování o realizaci nějaké části projektů v zájmu efektivitě provést a následně ověřovat standardní test proporcionality v souladu s judikaturou Ústavního soudu²⁸. Tento test odhaluje, zda je příslušné opatření vhodné, potřebné, poměrné a minimálně škodlivé²⁹. Aby bylo možné tento test provést, je

²⁶ I zde lze hledat paralely v právní úpravě Estonska.

²⁷ Například za zásah do nezávislosti mandátu by mohla být považována přílišná omezenost nástrojů pro tvorbu právních předpisů z hlediska možnosti modifikace struktury. Zásahem do nezávislosti moci zákonodárské na moci výkonné by mohl být fakt, že správu nástroje využívaného zákonodárnou mocí bude realizovat ministerstvo, tedy moc výkonná.

²⁸ Viz. např. rozhodnutí Ústavního soudu Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994 nebo III. ÚS 256/01 ze dne 21. 3. 2002.

²⁹ Vhodné z hlediska toho, zda skutečně přispěje k efektivitě, potřebné z hlediska toho, zda nelze stejného výsledku dosáhnout bez zásahu do jiného právního principu, poměrné z hlediska toho, zda je důvod upřednostnit efektivitu před jiným principem a minimálně škodlivé z pohledu toho, zda je minimalizován zásah do jiných principů. Test proporcionality vychází z kontinuální judikatury ústavního soudu. Srov. POLČÁK, Radim. *Právo a evropská informační společnost* [online]. Brno : Masarykova univerzita, 2009 [cit. 2010-01-10]. Pojem a právní aspekty informační společnosti, s. 89. Dostupné z WWW: <http://www.polcak.com/polcak-pravo_a_evropska_informacni_spolecnost.pdf>

nutné specifikovat, co v tomto ohledu považujeme za efektivní. V oblasti normotvorby budeme efektivitu patrně posuzovat z hledisek tří hlavních subjektů, tedy zákonodárského orgánu, dále adresátů norem, tzn. občanů a z hlediska státu. Stát bude patrně považovat za efektivní takový zákonodárský proces, který vede k vytváření kvalitních právních norem. Občan pak takový, který bude produkovat srozumitelné a dostupné informace o obsahu jeho práv a povinností. Z pohledu zákonodárce bude efektivní takový zákonodárský proces, který mu umožní se přehledně seznamovat s navrhovanými normami, zasahovat do jejich vzniku a podílet se na jejich přijímání. Autor se domnívá, že dobře implementované systémy e-Sbírky a e-Legislativy mohou ve všech třech oblastech přispět ke zlepšení aktuální situace, přičemž zásahy do práv popsane shora budou minimální.

Důležitou ústavněprávní otázkou související s projekty e-Legislativa a e-Sbírka je otázka přístupu adresátů k právním normám. Návrh ZoSb hovoří o tom, že se budou akty Sbírky vyhledávat v elektronické i listinné podobě. Listinná se bude vyhotovovat pouze pro nejvyšší orgány státu nebo na objednávku úplatně³⁰. Předpokládá se, že se adresát bude s normou seznamovat pouze prostřednictvím prostředků ICT. Proto je třeba se i v souvislosti s těmito projekty zabývat otázkou práva na informační sebeurčení a možnostmi přístupu veřejnosti k informační síti. V této souvislosti je třeba zmínit rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 7. 4. 2010, sp. zn. I. ÚS 22/10, ve kterém ÚS považuje přístup k internetu do určité míry za součást minimálního životního standardu.

4.3 TECHNICKÉ ASPEKTY

Při tvorbě jakéhokoliv systému pro práci s informacemi v elektronické podobě je třeba zabývat se otázkou formátu. V souvislosti s projekty e-Justice a e-Sbírky je tato otázka ještě důležitější, neboť zvolený formát musí plnit mnoho funkcí. Informace publikované v dokumentech předmětných systémů musí být nejen dobře zabezpečené, obecně dostupné a čitelné, ale musí být navíc dostatečně strukturované, aby mohly výsledné systémy plnit pokročilé funkce, které se od nich očekávají. Důvodová zpráva k návrhu ZoSb hovoří o tom, že dokumenty v legislativním procesu by měly v zásadě formát souboru XML, které budou dále vizuálně interpretovány formátem

³⁰ Viz §7 odst. 5 návrhu ZoSb.

XSL a publikované pro veřejnost po převodu do formátu PDF/A. Tyto formáty jsou otevřené, obecně uznávané a software pro jejich zobrazování je dostupný. Otázkou je, v jakém formátu budou informace z databází systémů předávány případným zájemcům o hromadné zpracovávání. Další otázkou je i to, jaký formát XML zvolí tvůrci systému pro strukturování obsahu předpisů. Oba faktory mohou mít zásadní vliv na případnou využitelnost pokročilých funkcí systémů. I zde se nabízí doporučení, aby bylo další směřování ovlivněno poznatky moderní právní informatiky.

Důležitým technickým aspektem je bezpečnost. Dostupnost systémů e-Sbírka a e-Legislativa bude jednoznačně kriticky důležitá pro fungování státu. Proto je třeba si položit otázku, jak zajistit jejich bezpečnost na co nejvyšší úrovni. Současný vývoj realizace projektů naznačuje, že praktický návrh a provoz systémů bude realizován dodavatelsky, což lze považovat za určité bezpečnostní riziko, které je třeba zohledňovat při posuzování přínosů navrhovaných projektů. Správce systémů e-Sbírka a e-Legislativa, kterým bude Ministerstvo vnitra³¹, by měl mít k systémům a jejich databázím dostatečný přístup, tak aby mohl zajistit případnou kontinuitu při výpadku na straně jejich faktického provozovatele. Musí být zajištěna především dostupnost a integrita systému a dat. Podle názoru autora se důvodová zpráva vyrovnává s otázkou bezpečnosti systémů a souvisejícími riziky nedostatečně.

5. ZÁVĚR

Navrhované projekty e-Sbírka a e-Legislativa považuje autor za skvělou příležitost pro rozvoj informační společnosti v České republice, pro ztransparenění zákonodárského procesu, i pro zajištění lepší dostupnosti práva a zvýšení právní jistoty. Je si však vědom problematických otázek, které s jejich realizací vznikají. Tyto otázky je třeba před zavedením předmětných systémů na odborné úrovni diskutovat a řešit.

Jako hlavní nedostatek navrhovaného řešení autor jednoznačně považuje to, že v rámci jeho zavedení nedojde k sebrání aktuálně platného práva. E-Sbírka bude obsahovat pouze informativní obsah současných Sbírek, který je již v současné době mimořádně nepřehledný, a z tohoto obsahu bude pak generovat úplná znění přijatých předpisů. Paradoxním důsledkem pak

³¹ Viz § 6 odst. 1 návrhu ZoSb.

pravděpodobně bude, že místo aby došlo ke zvýšení právní jistoty adresátů práva, bude tato naopak snížena díky multiplikaci zdrojů závazných právních předpisů. Z tohoto pohledu se zdá jako mnohem přínosnější řešení, které by platné právní předpisy shrnulo do jednoho zdroje a vytvořilo by časově ukotvený, jednoznačný a kompletní obsah platného práva.

V prostoru jednoho článku jednoznačně nelze celou problematiku detailně shrnout ani diskutovat, proto lze tento text považovat spíše za příspěvek do diskuse, který se snaží vzbudit zájem odborné veřejnosti.

6. LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE

- [1] BHATNAGAR, Subhash C. *E-government: from vision to implementation*. SAGE, 2004. 202 s. ISBN 0761932593.
- [2] GOLA, Aleš. MINISTERSTVO VNITRA ČR. *Projekty e-Sbírka a e-Legislativa: Elektronizace tvorby práva a přístupu k právu*. 2012. vyd. 2012. Dostupné z: http://www.issc.cz/archiv/2012/download/prezentace/gola_mvcr.pdf.
- [3] MINISTERSTVO VNITRA ČR. Věcný záměr právní úpravy Sbírky zákonů a mezinárodních smluv a elektronické tvorby právních předpisů. 2010. Dostupné z: <http://www.mvcr.cz/soubor/verejne-zakazky-doc-priloha-c-1-vecny-zamer-pdf.aspx>.
- [4] MOORE, Gordon E. Cramming more components onto integrated circuits. *Electronics Magazine* [online]. 1965, 4, [cit. 2010-01-10]. Dostupný z WWW: ftp://download.intel.com/museum/Moores_Law/Articles-Press_Releases/Gordon_Moore_1965_Article.pdf.
- [5] N-Lex. EUR-Lex: Access to European Union Law [online]. [cit. 2014-01-23]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/n-lex>.
- [6] POLČÁK, Radim. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, 388 s. ISBN 978-80-87284-22-3.
- [7] POLČÁK, Radim. *Právo a evropská informační společnost* [online]. Brno : Masarykova univerzita, 2009 [cit. 2010-01-10]. Pojem a právní aspekty informační společnosti, s. 89. Dostupné z WWW: http://www.polcak.com/polcak-pravo_a_evropska_informacni_spolecnost.pdf.
- [8] RHEE, C. *European traditions in civil procedure*. Antwerpen: Intersentia, c2005, xvi, 344 p. ISBN 9789050954914.
- [9] STUPKA, Václav. *eJustice*. Brno, 2010. Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity.
- [10] ŠTĚDRŮŇ, Bohumír. *E-Justice : Občanské soudní řízení sporné a využití informačních a komunikačních technologií a právních informačních systémů*. Praha : Linde, 2008. 272 s. ISBN 9788072017140.
- [11] ŠTIKOVÁ, Michaela. *EJustice v ČR*. Brno, 2009. 58 s. Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity.
- [12] WEBSTER, Frank. *Theories of the Information Society*. 2nd ed. Routledge, 2002. 312 s.

SOFTWARE JAKO VĚC V REŽIMU NOVÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU

JAN TOMÍŠEK*

ABSTRAKT

Cílem tohoto článku je poukázat na některé praktické otázky ve vztahu k pořízování software, jež vyvstaly s příchodem nového občanského zákoníku. Zároveň jsou čtenáři předloženy možné odpovědi s úmyslem otevřít diskusi na dané téma. První část článku se zabývá otázkou, zda je software v režimu nového občanského zákoníku věcí. Druhá část se zaměřuje na konkrétní aplikaci předchozích závěrů v oblasti odpovědnosti za vady a bezdůvodného obohacení. Na konec jsou shrnuty výsledky analýzy a je rozebrán jejich vliv na systém autorského práva jako celek.

KLÍČOVÁ SLOVA

software, věc v právním smyslu, pojmové znaky věci, autorská práva, odpovědnost za vady, bezdůvodné obohacení

ABSTRACT

The aim of this article is to highlight some of the practical issues in relation to the acquisition of software, which arose with the arrival of the new Civil Code. The readers are presented with possible answers aiming to open discussion on the topic. The first part of the article deals with the question of whether software is a thing in legal terms under the new Civil Code. The second part focuses on the specific application of the previous findings in the area of liability for defects and unjust enrichment. In conclusion the results of the analysis are summarized and their impact on the system of copyright as a whole is assessed.

* Bc. Jan Tomíšek je diplomantem na Ústavu práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity a spolupracovníkem advokátní kanceláře ROWAN LEGAL. Kontaktní e-mail: jantomisek@gmail.com

KEY WORDS

software, thing in legal terms, the characteristics of things, copyright, liability for defects, unjust enrichment

1. ÚVOD

Nový občanský zákoník¹ s sebou do českého právního řádu přinesl řadu změn a jako obecný kodex soukromého práva se dotkl i řady souvisejících odvětví, včetně práva autorského, které reguluje právní vztahy k software. Významně se do praxe promítá mimo jiné otázka, zda je software věcí v právním smyslu.

Na rozdíl od předchozí právní úpravy NOZ obsahuje výslovnou definici věci v právním smyslu² a to definici (úmyslně)³ velmi širokou. Je proto namístě se ptát, zda je možné ji aplikovat na software, potažmo na autorská díla obecně. Mnohá ustanovení NOZ přitom váží některá práva a povinnosti na věcnou povahu předmětu právního vztahu, například § 3002 odst. 2, který upravuje vydávání bezdůvodného obohacení v případě užívání věci na základě neplatné smlouvy. Předmětem tohoto článku je proto diskuze významu ustanovení o věcech v právním smyslu zejména s ohledem na vztah NOZ a AutZ jako obecného a zvláštního předpisu, konkrétní podmínky jejich aplikace a případné praktické důsledky.

S ohledem na novost právní úpravy, z ní vyplývající absenci judikatury a do značné míry i doktrinárních poznatků, není cílem této práce předložit čtenáři definitivní závěry v otázce povahy software jako věci v právním smyslu a otázkách souvisejících. Mým záměrem je především na tyto otázky poukázat pro jejich praktický význam, prezentovat svůj názor na možné odpovědi a tím otevřít odbornou diskuzi na dané téma.

2. NOZ A AUTZ – VZTAH LEX GENERALIS A LEX SPECIALIS

Než si začneme klást otázku, zda autorská díla nesou pojmové znaky věci ve smyslu NOZ, položme si otázku obecnější – je vůbec možné uvažovat o aplikaci této definice plynoucí z obecného předpisu soukromého práva na

¹ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „NOZ“).

² § 489 NOZ.

³ Srov. Důvodová zpráva k NOZ (konsolidovaná verze). *Nový občanský zákoník* [online]. Ministerstvo spravedlnosti ČR, duben 2012 [cit. 16. 4. 2014]. s. 177.

statek spadající do působnosti autorského zákona⁴ jako předpisu zvláštního? NOZ nám pro rozhodnutí poskytuje vodítko v § 9 odst. 2: „Soukromá práva a povinnosti osobní a majetkové povahy se řídí občanským zákoníkem v tom rozsahu, v jakém je neupravují jiné právní předpisy.“ Z tohoto ustanovení dovozují, že na autorská díla rozhodně nelze aplikovat ustanovení NOZ o věcných právech, neboť AutZ obsahuje vlastní úpravu absolutních majetkových práv. Avšak, jak podrobněji vysvětlím níže, ne ke každé věci ve smyslu NOZ se musí vázat absolutní majetková práva, protože se s charakterem věci v právním smyslu pojí i jiná svébytná oprávnění - například Ivo Telec v tomto kontextu poukazuje na ochranu držby jakožto ochrany pokojného stavu,⁵ v úvodu tohoto článku pak byla zmíněna oblast odpovědnosti za vady.

Je tedy namístě zvažovat, zda AutZ obsahuje dostatečnou úpravu všech těchto svébytných oprávnění, aby nebylo třeba aplikovat ustanovení NOZ jako *lex generalis*. Ochranu pokojného stavu autorský zákon neřeší a nestanoví ji jako překážku například pro některé zápůrčí nároky, i když by to leckdy mohlo být ku prospěchu věci.⁶ Stejně tak není upravena problematika odpovědnosti za vady, ač ji praxe velmi často řeší.⁷ Bezdůvodné obohacení je řešeno v § 40 odst. 4 AutZ, upravena je však pouze jeho výše a institut poctivého příjemce zde není obsažen vůbec, ve zbývajícím rozsahu (např. ohledně samotné povinnosti k vydání) je tedy třeba použít úpravu NOZ.⁸ Ostatně první věta § 40 odst. 2 to i předpokládá: „Právo na náhradu škody a na vydání bezdůvodného obohacení podle zvláštních právních předpisů zůstává nedotčeno[.]“ Domnívám se proto, že vyloučení aplikace NOZ jako obecnějšího předpisu v tomto směru není možné, neboť AutZ neobsahuje rozdílnou úpravu veškerých možných následků povahy autorského díla jako věci v právním smyslu.

Opomenout nelze ani hledisko časové. NOZ je sice pozdějším předpisem, obecné zásady právním nám však říkají, že *lex posterior generalis non de-*

⁴ Zákon č. 121/2000, autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „AutZ“).

⁵ Srov. TELEC, Ivo. Držba informací. *Právní rozhledy*. 2014, roč. 22, č. 4, s. 120.

⁶ Například soudní zákaz užívat určitý software může být v současné digitální ekonomice likvidační a nebylo by od věci jeho tvrdé dopady alespoň zmírnit formou ochrany pro poctivé držitele daného softwarové řešení.

⁷ Vedle licence je při pořizování software odpovědnost za vady nejvíce diskutovanou otázkou.

⁸ § 2991 odst. 1 NOZ.

rogat legi priori speciali. NOZ sám tuto zásadu reflektuje v přechodném ustanovení § 3029 odst. 2: „Nestanoví-li tento zákon něco jiného, nejsou dotčena ustanovení [...] právních předpisů upravujících zvláštní soukromá práva.“ Za takový předpis můžeme jistě považovat i AutZ.⁹ Otázkou je, zda by aplikací ustanovení NOZ o věcech v právním smyslu byla dotčena zvláštní soukromá práva zakotvená v autorském zákoně. Na jednu stranu se lze domnívat, že tato práva budou touto aplikací spíše podpořena, na druhou stranu například ochrana držby jako pokojného stavu může v některých případech směřovat i proti tomu, komu svědčí absolutní majetkové právo, a toto právo tím může být omezeno. Podobně § 3002 odst. 2 může omezit nárok na vydání bezdůvodného obohacení podle autorského zákona vznesený vůči poctivému příjemci. Proto bychom měli podrobně zvážit účel § 3029 odst. 2. Podle mého názoru je zde cílem vyloučit nezamýšlenou novelizaci, tj. přímou změnu těchto soukromých práv, ne však vyloučit jejich koexistenci s jinými obecnými občanskoprávními instituty. Aplikace těchto institutů na oblast autorských práv je tedy možná a v některých případech dokonce nevyhnutelná, jak bylo ukázáno u bezdůvodného obohacení.

3. POJMOVÉ ZNAKY VĚCI V PRÁVNÍM SMYSLU

Připustíme-li aplikaci ustanovení NOZ o věcech v právním smyslu, je nejprve třeba zabývat se jejich pojmovými znaky. Za věc se dle litery zákona považuje vše, co je odlišné od osoby a slouží potřebě lidí, doktrína však připojuje k těmto pojmovým znakům jeden další, zákonem výslovně nevyjádřený. Je to způsobilost být předmětem subjektivních majetkových práv, což prakticky znamená, že si určitou věc můžeme „přivlastnit“ a právně s ní disponovat.¹⁰ Důvodová zpráva hovoří zejména o právu vlastnickém,¹¹ není však vyloučena jiná možnost, což je třeba zdůraznit. Tím vzniká zvláštní kategorie věcí bez věcných práv, do které by software mohl spadat.¹²

⁹ Nezasahovat mimo jiné do autorského práva bylo i úmyslem zákonodárce. Srov. Důvodová zpráva, op. cit., s. 590.

¹⁰ Tento požadavek plyne z původní textace návrhu NOZ předloženého Poslanecké sněmovně. Srov. § 482 Sněmovního tisku 362/0, Vládní návrh na vydání zákona občanský zákoník. *Digitální repozitář* [online]. Poslanecká sněmovna parlamentu České republiky. 26. 5. 2011 [cit. 16. 3. 2014].

¹¹ Důvodová zpráva, op. cit., s. 118.

¹² Na tento aspekt upozorňuje též Ivo Telec, když uvádí, že „ustanovení o věcných právech nelze pokaždé použít na nehmotné věci.“ Srov. TELEC, 2014, op. cit., s. 120.

Nese však software výše popsané pojmové znaky? Pro začátek lze konstatovat, že software slouží potřebě lidí a proto splňuje pojmový znak užitečnosti - domnívám se, že ve vztahu k tomuto tvrzení není třeba čtenáře zatěžovat detailním odůvodňováním. Bez pochyby lze též říci, že software může být předmětem subjektivních majetkových práv, jmenovitě majetkových práv autorských.¹³

Sporným bodem zůstává rozdílnost software od osoby. Ve vztahu k software přitom tento problém nemusí být tak zjevný jako u obecné kategorie autorského díla. Autorské dílo jako ideální statek je jedinečným, resp. původním výsledkem tvůrčí činnosti autora.¹⁴ Jako jeho duševní produkt je s ním do značné míry spjato a zákon proto upravuje k autorskému dílu též práva osobnosti.¹⁵ Z těchto důvodů je z určitého úhlu možno pohlížet na autorské dílo jako na extenzi osobnosti jeho autora. Pokud bychom dospěli k závěru, že je propojení mezi autorem a jeho dílem natolik silné, že je obtížné je od sebe odlišit, pak by autorská díla věcmi nebyla, a tedy by věcí nebyl ani software.

Oč je u software méně zřetelná spojitost s osobou autora, o to výrazněji u něj vynikají rysy, které jej od ní odlišují a které nejsou tolik patrné například u básně či jiného literárního díla. Počítačový program v podobě zdrojového kódu je souborem pokynů pro počítačový systém, který se někdy může více či méně blížit přirozenému jazyku,¹⁶ častěji je ale spíše podobný matematickému zápisu.¹⁷ Ještě markantnější je tato odlišnost u podoby strojového kódu, který je posloupností instrukcí pro procesor počítače a pro člověka je téměř nesrozumitelný. Ztotožnit matematický zápis, posloupnost nesrozumitelných instrukcí, nebo dokonce jen jedniček a nul

¹³ § 2 odst. 2 AutZ stanoví možnost ochrany software, jako autorského díla, § 65 odst. 1 AutZ přiznává software ochranu jako dílu literárnímu a § 12 pak k autorským dílům zakotvuje absolutní majetkové právo dílo užít.

¹⁴ § 2 odst. 1, resp. 2 AutZ.

¹⁵ § 11 AutZ.

¹⁶ Ne nadarmo teorie programovacích jazyků do značné míry vychází z díla lingvisty Noama Chomského, který se ve své práci zabýval spíše přirozenými jazyky. Srov. BARSKÝ, Robert F. Noam Chomsky: A life of dissent. MIT Press, 1998. In: *Google Books* [online] Google, Inc. [cit. 16. 3. 2014].

¹⁷ Např. ve funkcionálním programování má počítačový program podobu matematického výrazu a běh programu spočívá v jeho redukci. Srov. WADLER, Philip. The essence of functional programming. In: Proceedings of the 19th ACM SIGPLAN-SIGACT symposium on Principles of programming languages. ACM, 1992. In: *ACM Digital Library* [online]. Association for Computing Machinery [cit. 16. 3. 2014]. s. 1.

binárního kódu s osobou autora je alespoň z mého pohledu přinejmenším problematické.

Taktéž je třeba vzít v úvahu i jiné pojmové znaky autorského díla vedle jeho charakteru tvůrčího výsledku. Autorským dílem není každý, byť i jedinečný, výsledek tvůrčí činnosti (např. myšlenka), ale pouze výsledek objektivně vyjádřený.¹⁸ Není snad objektivní vyjádření myšlenky právě tím krokem, který ji učiní součástí vnějšího světa a definitivně ji tak oddělí od osobnosti autora? Přikláním se k závěru, že je, a odpovídá tomu dle mého názoru i realita hospodářského styku, kde se software po obrazném oddělení osobnosti autora od něj velmi často odděluje i fakticky. Na většině významných softwarových řešení se totiž podílejí desítky, stovky nebo dokonce tisíce programátorů jako zaměstnanců nebo smluvních dodavatelů výrobce a jejich kontakt a propojení s výsledným dílem jako celkem je minimální.

4. TELEOLOGICKÉ HLEDISKO

Jedním z faktorů, které ve vztahu k novelizované právní úpravě nelze opomenout, je též úmysl zákonodárce. Jak již bylo řečeno, definice věci v NOZ je záměrně velmi široká a důvodová zpráva k tomuto výslovně uvádí: „Široké vymezení zahrnující pojmově jako věci v právním smyslu věci hmotné i nehmotné (např. předměty spadající do kategorií průmyslového a jiného duševního vlastnictví, [...]) vyhovuje lépe praktické potřebě i hledisku zdejšího ústavního pořádku.“¹⁹

Úmysl zákonodárce však není dobré posuzovat pouze na základě textu předpisu a jeho důvodové zprávy – zvažme proto také, jak se text předpisu vyvíjel do jeho definitivního schválení. Návrh NOZ od své první verze až do znění předloženého Poslanecké sněmovně obsahoval větu: „Majetková práva se týkají věcí v právním smyslu.“²⁰ Od počátku tedy bylo účelem definice věci v právním smyslu vymezení okruhu předmětů, ke kterým se mohou vázat majetková práva. Přestože tato formulace ve finálním textu předpisu obsažena není, nelze ji zcela přehlížet. Výše jsem poukazoval na to, že je

¹⁸ § 2 odst. 1 AutZ.

¹⁹ Důvodová zpráva, op. cit., s. 177.

²⁰ Srov. § 411 odst. 1 Návrhu zákona a důvodové zprávy. *Nový občanský zákoník* [online]. Ministerstvo spravedlnosti ČR, leden 2005 [cit. 16. 4. 2014]. a též § 482 Sněmovního tisku 362/0, op. cit.

třeba vnímat ji jako jeden z definičních znaků věci, ale celou úvahu je možné také obrátit. Samotná koncepce definice věci vypuštěním zmíněné věty nebyla dotčena. Stále je jejím účelem vymezit a souhrnně označit okruh předmětů subjektivních majetkových práv, proto bychom na ni touto optikou měli nazírat.

Co to znamená v našem případě? Jestliže úmyslem normotvůrce bylo širou definovat okruh předmětů, ke kterým se mohou vztahovat majetková práva a zahrnout do tohoto okruhu též „předměty spadající do kategorií průmyslového a jiného duševního vlastnictví[,]“²¹ pak se domnívám, že tuto zbytkovou kategorii „jiné duševní vlastnictví“ by měly tvořit zejména právě předměty práva autorského, jelikož právo autorské tvoří jeden z hlavních pilířů systému práva duševního vlastnictví vedle práv průmyslových.²² Tomu odpovídá i skutečnost, že se k autorským dílům podle AutZ vztahují majetková práva.²³ Software je tedy dle mého názoru z teleologického hlediska v režimu NOZ věcí, avšak věcí, jež není předmětem věcných práv.

5. LICENCE JAKO VĚC

Vedle otázky, zda je samotný software věcí, se hodí zvážit otázku úzce související – je licence k software věcí? Licencí se v nové právní úpravě rozumí „oprávnění k výkonu práva duševního vlastnictví[,]“²⁴ I kdybychom se přiklonili k závěru, že software jako autorské dílo je součástí osobnosti autora, domnívám se, že licence jako obligace součástí jeho právní osobnosti není, zvláště je-li jejím předmětem majetkové právo software užít, což je případ v praxi nejčastější. Zároveň můžeme říci, že softwarová licence slouží potřebě lidí, neboť na přenechávání licencí je založena většina obchodního styku ve vztahu k software.

Taktéž můžeme za splněný považovat doktrinální požadavek na způsobilost být předmětem majetkových práv, protože licence jsou ve zmíněném

²¹ Důvodová zpráva, op. cit., s. 177.

²² Srov. např. ŠPAČEK, Jindřich. Veřejnoprávní ochrana duševního vlastnictví, vztah mezi pojmy „průmyslové“ a „duševní“ vlastnictví. In: JEŽEK, Jiří. a kol. *Prosazování práv z duševního vlastnictví* [online]. 2003 [cit. 16. 3. 2014]. s. 18 an.

²³ § 12 AutZ.

²⁴ § 2358 odst. 1 NOZ.

obchodním styku smluvně převáděny²⁵ a stávají se tak předmětem relativních majetkových práv. Toto pojetí ostatně dle mého názoru odpovídá vnímání softwarových licencí jako obchodního artiklu, jež nám prezentoval Soudní dvůr Evropské unie v rozhodnutí *UsedSoft*.²⁶

Domnívám se proto, že licenci můžeme zařadit mezi nehmotné věci, neboť se jedná o právo, jehož povaha to připouští,²⁷ avšak platí stejná výhrada jako výše – licence dle mého názoru nejsou předmětem věcných práv, neboť by to narušovalo běžnou strukturu relativních právních vztahů a jejich účinků *inter partes*.

6. APLIKAČNÍ DŮSLEDKY

Zkusme nyní zvážit důsledky obou možných závěrů. Pakliže by autorské dílo nebylo věcí, do jaké kategorie by spadalo? Dřívější občanský zákoník pro tyto účely pracoval s pojmem „jiná majetková hodnota“.²⁸ Ivo Telec v podobné souvislosti zmiňuje „výtvoř jako zvláštní kategorii předmětů soukromých práv vedle věcí.“²⁹ Z jeho dřívějších prací lze vyčíst, že tento pojem používá mimo jiné pro předměty autorských práv.³⁰ Obstojí tento pojem ve světle NOZ? Domnívám se, že ano. Vzhledem k tomu, že vyloučení povahy autorského díla jako věci by se zakládalo na jeho propojení s osobou autora, označoval by pojem výtvor v podstatě jednu ze složek autorovy právní osobnosti.³¹

Pokud bychom dospěli k závěru, že software je věcí stejně jako všechna autorská díla, k čemu by takový závěr vedl? Především k možnosti na ně aplikovat posesorní ochranu a jiné obecné občanskoprávní instituty vázané na povahu statku jako věci v právním smyslu. Je otázkou zda je taková aplikace prakticky přínosná a jak ovlivní rovnováhu systému autorského práva. Dle mého názoru se může jednat o přínos v podobě posílení ochrany

²⁵ § 2358 odst. 1 NOZ ve svém úvodu hovoří o licenční smlouvě, kterou se samotná licence jako obligace přenechává.

²⁶ Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 3. července 2012 ve věci C-128/11.

²⁷ § 496 odst. 2 NOZ.

²⁸ § 118 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

²⁹ TELEC, 2014 op. cit. S. 117, poznámka pod čarou.

³⁰ TELEC, Ivo. Autorské právo k fotografiím podle nového autorského zákona. *Právní rozhledy*. 2000, roč. 8, č. 12, s. 539. ISSN 1210-6410. In: *beck-online* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 16. 3. 2014]. Též srov. TELEC, Ivo. *Pojmové znaky duševního vlastnictví*. Praha: C. H. Beck, 2012. s. 37.

³¹ § 15 NOZ.

uživatelů software, kteří konají v dobré víře, ale jsou následně stíháni nositeli práv, již se snaží získat ekonomický prospěch.³²

Pokud navíc přijmeme filosofickou premisu Radima Polčáka, že informace má přirozený sklon se šířit a snaha zakotvit k ní restriktivní práva je kontradiktorní k její povaze, současným technickým možnostem i k její filosofické podstatě,³³ přičemž vezmeme v potaz, že software, stejně jako ostatní autorská díla, je jen objektivně vyjádřenou myšlenkou, tedy informací, může být výše popsáný závěr též filosoficky konformní. Jak poukazuje Ivo Telec, ochrana držby je institut svědčící poctivém držiteli, tedy držiteli v dobré víře, který k předmětu držby nemusí mít absolutní majetková práva.³⁴ Ten, komu absolutní majetková práva svědčí, naopak může být ochranou držby v jejich výkonu omezen, čímž ve výsledku dochází k limitaci restriktivních práv k informacím.

6.1. ODPOVĚDNOST ZA VADY

Praktický dopad pojetí software jako věci se může projevit v rovině odpovědnosti za vady, konkrétně jejího právního režimu. Za účinnosti zákona č. 40/1964 Sb. nebylo tolik zřejmé, jaký má mít odpovědnost režim a zda je například možné na software aplikovat ustanovení o vadách předmětu koupe.³⁵ V režimu NOZ se na software poskytovaný na základě licenční smlouvy vztahuje obecná odpovědnost za vady dle § 1914 a násl. nového občanského zákoníku. Dle těchto ustanovení by měl mít software vlastnosti vymíněné či obvyklé a měl by být použitelný způsobem stanoveným ve smlouvě a je-li stranám znám, i podle účelu smlouvy. Pokud není dohodnuto jinak, měl by být střední jakosti. Za vadné plnění je považováno zejména plnění, které nemá ujednané vlastnosti, tedy je v rozporu se smlouvou resp. specifikací.

Přijmeme-li názor, že autorská díla jsou v pojetí nového občanského zákoníku věcmi v právním smyslu, může se na jejich úplatný převod uplatnit

³² Jinými slovy, občanskoprávní instituty by nám v oblasti duševního vlastnictví mohly přinést nástroje, jak alespoň občas pomyslně vyrazit trollům z rukou jejich kyje. Srov. POLČÁK, Radim. Internet a proměny práva. Auditorium, 2012. s. 312, poznámka pod čarou.

³³ POLČÁK, 2012, op. cit, s. 307.

³⁴ TELEC, 2014, op. cit., s. 119.

³⁵ KNEBL, Ondřej. Odpovědnost za vady software. *Právní rádce* [online]. *Economia*, 2. září 2010 [cit. 16. 3. 2014].

i ustanovení o odpovědnosti za vady prodané věci dle § 2099 a násl. NOZ, přičemž je díky věcné povaze předmětu tato analogie mnohem přílehavější. Tento závěr se nám hodí v případech, kde absentuje smluvní úprava této otázky, což v praxi nejsou případy výjimečné.

6.2. UŽÍVÁNÍ SOFTWARE NA ZÁKLADĚ NEPLATNÉ SMLOUVY

Dalším z praktických důsledků závěru, že software je věcí v právním smyslu, může být aplikace § 3002 odst. 2 NOZ na případy neplatných licenčních smluv. Tento odstavec stanoví: „Užíval-li věc nabytou podle úplatné smlouvy poctivý příjemce a je-li smlouva neplatná, poskytne druhé straně náhradu za užívání, avšak jen do výše odpovídající jeho prospěchu.“

Základní otázkou při aplikaci tohoto ustanovení je, zda ob stojí i vedle § 40 odst. 4 AutZ. Ten ve svém poslední větě stanoví, že „[v]ýše bezdůvodného obohacení vzniklého na straně toho, kdo neoprávněně nakládal s dílem, aniž by k tomu získal potřebnou licenci, činí dvojnásobek odměny, která by byla za získání takové licence obvyklá v době neoprávněného nakládání s dílem.“

Těžiště zvažování proto leží v analýze podstaty a účelu § 3002 NOZ. Ten je součástí komplexu norem společně s § 3000 a § 3001. Tyto paragrafy zakotvují institut poctivého příjemce, jímž je dle důvodové zprávy myšlena osoba, „která nabyla prospěch bezdůvodně, ale v dobré víře[.]“³⁶ Účelem zmíněných paragrafů je zjevně zmírnit tvrdost dopadů ostatních ustanovení o bezdůvodném obohacení na takovouto osobu. Samotný § 3002 pak obsahuje dvě normy. První, v odst. 1, vylučuje aplikaci zmírňujících ustanovení na případy plnění z neplatné smlouvy. Tomu odpovídá i komentář v důvodové zprávě: ukáže-li se smlouva být neplatnou, „pak má mít strana, která podle úplatné smlouvy plnila, právo na nezkrácené vrácení toho, co poskytla druhé straně.“³⁷ Druhá norma v odst. 2 upravuje užívání věci poctivým příjemcem při neplatnosti smlouvy jako právního důvodu pro užívání.

Ačkoli se zdá, že se příslušná část důvodová zpráva vztahuje k celému § 3002, je toto zdání klamné. Původní § 3002 ve znění předloženém Po-

³⁶ Důvodová zpráva, op. cit., s. 586.

³⁷ Důvodová zpráva, op. cit., s. 586.

slanecké sněmovně měl totiž pouze jeden odstavec.³⁸ Druhý odstavec byl vložen pozměňovacím návrhem ústavně právního výboru sněmovny, konkrétní genezi tohoto ustanovení však podle zápisu z příslušného jednání výboru zjistit nelze.³⁹ Zvážíme-li však vedle ne zcela zřejmých úmyslů zákonodárce především celkový význam a smysl paragrafů 3000 až 3002, zjistíme, že jejich podstatou je ochrana poctivých příjemců. Tato otázka není AutZ upravená a měla by se proto dle mého názoru řídit NOZ v souladu s jeho § 9 odst. 2.

Závěr o konkrétních důsledcích aplikace § 3002 odst. 2 na neplatnou licenční smlouvu vychází z interpretace zákonodárcem zvolené formulace „poskytne druhé straně náhradu za užívání, avšak jen do výše odpovídající jeho prospěchu[,]“ která nabízí dva výklady. Buďto můžeme poskytnutí náhrady do výše prospěchu vnímat jako snížení výše bezdůvodného obohacení příjemce, nebo tak, že výše obohacení zůstává stejná, ale snižuje se rozsah povinnosti k vydání, přičemž zbývající část plnění se stává naturální obligací.

První výklad, tedy snížení výše obohacení, je v příkrém rozporu s § 40 odst. 4 AutZ, který naopak fikcí výši obohacení zdvojnásobuje. Přesto však vedle něj může obstát, pokud úpravu institutu poctivého příjemce bereme v dané situaci vůči AutZ jako speciální. Druhý výklad vedle úpravy AutZ obstojí snáze, může se však jevit jako méně intuitivní.

7. ZÁVĚR

S ohledem na výše uvedenou argumentaci nelze podle mého názoru ve vztahu k úpravě pojmu věci konstatovat, že by AutZ obsahoval dostatečně samostatnou úpravu a mohl tedy působit jako *lex specialis*, čímž by vylučoval aplikaci NOZ. Je proto třeba klást si otázku, zda software, resp. autorská díla nesou pojmové znaky věci ve smyslu § 489 NOZ, zejména zdali jsou odlišné od osoby. V případě software se přikláním k závěru, že v okamžiku svého objektivního vyjádření se od osoby autora dostatečně odděluje, proto nese všechny požadované pojmové znaky. Tento závěr je taktéž v souladu s úmyslem zákonodárce, jak se mi jeví z důvodové zprávy

³⁸ § 2973 Sněmovního tisku 362/0, op. cit.

³⁹ Ústavně právní výbor. Zápis z jednání č. 33 (10., 11. a 20. října 2011) *Digitální repozitář* [online]. Poslanecká sněmovna parlamentu České republiky. 26. 10. 2011 [cit. 16. 3. 2014].

a vývoje právní normy. Potřebám praktického života odpovídá pojetí licence jako věci, neboť je to právě licence, která je obvyklým předmětem právního obchodu. Jak software, tak licence jsou však dle mého názoru věcmi, ke kterým se nevztahují věcná práva.

Vnímáme-li software jako věc v právním smyslu, přináší to v praxi zřejmější režim odpovědnosti za vady při absenci smluvní úpravy. Zároveň můžeme v případě jeho užívání na základě neplatné licenční smlouvy zvažovat aplikaci § 3002 odst. 2, který často povede k výraznému zmírnění povinnosti vydat bezdůvodné obohacení. Nejproblematictější otázkou je v tomto ohledu vztah obecnosti a zvláštnosti mezi NOZ a AutZ v souvislosti s institutem poctivého příjemce. Osobně zastávám názor, že tento institut by se měl uplatňovat i v oblastech regulovaných AutZ.

Jak plyne z výše uvedených výkladů, NOZ nenápadně infiltroval do oblasti práva duševního vlastnictví a vyvolal zde jistou míru zmatků a nejasností. Ač se to na první pohled může zdát být ke škodě, provedená analýza nám poukázala na některé pozitivní změny.

Konstrukce § 40 odst. 4 AutZ dle mého názoru není vhodná a deformuje situaci v oblasti vymáhání autorských práv. Zejména je pak tato deformace markantní u porušení v dobré víře, na která dopadá diskutovaný § 3002 odst. 2.⁴⁰ Obdobně silná úprava absolutních majetkových práv k autorským dílům, zejména jejich restriktivní složky dle § 40 odst. 1 AutZ, je podle mého názoru zastaralá a nereflektuje aktuální společenský a technologický vývoj.

Jsem proto přesvědčen, že obecné občanskoprávní instituty jako třeba ochrana držby či bezdůvodné obohacení, resp. jejich novelizovaná konstrukce v NOZ, by formou určitého omezení absolutních práv mohly do práva duševního vlastnictví přinést svěží vítr a pozitivně v tomto poměrně rigidním a leckdy nevyváženém systému posunout rovnováhu ve prospěch těch, kteří jednají v dobré víře.

8. LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE

[1] Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: *beck-online* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 16. 3. 2014]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?documentId=onrf6mjzgy2f6nbqfu2tq>

⁴⁰ HUSOVEC, M. Zabijú OKS doktrínu, alebo skôr doktrína sen OKS? *Lexforum.cz* [online]. 19. 09. 2013 [cit. 16. 3. 2014].

- [2] Zákon č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů. In: *beck-online* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 16. 3. 2014]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?documentId=onrf6mrqgayf6mjsgewt-cmy>
- [3] Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *beck-online* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 16. 3. 2014]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?documentId=onrf6mrqgez6f6obzfuya>
- [4] Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 3. července 2012 ve věci C-128/11. In: *InfoCuria* [online právní informační systém]. Soudní dvůr Evropské unie [cit. 16. 3. 2014]. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=cs>
- [5] BARSKY, Robert F. Noam Chomsky: A life of dissent. MIT Press, 1998. In: *Google Books* [online] Google, Inc. [cit. 16. 3. 2014]. Dostupné z: http://books.google.cz/books/about/Noam_Chomsky.html?id=RKUBYYPG4mcC
- [6] HUSOVEC, M. Zabijú OKS doktrínu, alebo skôr doktrína sen OKS? *Lexforum.cz* [online]. 19. 09. 2013 [cit. 16. 3. 2014]. Dostupné z: <http://www.lexforum.cz/464>
- [7] KNEBL, Ondřej. Odpovědnost za vady software. *Právní rádce* [online]. *Economia*, 2. září 2010 [cit. 16. 3. 2014]. Dostupné z: <http://pravnicaradce.ihned.cz/c1-46529960-odpovednost-za-vady-software>
- [8] POLČÁK, Radim. Internet a proměny práva. Auditorium, 2012. 388 s. ISBN 9788087284223.
- [9] ŠPAČEK, Jindřich. Veřejnoprávní ochrana duševního vlastnictví, vztah mezi pojmy „průmyslové“ a „duševní“ vlastnictví. In: JEŽEK, Jiří. a kol. *Prosazování práv z duševního vlastnictví* [online]. 2003 [cit. 16. 3. 2014]. s. 18 – 25. Dostupné z: <http://www.dusevnivlastnictvi.cz/assets/vyukove-materialy/prosazovanipravdusevnivlastnictvi.pdf>
- [10] TELEČ, Ivo. Autorské právo k fotografiím podle nového autorského zákona. *Právní rozhledy*. 2000, roč. 8, č. 12, s. 539. ISSN 1210-6410. In: *beck-online* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 16. 3. 2014]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?type=html&documentId=nrptembqgb-pxa4s7gez643uojtkmzz>
- [11] TELEČ, Ivo. Držba informací. *Právní rozhledy*. 2014, roč. 22, č. 4, s. 115-121. ISSN 1210-6410.
- [12] TELEČ, Ivo. *Pojmové znaky duševního vlastnictví*. Praha: C. H. Beck, 2012. 153 s. ISBN 9788074004254.
- [13] WADLER, Philip. The essence of functional programming. In: Proceedings of the 19th ACM SIGPLAN-SIGACT symposium on Principles of programming languages. ACM, 1992. s. 1-14. In: *ACM Digital Library* [online]. Association for Computing Machinery [cit. 16. 3. 2014]. Dostupné z: <http://dl.acm.org/citation.cfm?id=143169>
- [14] Ústavně právní výbor. Zápis z jednání č. 33 (10., 11. a 20. října 2011) *Digitální repozitář* [online]. Poslanecká sněmovna parlamentu České republiky. 26. 10. 2011 [cit. 16. 3. 2014]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=75753>

[15] Důvodová zpráva k NOZ (konsolidovaná verze). *Nový občanský zákoník* [online]. Ministerstvo spravedlnosti ČR, duben 2012 [cit. 16. 4. 2014]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>

[16] Návrh zákona a důvodové zprávy. *Nový občanský zákoník* [online]. Ministerstvo spravedlnosti ČR, leden 2005 [cit. 16. 4. 2014]. Dostupné z: http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/OZ_verze_2005.pdf

[17] Sněmovní tisk 362/0, Vládní návrh na vydání zákona občanský zákoník. *Digitální repozitář* [online]. Poslanecká sněmovna parlamentu České republiky, 26. 5. 2011 [cit. 16. 3. 2014]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=71123>

ÚSTAVNOPRÁVNÁ OCHRANA DOMÉNY AKO MAJETKOVEJ HODNOTY

MARTIN HUSOVEC

Súd: Ústavný súd ČR
 Dátum: 6.3.2014
 Sp. zn.: III.ÚS 2912/12
 Dostupnosť: nalus.usoud.cz

Nárok na prevod domény sa nateraz nedočkal rehabilitácie. Pre pripomenutie, NSČR odmietol v rozhodnutí globtour.cz (sp. zn. 23 Cdo 3407/2010) nárok na prevod domény ako formu výkonu odstraňovacieho nároku. European Information Society Institute (EISI) podalo v konaní pred ÚSČR odborné podanie priateľa súdu, v ktorom argumentovalo, že prevod síce nie je formou výkonu odstraňovacieho nároku, ako správne tvrdí NSČR¹, ale je osobitným nárokom, ktorý možno analogicky kreovať². Ústavný súd ČR odmietol ústavnú sťažnosť vo veci globtour.cz ako zjavne neopodstatnenú. Sťažovateľova argumentácia totiž podľa ÚSČR postrádala ústavnoprávnu intenzitu nutnú pre zrušenie rozhodnutia NSČR. Ústavný súd však potvrdil judikatúru ESLP, keď označil doménu za majetok podľa článku 1 Dodatkového protokolu k Dohovoru o ochrane základných práv a slobôd. Zdá sa tak, že česká doménová judikatúra zaznamenáva mnoho zmien v posledných dňoch, keď sa v troskách ocitla nie len prax žalôb o prevod, ale aj konštrukcia doménovej arbitráže. Z rozhodnutia ÚSČR:

"Pojem "majetek", uvedený v čl. 11 odst. 1 Listiny resp. čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě, má autonomní povahu, která se

¹ HUSOVEC, Martin. Je ešte stále možné žalovať o prevod domény? In *Revue pro právo a technologie*. 2012, č. 6.

² Celé podanie autorov Štěpán Stehlíček a Martin Husovec je dostupné na stránkach EISI: <http://www.eisionline.org/index.php/projekty-m/sudy-a-obcianska-spolocnost-m/59-amicus-globtours>; Argumentácia podania je založená na vyššie citovanom článku.

neomezuje na vlastnictví hmotných statků a je nezávislá na formálním vymezení ve vnitrostátním právu; mezi “majetková práva” ve smyslu citovaných článků tak mohou patřit i některá práva a zájmy, jako např. v projednávaném případě právo k doménovému jménu.

Ústavní soud je toho názoru, a účastníci to zřejmě nepopírají, že předmětné doménové jméno “globtour.cz” bylo majetkem ve smyslu citovaných článků Listiny a Úmluvy. Zjevné zasahování do práva stěžovatelky na pokojné užívání svého majetku by mohlo být spatřováno ve skutečnosti, že byt stěžovatelka (po rozhodnutí dovolacího soudu) svého majetku nebyla přímo zbavena, bylo jí zakázáno užívání a nakládání s doménovým jménem globtour.cz, vyjma jeho převodu na žalobkyni. Je proto dále nutné zabývat se tím, zda takové omezení bylo ospravedlněno z hlediska třetí věty čl. 1 Protokolu č. 1 k Úmluvě, který přiznává státu právo upravovat užívání majetku pomocí “zákonů”.

[..]

V projednávaném případě obecné soudy dospěly k závěru, že zásah do základního práva stěžovatelky na pokojné užívání majetku (doménového jména) byl nezbytný v obecném zájmu a to k ochraně práv žalobkyně chráněných výše uvedenými zákony. S tímto závěrem se Ústavní soud ztotožňuje. Ze zjištěných skutečností též nelze dovodit, že napadenými rozhodnutími obecných soudů bylo stěžovatelce uloženo “zvláštní a nadměrné břemeno.” Z uvedeného tudíž plyne, že k porušení čl. 11 Listiny resp. čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě nedošlo. Ve vztahu k napadené části rozsudku dovolacího soudu, jímž bylo dovolání odmítnuto jako nepřijatelné, ústavní stížnost neobsahovala jakákoliv ústavně relevantní tvrzení.

Hoci Ústavní soud neodkazuje přímo na existující judikaturu ESLP k tejto otázke, je zřejmé, že toto rozhodnutie len potvrdzuje závery z veci *Paeffgen GmbH v. Nemecko* (č. 25379/04, č. 21688/05, č. 21722/05 a č. 21770/05). ESLP v tomto rozhodnutí potvrdil, že síce doménové meno môže byť

chránené ako majetková pozícia, zásah v podobe jej odňatia z dôvodu zásahu do práva k ochranným známkam, je legitímnym cieľom a primeranou formou zásahu.

Treba prizvukovať, že z tejto ústavnoprávnej kvalifikácie nevyplývajú žiadne *priame* dôsledky pre civilné právo a jeho systém ochrany vlastníctva. Ide o dva autonómne a paralelné koncepty s inými účelom.

Zaujímavé však sú *nepriame* dôsledky poskytnutia takejto ochrany vo *vertikálnych vzťahoch* (orgány verejnej moci vs. občan). V niektorých zahraničných jurisdikciách, najmä USA³, vidieť trend zabavovania doménových mien používaných pri údajnom páchaní trestnej činnosti (napr. porušovanie autorských práv) zo strany rôznych policajných zložiek. Keďže takéto zabavenie domény je jednoznačne zásahom do majetku, vzniká otázka či sú na takéto opatrenie splnené aj všetky ústavnoprávne požiadavky (legalita, proporcionálnosť, spravodlivý proces, a pod.). Štát bude musieť do budúca dbať na právny základ svojej právomoci ako aj vyváženosť právomoci viac ako doteraz. Doménové meno tak napríklad nebude možné len tak zo strany štátu "vyvlastniť" (zhabať).

Okrem *vertikálnych vzťahov* medzi držiteľom domény a štátom, však takáto kvalifikácia môže mať dopad aj na čisto *horizontálne vzťahy*, napr. medzi držiteľom domény a jeho konkurentom, či iným civilným žalobcom. Keď civilný súd bude rozhodovať o tom či zbaví osobu jeho "majiteľstva" domény, musí zvážiť, či každý zásah do oproti stojacej chránenej pozície (napr. právo k ochrannej známke) má pri balancovaní záujmov prevážiť. Možno si totiž predstaviť, že držiteľ ochrannej známky sa bude snažiť získať cez *de minimis* zásah doménové meno pre seba, pretože medzitým prácou a investíciou terajšieho držiteľa doména získala značnú hodnotu. Inými slovami, odňatie, resp. zrušenie domény nemusí byť vždy automatickým prostriedkom ochrany, ale musí byť zvážené vo svetle menej invazívnych alternatív.

Tento záver taktiež do sťaženej pozície stavia alternatívne riešenie sporov. Akékoľvek odňatie domény v rámci soft-law ADR riešení bude musieť striktno sledovať literu doménového kontraktu. Hoci sú tieto zväčša neštátnymi riešeniami, rozsah ich ochrany majetku bude do zmluvných

³ BRIDY, Anemarie. *Carpe Omnia: Civil Forfeiture in the War on Drugs and the War on Piracy*. Working Paper (nepublikovaný manuskript).

ustanovení v horizontálních vztazích vstupovat aspoň vo forme ústavnokonformnej interpretácie. Aj ADR pravidlá by preto mali reflektovať to, že odňatie domény nemá byť automatickým riešením každého doménového sporu.

AKTUÁLNÍ JUDIKATURA NSS K OCHRANĚ OSOBNÍCH ÚDAJŮ

EVA FIALOVÁ

Soud: Nejvyšší správní soud
Sp.zn.: 4 As 109/2013
Datum: 20. února 2014
Dostupnost: www.nssoud.cz

1. PRÁVNÍ VĚTA

Správní orgány rovněž pochybily, pokud se vzdor argumentaci stěžovatelky odmítly zabývat zdrojem těchto údajů, tedy zda stěžovatelka tyto údaje získala z evidence zaměstnanců či zda se jednalo např. toliko o informaci pramenící z obecného povědomí kolektivu na pracovišti o jejich vztahu a soužití. Pokud totiž stěžovatelka tyto údaje získala a následně použila na svoji obranu proti nařčením prezentovaným ve vysílání [...] nikoli z titulu správy osobních údajů, nýbrž např. z titulu poznatku sdíleného v rámci kolektivu na pracovišti, bylo na takový případ možno aplikovat kupříkladu instituty ochrany osobnosti, a to v občanském soudním řízení a na základě žaloby dotčených zaměstnanců, ohledně těchto údajů byl nicméně vyloučen postih za správní delikt podle zákona o ochraně osobních údajů.

2. ANOTACE

Nejvyšší správní soud rozhodoval o žalobě Vězeňské služby ČR proti Úřadu pro ochranu osobních údajů (dále jen: ÚOOÚ). ÚOOÚ udělil Vězeňské službě pokutu ve výši 10.000 Kč za správní delikt podle § 45 odst. 1 písm. e) zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů (dále jen: „ZOOÚ“). Vězeňská služba jakožto správce osobních údajů měla porušit povinnosti stanovených v § 5 odst. 2 a v § 9 ZOOÚ, jelikož na své internetové stránce

zveřejnila tiskové prohlášení, které bylo reakcí na reportáž TV Nova a které obsahovalo osobní údaje svých dvou zaměstnanců působících ve Věznici Světlá nad Sázavou, a to v rozsahu informací o jejich vztahu, společné domácnosti a rizikovém těhotenství zaměstnankyně. Informace o žití ve společné domácnosti je podle odůvodnění rozhodnutí osobním údajem ve smyslu § 4 písm. a) ZOOÚ a informace rizikovém těhotenství je citlivým údajem podle § 4 písm. b) ZOOÚ. Vězeňská služba měla být správce těchto údajů. Podle ÚOOÚ nepodléhalo zpracování osobních údajů v rámci tiskové zprávy výjimce podle § 5 odst. 2 písm. e) ZOOÚ, neboť na citlivý údaj o rizikovém těhotenství se tato výlučka vůbec vztahovat nemůže a ohledně údaje o soužití ve společné domácnosti nebylo dostatečně respektováno právo na ochranu soukromého a osobního života subjektu údajů.

Městský soud v Praze žalobu zamítl. Podle rozhodnutí Městského soudu byla Vězeňská služba správcem předmětných osobních údajů, neboť jako zaměstnavatel tyto údaje zpracovává v rámci personální agendy. Na základě zpracování osobních údajů žalobkyně dovodila, že zaměstnanci mají stejnou adresu trvalého pobytu, resp. že sdílí společnou domácnost. Pro účely personální a mzdové agendy zpracovávala žalobkyně i osobní údaj o rizikovém těhotenství zaměstnankyně, který jí byl sdělen samotnou zaměstnankyní. Jako správce osobních údajů pak žalobkyně vystupovala i při zpřístupnění osobních údajů v tiskové zprávě.

Proti rozsudku Městského soudu v Praze podala Vězeňská služba kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu (dále jen: „NSS“). V ní namítala, že nebyla správcem osobních údajů o rizikovém těhotenství zaměstnankyně ani její společné domácnosti s jiným zaměstnancem. Zaměstnavatel eviduje pouze údaje o trvalém pobytu zaměstnanců, nikoli údaj o společné domácnosti. NSS shledal námitku evidence trvalého pobytu zaměstnanců důvodnou. Podle NSS osobní údaj o vztazích mezi zaměstnanci, zejména pokud se jednalo o vztah rodinný či obdobný, jakož ani údaj o tom, že zaměstnanci žijí ve společné domácnosti, nelze bez dalšího dovodit jen z údaje o (shodné) adrese jejich trvalého pobytu. Vztahy zaměstnanců či mezi nimi obecně nejsou a ani nemohou být předmětem evidence ze strany zaměstnavatele, ledaže se tak děje v důsledku právem předvídaných skutečností, např. v intencích aplikace institutů rodinného práva.

Správní orgány rovněž pochybily, pokud se odmítly zabývat zdrojem těchto údajů, tedy zda stěžovatelka tyto údaje získala z evidence zaměstnanců či zda se jednalo např. toliko o informaci pramenící z obecného povědomí kolektivu na pracovišti o jejich vztahu a soužití. Pokud totiž stěžovatelka tyto údaje získala a následně použila na svoji obranu proti nařčením prezentovaným ve vysílání TV Nova nikoli z titulu správy osobních údajů, nýbrž např. z titulupoznatku sdíleného v rámci kolektivu na pracovišti, bylo na takový případ možno aplikovat kupříkladu instituty ochrany osobnosti, a to v občanském soudním řízení a na základě žaloby dotčených zaměstnanců, ohledně těchto údajů byl nicméně vyloučen postih za správní delikt podle zákona o ochraně osobních údajů.

Co se týče informace o rizikovém těhotenství zaměstnankyně, NSS vytkl žalovanému, že se měl vypořádat s tím, zda byl údaj o rizikovém těhotenství zaměstnankyně předmětem zpracování osobních údajů, popř. podrobit odpovídajícímu dokazování okolností, zda stěžovatelka z titulu vedení personální a mzdové agendy zaměstnanců skutečně disponovala údajem o rizikovém těhotenství či jen údaji o pracovní neschopnosti a navazující mateřské dovolené. Správní orgány ani dostatečně nevyhodnotily skutkové okolnosti případu, konkrétně že údaj o rizikovém těhotenství byl stěžovatelkou do tiskové zprávy zařazen v reakci na nařčení prezentované ve vysílání TV Nova a k osvětlení, že zaměstnankyně byla v dané době dlouhodobě nepřítomná na pracovišti, a to z důvodu pracovní neschopnosti.

Alespoň rámcově měly být podle NSS vypořádány důvody, pro které stěžovatelka považovala za potřebné uvést, z jakého důvodu se zaměstnankyně v pracovní neschopnosti nacházela. NSS odkázal ve svém rozhodnutí na svůj judikát č.j. 2 As 21/2011-166, podle něhož *„významným aspektem daného případu je motivace stěžovatele k vydání předmětného tiskového prohlášení. Z okolností případu je totiž zřejmé, že dané osobní údaje nebyly zveřejněny samoúčelně, nýbrž v bezprostřední reakci na reportáž odvyšlanou v České televizi a spojenou právě s osobou redaktorky F., jíž se tyto údaje týkaly.“*

NSS zrušil rozsudek Městského soudu v Praze, rozhodnutí ÚOOÚ a rozhodnutí předsedy ÚOOÚ a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

Soud: Nejvyšší správní soud
Sp.zn.: 4 As 132/2013
Datum: 27. února 2014
Dostupnost: www.nssoud.cz

1. PRÁVNÍ VĚTA

Veřejná správa se totiž nevyčerpává jen tím, aby dosažený společenský stav zachovávala a bránila před narušiteli, ale zahrnuje i aktivní jednání na předmět správy za účelem dosažení nového (a v materiálním právním státě lepšího) stavu. Pokud tedy stěžovatel má aktivně působit na poli prevence kriminality mladistvých, potřebuje k tomu mít relevantní informace mj. o těch mladých osobách, které opustily školská zařízení pro výkon ústavní výchovy nebo ochranné výchovy, aby mohl zvolit nový cíl, kterého má být dosaženo, a aby určil metody jeho dosažení, neboť je nutné zjistit, zda pobyt mladých osob v takových zařízeních má vliv na jejich případnou trestnou činnost. Nejvyšší správní soud tedy souhlasí s argumentací žalovaného, že obecné, koncepční či analytické činnosti lze vykonávat zásadně na základě statistických a anonymních dat; k tomu je však nutné dodat, že tato statistická a anonymní data musí někdo nejdříve shromáždit a zpracovat.

2. ANOTACE

ÚOOÚ udělil Ministerstvu vnitra pokutu 45.000 Kč za porušení povinnosti stanovené v § 5 odst. 1 písm. e) a h) a v § 9 ZOOÚ tedy povinnosti uchovávat osobní údaje pouze po dobu, která je nezbytná k účelu jejich zpracování, povinnosti nesdružovat osobní údaje, které byly získány k rozdílným účelům a povinnosti zpracovávat osobní údaje se souhlasem subjektu údajů a bez tohoto souhlasu pouze na základě výjimek podle § 9 písm. b) až i) ZOOÚ, v souvislosti se zpracováním osobních údajů 17454 osob dotčených prováděním výzkumu zaměřeného na další vývoj mladých lidí po opuštění školských zařízení pro výkon ústavní výchovy nebo ochranné výchovy. 13 typů dat bylo Ministerstvem vnitra spojeno do jednoho souboru, z nějž oddělil soubor rodných čísel, který předal Policii České republiky k doplnění údajů o trestné činnosti dotčených osob. Policie Ministerstvu

vnitřně předala kompaktní disk, na kterém již nebyla rodná čísla, nicméně zde byla ponechána pořadová čísla, ke kterým byly přiřazeny údaje o trestné činnosti a o vyhlášení pátrání týkající se dotčených osob.

Ministerstvo vnitřně se odvolávalo ust. § 9 písm. i) ZOOÚ, tedy že citlivé údaje je možné zpracovávat, pokud se jedná o zpracování podle zvláštních zákonů při předcházení, vyhledávání, odhalování trestné činnosti, stíhání trestných činů a pátrání po osobách, a na ust. § 3 odst. 6 písm. d) ZOOÚ, podle kterého se ustanovení ZOOÚ nepoužijí pro zpracování osobních údajů nezbytných pro plnění povinností správce stanovených zvláštními zákony pro zajištění předcházení, vyhledávání, odhalování trestné činnosti a stíhání trestných činů. Podle ÚOOÚ bylo nutné aplikovat výjimky restriktivně. Dále se podle ÚOOÚ jednalo o osobní údaje, neboť na základě kombinací dat bylo možno osoby identifikovat. Údaje nebyly podle ÚOOÚ anonymní, jak tvrdilo Ministerstvo vnitřně.

Městský soud v Praze žalobu Ministerstva vnitřně zamítl. Proti rozsudku tohoto soudu podalo Ministerstvo vnitřně kasační stížnost. NSS se vyjádřil k otázce identifikovatelnosti subjektu údajů. Co se týče „nepřímo“ identifikovaných nebo identifikovatelných osob, tato kategorie se obvykle vztahuje k jevu „jedinečných kombinací“, ať malého či velkého rozsahu. I v případech, kdy rozsah dostupných identifikátorů prima facie ještě neumožňuje jednoznačně určit konkrétní osobu, může být tato osoba přesto „identifikovatelná“, protože ve spojení s dalšími informacemi (které může, ale nemusí mít v držení správce údajů) tyto informace umožní odlišení daného jednotlivce od jiných osob. Otázka, zda jednatel, jehož se informace týká, je, nebo není identifikovaný, tedy závisí vždy na okolnostech daného případu. Po vyřazení rodného čísla nelze podle NSS hovořit o tom, že by subjekty těchto údajů mohly být přímo či nepřímo identifikovány. Skutečnost, že ztotožnění by mohl provést někdo další, resp. osoby znající poměry v daném zařízení, je v tomto směru irelevantní. Tyto subjekty by totiž mohly údaje k identifikaci použít pouze tehdy, pokud mají své vlastní osobní údaje o dotčených subjektech, případně jiné údaje, po jejichž spojení s informacemi stěžovatele lze k identifikaci osoby dospět. Znalec místních poměrů by tedy k identifikaci takové osoby použil zejména své informace, nikoli informace shromážděné stěžovatelem.

NSS se vyjádřil i k výjimce podle § 3 odst. 6 písm. d) ZOOÚ ve spojení se zákonem č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy ČR (kompetenční zákon), který zakotvuje stěžovateli oprávnění na poli prevence.

Veřejná správa se podle NSS nevyčerpává jen tím, aby dosažený společenský stav zachovávala a bránila před narušiteli, ale zahrnuje i aktivní jednání na předmět správy za účelem dosažení nového (a v materiálním právním státě lepšího) stavu. Pokud tedy stěžovatel má aktivně působit na poli prevence kriminality mladistvých, potřebuje k tomu mít relevantní informace mj. o těch mladých osobách, které opustily školská zařízení pro výkon ústavní výchovy nebo ochranné výchovy, aby mohl zvolit nový cíl, kterého má být dosaženo, a aby určil metody jeho dosažení, neboť je nutné zjistit, zda pobyt mladých osob v takových zařízeních má vliv na jejich případnou trestnou činnost. NSS uvádí, že obecné, koncepční či analytické činnosti lze vykonávat zásadně na základě statistických a anonymních dat. Tato statistická a anonymní data musí někdo nejdříve shromáždit a zpracovat.

NSS zrušil rozsudek Městského soudu v Praze, rozhodnutí ÚOOÚ a rozhodnutí předsedy ÚOOÚ avěc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

OPRÁVNĚNOST ZDROJE ROZMNOŽENINY PRO OSOBNÍ POTŘEBU A NÁHRADNÍ ODMĚNA

MATĚJ MYŠKA

Soudní dvůr: Soudní dvůr Evropské unie (Čtvrtý senát)
Datum: 10. 4. 2014
Sp. zn.: C-435/12
Dostupnost: curia.europa.eu

1. PRÁVNÍ VĚTA

Unijní právo, konkrétně čl. 5 odst. 2 písm. b) 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, ve spojení s odstavcem 5 tohoto článku, musí být vykládáno v tom smyslu, že brání takovým vnitrostátním právním předpisům, jaké jsou dotčeny v původním řízení, které situaci, kdy zdroj, z něhož je rozmnoženina pro soukromé užití pořízena, je oprávněný, neodlišují od situace, kdy je tento zdroj neoprávněný.

2. ÚVOD

Značný mediální rozruch vyvolal rozsudek Soudní dvora EU (dále jen "SDEU") ze dne 10. 4. 2014 ve věci ACI Adam BV, C-435/12, EU:C:2014:254 (dále jen „Rozsudek“). Důvod takového zájmu je poměrně prostý; rozsudek se totiž mj. vyjádřil ke každodenní realitě většiny internetových uživatelů, totiž "stahování" autorskoprávně chráněného obsahu. Takové jednání může být národním právem dovolené na základě čl. 5 ods. 2 písm. b) výjimkou z autorského práva *"pro soukromé užití a pro účely, které nejsou přímo ani nepřímo komerční, a to za podmínky, že nositelé práv získají spravedlivou odměnu, která, pokud jde o dotyčné dílo nebo předmět ochrany, bere ohled na použití nebo nepoužití technologických prostředků."* Uživatel si

tak rozmnoženinu může pořídit i bez souhlasu autora a přímo za ni nic neplatí. V konečném důsledku ale “stahování” zadarmo není - vykonavateli příslušných práv náleží právě tzv. náhradní odměna. Tato je placena zejména výrobcí a dovozci přístrojů k rozmnožování a záznamových médií, v praxi ji ovšem platí konečný spotřebitel.

Otázka „přiměřenosti“ této odměny pak již byla řešena v případě *Padawan* (C-467/08, EU:C:2010:620),¹ kdy SDEU dovodil, že musí existovat spojitost mezi tímto poplatkem uvaleným na rozmnožovací přístroje a média, který slouží k financování náhradní odměny a jejich předpokládaným užíváním. Poplatky tak nelze uvalit paušálně na všechna média a přístroje, ale pouze na ty, které jsou využívány pro účely soukromého kopírování. Nebude ji tedy nutno vůbec platit v případě, že se na daný konkrétní nosič nebude kopírovat autorské dílo (bude se tedy jednat např. o firemní disková pole). Úprava ve Směrnici ale nebrání tomu, aby takové poplatky primárně platily právě výrobcí a dovozci těchto médií a zařízení, pokud mají možnost přenést skutečnou zátěž spojenou s tímto financováním na soukromé uživatele pořizující si rozmnoženinu.

3. SKUTKOVÝ STAV

Aktuálně anotovaný případ pak lze považovat za další logické pokračování této problematiky, které se zaměřuje na výši této odměny a vyjasnění její širě jejího záběru. Předběžná otázka byla položena nizozemským Hoge Raad der Nederlanden ve sporu mezi výrobcí a dovozci nenahraných nosičů (mj. společností ACI Adam BV a dalšími), kolektivními správci (Stichting de Thuiskopie a Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding), kteří vybírají a rozdělují náhradní odměny, jakož i stanovují jejich výši. Dosavadní interpretace § 16c nizozemského autorského zákona byla taková, že by měla náhradní odměna pokrývat i pořizování rozmnoženin z ilegálních zdrojů, např. zveřejněných neoprávněně na webových úložištích bez souhlasu vykonavatele majetkových práv. Toto ovšem považovali výrobci a dovozci za neoprávněně a podali proti kolektivním správcům žalobu k Rechtbank te 's-Gravenhage (soudu v Haagu). Postupně se případ dostal

¹ V detailech k rozhodnutí *Padawan* viz MYŠKA, Matěj. Limity rozmnoženiny pro osobní potřebu. In Radovan Dávid, David Sehnálek, Jiří Valdhans. Dny práva – 2010 – Days of Law. Brno: Masarykova univerzita, 2010. 18 s. ISBN 978-80-210-5305-2. Dostupné i online: [http://dvp.sehnalek.cz/files/prispevky/05_obcan/Myska_Matej_\(4799\).pdf](http://dvp.sehnalek.cz/files/prispevky/05_obcan/Myska_Matej_(4799).pdf)

až k soudu poslední instance, který ovšem řízení přerušil s tím, že se v tomto případě jedná o nejasnou otázku, kterou Směrnice přímo neřeší a je tedy nutno se na výklad zeptat přímo SDEU.

4. ANOTACE²

Soudní dvůr ve svém rozhodnutí zaujal stejné stanovisko jako generální advokát Pedro Cruz Villalón, když konstatoval, že náhradní odměny by měly být vybírány pouze za kopie pořízené z oprávněných zdrojů.

Při svých úvahách vycházel SDEU z toho, že Směrnice má zajistit autorům vysoký standard ochrany a výjimek z autorského práva mají být aplikovány restriktivně (rozsudek *Infopaq International*, C-5/08, EU:C:2009:465, bod 56 a tam citovaná judikatura)³ Stejně tak se SDEU podal výklad tzv. třístupňového testu (čl. 5 odst. 5 Směrnice), když konstatoval, že tento test neurčuje ani věcný obsah výjimek [bod 25 Rozsudku]. Stejně tak nemůže sloužit k tomu, aby rozšiřoval obsah konkrétní výjimky [bod 26 Rozsudku]. Ač tedy výjimka dovolující rozmnoženinu pro soukromé účely otázku oprávněnosti zdroje rozmnoženiny nijak neadresuje, je nutno ji interpretovat restriktivně a tedy, že toto ustanovení *“brání tomu, aby toto [...] bylo chápáno v tom smyslu, že nad toto výslovně stanovené omezení ukládá majitelům autorských práv povinnost strpět porušování svých práv, které může být spojeno s pořizováním soukromých rozmnoženin”* [bod 31 Rozsudku]. Jiný výklad, a tedy nejednotné uplatňování výjimky v rámci národních úprav, by dle názoru SDEU vedlo k disharmonickým efektům na jednotném trhu. SDEU pak vyjádřil svůj názor poměrně nekompromisně s tím, že vnitrostátní předpisy, které mezi právní povahou zdroje kopie pro soukromé účely nerozlišují, nelze tolerovat [bod 37 Rozsudku]. Rozmnoženinu, ze které náleží autorovi odměna, si tak v souladu se závěry SDEU lze pořídit jen z oprávněného zdroje. Kopírování z neoprávněného zdroje by totiž nesplnilo druhou podmínku třístupňového testu, tj. bezrozpornost s běžným způsobem užití díla. Tento závěr SDEU odůvodňuje poměrně simplexní ekono-

² V této části anotace vychází z popularizačního textu autora. MYŠKA, Matěj. (Ne)oprávněné stahování dat. Jak to bude s rozmnoženinami? In: *Muni*. Masarykova univerzita, 15. 6. 2014 [cit. 15. 6. 2014]. ISSN 1801-0814. Dostupné z: <http://www.online.muni.cz/komentare/4448-ne-opravnene-stahovani-dat-jak-to-bude-s-rozmnozeninami>

³ Kriticky k striktnímu výkladu výjimek a omezení autorského práva viz HUSOVEC, M. Veřejný zájem v autorském práve. Výnimky a obmedzenia, reštriktívne? *Právny obzor*. 5/2013, s. 472-498. ISSN ISSN 0032-6984. s. 476.

mickou zkratkou, totiž že by takové jednání „podporovalo [...] oběh padělaných děl nebo nedovolených napodobenin, čímž by se zákonitě snížil objem prodeje nebo jiných zákonných obchodů souvisejících s chráněnými díly“ [bod 39 Rozsudku]. Jaksi nad rámec a bez odůvodnění pak SDEU jednoduše konstatoval, že takové jednání by mohlo způsobit i nepřiměřenou újmu majitelům autorských práv (sic!) [bod 40 Rozsudku]. Na tento výklad nemá vliv ani neexistence účinných technický prostředků ochrany práv (tzv. DRM). Zohlednění újmy vznikající kopírováním z neoprávněných zdrojů při stanovování výše náhradní odměny tak nerespektuje „přiměřenou rovnováhu“, která má být nalezena mezi právy a zájmy osob, který tato odměna náleží, a právy a zájmy uživatelů děl [bod 57 Rozsudku].

Posuzování oprávněnosti zdroje je ale v praxi velmi problematické. Jistou inspirací by mohly být i závěry německé právní vědy.⁴ V Německu je totiž již od roku 2007 součástí autorského zákona ustanovení § 53, které zakazuje pořizování si rozmnoženiny pro osobní potřebu ze zjevně protiprávně zpřístupněného zdroje.⁵ Zjevná protiprávnost pak má být posuzována z objektivního hlediska - znalosti/vzdělání konkrétního jedince pořizujícího si rozmnoženinu, by tak neměly být brány v potaz. Stejně tak nemá uživatel povinnost přezkoumávat oprávněnost předlohy. Naopak příslušný vykonavatel autorských práv musí prokázat v soudním řízení neoprávněnost takové předlohy. Situace by se tak musela řešit ad hoc a konečné slovo bude mít vždy příslušný soud. Dá se ale s velkou mírou pravděpodobnosti očekávat, že tzv. “rip” aktuálního “hollywoodského” trháku, dostupný na file-hostingových serverech paralelně s distribucí v kinech bude v konkrétním případě označen za neoprávněný zdroj rozmnoženiny. Důsledkem toho nebude vzniklá rozmnoženina pořizena v souladu s právem a “stahovač” tak zasáhne do majetkových práv autorských.

Český autorský zákon ale v aktuálně účinném znění právní povahu zdroje rozmnoženiny neřeší. Pro účely posuzování trestnosti jednání zasahujícího do práv autorských a souvisejících už Nejvyšší soud dokonce judikoval,⁶ že je možné, aby zdrojová rozmnoženina, ze které si zhotovitel

⁴ Viz např. GRÜBLER, Ulrike. Kommentar § 53, RN 12-14. In: AHLBERG, Hartwig a GÖTTING, Horst-Peter. *Beck'scher Onlinekommentar Urheberrecht*. Stand 1. 2. 2014 [cit. 5. 6. 2014] Dostupné z: www.beck-online.de

⁵ S obdobnou úpravou se pak lze setkat i ve Španělsku, Itálii, Portugalsku, Finsku a Švédsku.

⁶ Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 25. 3.2009, sp. zn. 5 Tdo 234/2009.

pořídí vlastní rozmnoženinu pro osobní potřebu, byla pořízena i na základě jednání, které je v rozporu s autorským zákonem. V kontextu civilního řízení, v rámci kterého je nejčastěji vymáhán ušlý zisk a bezdůvodné obohacení, ovšem takto jasná rozhodovací praxe není. Celou situaci komplikuje i to, že § 30 autorského zákona, který dovoluje pořizování rozmnoženiny pro osobní potřebu, je nutné aplikovat v souladu s tzv. třístupňovým testem, který je přímo součástí zákonné úpravy. Ten stanoví, že výjimky lze uplatnit pouze ve zvláštních případech stanovených v autorském zákoně a pouze tehdy, pokud takové užití díla není v rozporu s běžným způsobem užití díla a ani jím nejsou nepřiměřeně dotčeny oprávněné zájmy autora. Ještě před tímto anotovaným rozsudkem byla dovozována protiprávnost stahování z neoprávněného zdroje doktrinálně,⁷ jakožto rozporná s třístupňovým testem. Aktuálně tak byly tyto závěry potvrzeny i SDEU.

V každém případě ale neznamená rozsudek konec rozmnožování pro osobní potřebu jako takového. Jak ovšem trefně poznamenala Eleonora Rosati⁸ rozsudek SDEU značně zúžil potenciální chápání a výklad katalogu výjimek a omezení. Členské státy tak v žádném případě nemohou vytvářet výjimky jiné, než taxativně uvedené, a pokud už si některou vyberou, mohou ji implementovat pouze v míře stanovené Směrnicí, aniž by byl dovoleno jakékoli rozšíření v mantinelech této výjimky.

⁷ DOBEŠ, Petr: Rozmnožování autorských děl pro soukromou potřebu II. *Právní rádce*, roč. 15, č. 5, s. 4-8, 2001, ISSN 1210-4817.

⁸ ROSATI, Eleonora. What does the ACI Adam decision mean for InfoSoc system of exceptions and limitations? [online] *The IPKat*. 18. 4. 2014 [cit. 15. 6. 2014] Dostupné z: <http://ipkitten.blogspot.cz/2014/04/what-does-aci-adam-decision-mean-for.html>

VYHLEDÁVAČ JAKO SPRÁVCE OSOBNÍCH ÚDAJŮ

JAKUB MÍŠEK

Soud: Soudní dvůr Evropské unie
Sp. zn.: C-131/12
Datum: 13. května 2014
Dostupnost: curia.europa.eu

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci Google Spain proti Mario Costeja González představuje další precizaci evropského práva ochrany osobních údajů. Autoritativně definuje postavení internetových vyhledávačů a jejich odpovědnost za osobní údaje, které získají a zpracovávají svojí činností, tedy indexováním webových stránek a nabízením výsledků vyhledávání.

Na konci devadesátých let byly Španělu Mariu Costejovi Gonzálezovi z důvodu dluhů na sociálním zabezpečení zabaveny nemovitosti. Aby mohla být uhrazena dlužná částka, byly nemovitosti dány do dražby, o které informoval lokální vysokonákladový deník La Vanguardia, jak mu pro zajištění co největšího počtu případných dražitelů nakázala vyhláška ministerstva práce a sociálních věcí. Články spojující Gonzálezovo jméno s dluhy a dražbou byly následně umístěny do webového archivu deníku, kde je indexoval Google a tak se celý svět po zadání páně Gonzálezova jména do vyhledávače na jednom z prvních nabídnutých odkazů dozvěděl o tomto jeho dávném prohřešku. Roku 2010 proto González podal stížnost ke španělskému Státnímu úřadu pro ochranu údajů, v níž tvrdil, že je dotčen na svém právu na ochranu soukromí a osobních údajů, protože dluhy již dávno splatil a informace je tak nerelevantní. Požadoval, aby La Vanguardia svůj archiv změnila tak, aby zpráva nebyla spojena s jeho jménem, a aby Google Spain a Google Inc. odstranily z indexování stránky s články a nenabízely je ve výsledcích vyhledávání po zadání jeho jména. Úřad stížnosti nevyhověl

v části La Vanguardia, jednalo se o zákonné zveřejnění, ale společnosti Google uložil povinnost splnit Gonzálezovy požadavky. Google rozhodnutí napadl žalobou k soudu, který SDEU předložil předběžné otázky týkající se interpretace směrnice o ochraně osobních údajů 95/46/ES.

Rozsudek SDEU ze 13. května 2014 se dotýká třech oblastí. První stanoví, že vyhledávače jsou správci osobních údajů, které sesbírají při své činnosti na webových stránkách třetích stran, a že při manipulaci s těmito údaji jde o zpracování, které je svým účelem odlišné od zpracování správci stránek, z nichž údaje pochází.¹ Kdo sleduje oblast ochrany osobních údajů dlouhodobě, ví, že tato myšlenka není nikterak nová. Zmiňovala ji, byť jen okrajově, WP29² ve svém stanovisku již v roce 2008.³ Cílem tohoto výroku SDEU bylo zvýšení ochrany subjektů údajů, soud však nevzal v úvahu specifickou vyhledávačů. Problém spočívá v právní povaze správce údajů a jeho povinnostech. Důvodem pro zpracování údajů je zřejmě nezbytnost zpracování pro ochranu práv a právem chráněných zájmů správce, jak potvrdil i SDEU.⁴ Avšak pokud jsou zpracovávány citlivé údaje, což nelze při indexování celého internetu vyloučit, není tento důvod použitelný. Zpracování je tehdy nezákonné a mělo by ustát. Druhým a stejně absurdním problémem je informační povinnost, která je nezbytně zachována (§ 11 odst. 5 zákona 101/2000 Sb.). Google by tak měl všechny subjekty údajů, tedy zřejmě všechny na internetu, informovat o tom, že zpracovává jejich údaje, kde, proč a jak to dělá a další informace dle zákona. Jak to udělat SDEU přirozeně neřeší.

Druhou oblastí rozsudku je místní příslušnost dle směrnice 95/46/ES. SDEU stanovil, že k určení místní příslušnosti úřadu ochrany údajů v členském státě postačuje, že v daném státě sídlí provozovna správce, jejíž činnost přímo souvisí se zpracováním údajů. Jelikož se Google Spain zabývá cílením reklamy na španělské spotřebitele při užívání vyhledávání, je tato podmínka splněna. Rozsudek tak sice poněkud posiluje právní jistotu

¹ Bod 35 rozsudku.

² Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29 směrnice 95/46/ES.

³ Stanovisko č. 1/2008 k otázkám ochrany údajů v souvislosti s vyhledávači. WP 148. *Evropská komise* [online]. [cit. 11. 6. 2014]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_cs.pdf.

⁴ Bod 73 rozsudku.

subjektu údajů, ale zcela podrývá snahy, jež se vedou kolem zavedení principu one stop shop,⁵ který by mělo přinést nové evropské nařízení.

Třetí a zřejmě nejdiskutovanější částí je přiznání práva subjektu údajů požadovat po vyhledávači odstranění odkazů zobrazených po vyhledání jména subjektu, pokud vedou na stránky, které obsahují informace narušující jeho právo na ochranu soukromí a osobních údajů. To platí i tehdy, když jejich zveřejnění na webové stránce třetí strany bylo zákonné. Vyhledávač má povinnost zvážit, zda dochází zobrazením odkazu k porušení práva na ochranu osobních údajů a v případě že ano, má povinnost odkaz odstranit. Tomuto principu se často přezdívá „právo na zapomenutí“. Ačkoli se plně nejedná o stejnojmenný institut obsažený v návrhu nového nařízení, rozsudek ukazuje, že nejde o žhavou novinku, jak je často prezentováno, ale že tento princip funguje již v současné právní úpravě. Problémem rozsudku je, že staví právo na ochranu osobních údajů nedotknutelně na piedestal a tvrdí, že obecně převažuje další práva jako právo na svobodu projevu a přístup k informacím.⁶ Tento názor navíc není dostatečně argumentačně podložen. Například argument, že nejde o závažný zásah do práv ostatních uživatelů internetu, jelikož informace jsou stále přístupné byť po jiných cestách, je validní, avšak měl v rozsudku zaznít. To se nestalo a celkově to jen přispívá pocitu, že rozhodnutí SDEU je jednostranně zatížené.

Důsledkem rozhodnutí SDEU je, že lidé nyní mají snadnou možnost, jak upravovat svoji virtuální identitu, čehož v hojné míře začali využívat. K 3. červnu Google zaznamenal na 41000 žádostí o odstranění odkazů.⁷ Případ se vrátil španělskému soudu k rozhodnutí, které může Google teoreticky napadnout u Evropského soudu pro lidská práva pro porušení článku 10 Evropské Úmluvy. Uvidíme, zda k tomu dojde.

⁵ Dle tohoto principu je místně příslušný pouze úřad toho národního státu, v němž má správce hlavní provozovnu („main establishment“). Subjekt údajů z kteréhokoliv státu se však může obrátit na svůj národní úřad, jenž věc předá úřadu, v jehož příslušnosti leží hlavní provozovna. Celý systém má zjednodušit proces jak pro správce, tak pro subjekty údajů.

⁶ Bod 81 rozsudku.

⁷ SCHNECHNER, Sam; FLEISHER, Lisa. Right-to-be-Forgotten Requests Still Rolling into Google. *The Wall Street Journal* [online]. Dow Jones & Company, publikováno 6. 6. 2014 [cit. 17. 6. 2014]. Dostupné z: <http://online.wsj.com/articles/right-to-be-forgotten-requests-still-rolling-into-google-1401801079>.

JAK DÁL S INTERNETOVÝMI ODKAZY?

TOMÁŠ KUBEŠA

Soud: Soudní dvůr Evropské unie
Sp. zn.: C-466/12
Datum: 13. února 2014
Dostupnost: curia.europa.eu

Soudní dvůr Evropské unie (dále též „Soud“) vydal již 13. 2. 2014 rozsudek ve věci sp. zn. C-466/12 *Svensson vs. Retriever Sverige AB*. Jednalo se o dlouho očekávaný rozsudek, který měl přinést jasno do řady právních otázek, spojených s problematikou internetových odkazů¹, a to jako součást pomyslné trojice případů spolu s C-279/13, *C More Entertainment*, a C-348/13 *BestWater*. V tomto článku se pokusím shrnout skutkový základ věci *Svensson*, její právní hodnocení a pokusit se najít odpovědi na některé z otázek, které se od této trojice případů očekávají. Rozhodnutí *Svensson* se týkalo interpretace čl. 3 odst. 1 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 (dále jen „směrnice InfoSoc“). V tomto rozhodnutí SDEU rozhodl, že umístěním hypertextového odkazu na autorskoprávně chráněné dílo, umístěné na jiných webových stránkách, nepředstavuje za určitých okolností sdělování veřejnosti dle výše uvedeného ustanovení směrnice InfoSoc.

1. PRÁVNÍ VĚTA

1) Článek 3 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/29/ES ze dne 22. května 2001 o harmonizaci určitých aspektů autorského práva

¹ Viz např. MYŠKA, Matěj. *Ashby Donald v pirátské zátocce: svoboda projevu a vymáhání autorského práva v aktuální judikatuře ESLP*. *Revue pro právo a technologie*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 37-41. ISBN 1804-5383.

a práv s ním souvisejících v informační společnosti musí být vykládán v tom smyslu, že skutečnost, že jsou na jedné internetové stránce uvedeny hypertextové odkazy na díla, která jsou volně dostupná na jiné internetové stránce, nepředstavuje sdělování veřejnosti podle tohoto ustanovení.

2) Článek 3 odst. 1 směrnice 2001/29 musí být vykládán v tom smyslu, že brání tomu, aby členský stát mohl poskytnout větší ochranu nositelům autorského práva tím, že stanoví, že pojem „sdělování veřejnosti“ zahrnuje více úkonů, než uvádí toto ustanovení.

2. SKUTKOVÝ STAV

Skutkový stav, jak jej lze rekonstruovat z textu rozhodnutí a již poměrně bohatých komentářů k němu², byl následující.

Společnost Retriever Sverige AB v rámci svého podnikání provozuje internetovou stránku³, na které poskytuje služby monitoringu médií. Tyto služby spočívají v sestavování přehledu dostupných a zveřejněných novinových článků a jiných mediálních vyjádření dle požadavků a zadání zákazníka, uživatele této služby. Součástí sestaveného přehledu jsou také hypertextové odkazy na tyto články. Články samotné se však přímo na webu, provozovaném společností Retriever Sverige AB, nenachází. Po kliknutí na nabízený odkaz je uživatel přesměrován na webové stránky, na kterých se nachází samotný odkazovaný článek. Přesměrování mělo přitom být prováděno formou otevření nového okna prohlížeče, ve kterém je článek zobrazen na svém původním umístění. Mezi stranami sporu nepanovala shoda o tom, zdali je z pohledu a vnímání uživatele článek zobrazen z původního umístění nebo zda uživatel má dojem, že vidí jeho kopii umístěnou na stránkách Retriever Sverige AB. Ve zobrazeném přehledu

² Rosati, Eleonora. Post-Svensson Stress Disorder #1: Does it matter whether linked content is lawful?. The IPKat [online]. Publikováno 21. 2. 2014 [cit. 30. 5. 2014].. Dostupné z: <http://ipkitten.blogspot.com.es/2014/02/post-svensson-stress-disorder-1-does-it.html>

Rosati, Eleonora. Early thoughts on Svensson: communication/making available, 'new' public, altering the scope of exclusive rights. The IPKat [online]. Publikováno 13. 2. 2014 [cit. 30. 5. 2014].. Dostupné z: <http://ipkitten.blogspot.co.uk/2014/02/early-thoughts-on-svensson.html>

Rosati, Eleonora. BREAKING NEWS: CJEU in #Svensson says that in general it is OK to hyperlink to protected works without permission. The IPKat [online]. Publikováno 13. 2. 2014 [cit. 30. 5. 2014].. Dostupné z: <http://ipkitten.blogspot.co.uk/2014/02/breaking-news-cjeu-in-svensson-says.html>

³ Tento web je ke dni 3. 6. 2014 stále funkční, a to na adrese www.retriever.se, popřípadě na jeho mutaci www.retriever-info.com

dostupných výsledků se objevovaly pouze články a mediální vyjádření, která již byla zpřístupněna jinde, tzn. na webových stránkách třetích stran. Nebyly zobrazovány články již či ještě zcela nedostupné či takové, které jsou uživateli v původním umístění dostupné pouze po splnění zvláštních požadavků (registrace, platba předplatného apod.). Za své služby si společnost Retriever Sverige AB účtovala finanční odměnu.

Skupina novinářů - autorů těchto článků v čele s p. Svenssonem se rozhodla žalovat společnost Retriever Sverige o náhradu škody s tím, že došlo k užití jejich článků – autorských děl bez jejich svolení. Žaloba byla postavena na argumentaci, že došlo k porušení práva autorů dílo užít, konkrétně zpřístupnit své dílo veřejnosti. Společnost Retriever Sverige ve své obraně uváděla, že díla nezpřístupnila, neboť neučinila žádný přenos těchto děl, pouze své zákazníky upozornila na místa, kde lze tato autorská díla zpřístupnit. Švédský Odvolací soud přistoupil v rámci tohoto sporu k položení níže uvedených otázek.

3. POLOŽENÉ OTÁZKY

Švédský odvolací soud Svea hovrätt se obrátil na Soud s následujícími předběžnými otázkami:

„1) Představuje skutečnost, že jiná osoba než nositel [autorského práva] k dílu poskytne hypertextový odkaz na toto dílo na své internetové stránce, sdělování díla veřejnosti ve smyslu čl. 3 odst. 1 směrnice [2001/29]?

2) Má na posouzení první otázky vliv skutečnost, že se dílo, na které je odkazováno, nachází na internetové stránce, která je všem přístupná bez omezení, nebo skutečnost, že přístup k této stránce je naopak nějakým způsobem omezen?

3) Je třeba při posuzování první otázky rozlišovat podle toho, zda se dílo poté, co uživatel klikne na odkaz, zobrazí na jiné internetové stránce, nebo se naopak zobrazí takovým způsobem, že vyvolá dojem, že je zobrazeno na téže [internetové] stránce?

4) Může členský stát poskytnout výlučnému právu autora větší ochranu tím, že stanoví, že pojem „sdělování veřejnosti“ zahrnuje více úkonů, než uvádí čl. 3 odst. 1 směrnice 2001/29?“

4. ROZHODNUTÍ SOUDNÍHO DVORA EU

SDEU se rozhodl posoudit první tři otázky společně a pro potřeby svého rozsudku je shrnul do otázky, zdali představuje uvedení hypertextových odkazů na volně dostupná chráněná díla sdělování veřejnosti. Poslední čtvrtou otázkou se pak zabýval zvlášť.

SDEU se taktéž vyjádřil k jednotlivým základním pojmům „*sdělování*“ a „*veřejnosti*“.

Co se týče *sdělování*, soud dospěl k závěru, že rozhodujícím kritériem je skutečnost, že dílo je zpřístupněno veřejnosti způsobem, umožňujícím takové veřejnosti k dílu přístup s tím, že této možnosti nemusí nutně aktivně využít. Dle soudu tak v tomto případě docházelo ke *sdělování* děl, a to formou hypertextového odkazu.

Co se týče *veřejnosti*, pustil se SDEU do hlubší argumentace. SDEU uvedl, že sdělování, které provozuje provozovatel internetové stránky, je zaměřeno na velmi široký okruh subjektů, a to na všechny potenciální uživatele webové stránky, tedy na dosti neurčitý okruh adresátů. Uvedené platí, pokud všichni, i potenciální, uživatelé měli přístup k odkazovaným článkům bez dalšího, byť jinde a byť se jej rozhodli nevyužít. Tato argumentace je přitom použitelná jak pro činnost p. Svenssona, tak i Retriever Sverige AB. SDEU uzavřel s tím, že články p. Svenssona a dalších byly sdělovány velmi široce pojaté veřejnosti, když k nim měli potenciálně přístup všichni uživatelé internetu. Odkazy Retriever Sverige AB pak nemohly představovat sdělování jinému publiku, tedy odlišné veřejnosti.

Existence nové veřejnosti, které je sdělováno s využitím odkazů je přitom nezbytnou oporou požadavku na svolení nositelů autorského práva, tedy p. Svenssona.

SDEU dále stanovil, že výše uvedené neplatí, pokud by odkaz umožnil obejít omezující opatření, uložená provozovatelem webu, na který je odkazováno či pokud by se na něm autorské dílo již nenacházelo. Uživatelé, kteří touto cestou získají přístup k autorskému dílu, je nutné považovat za novou veřejnost a souhlas autora díla s jeho užitím je pak nezbytný.

SDEU se rozhodl na první tři položené otázky odpovědět tak, že čl. 3 odst. 1 směrnice 2001/29 musí být vykládán v tom smyslu, že skutečnost, že jsou na jedné internetové stránce uvedeny hypertextové odkazy na díla,

kteřá jsou volně dostupná na jiné internetové stránce, nepředstavuje sdělování veřejnosti podle tohoto ustanovení.

Poslední, čtvrtou otázkou, se SDEU zabýval poněkud odděleně. V této souvislosti SDEU připomněl účel směrnice, spočívající v harmonizaci příslušných národních úprav autorského práva, který by byl narušen, pokud by byl čl. 3 odst. 1 směrnice InfoSoc vykládán tak, že sdělování veřejnosti může zahrnovat další úkony, které tato směrnice neuvádí. Došlo by tak k ohrožení cíle, který směrnice InfoSoc sleduje.

Závěrečnou část rozhodnutí SDEU věnoval vztahu směrnice InfoSoc a Bernské úmluvy, když uvedl, že pokud Bernská úmluva dává členskému státu možnost přijmout ustanovení, které by bylo v rozporu s ustanovením směrnice InfoSoc, nesmí členský stát této možnosti využít.

5. NĚKOLIK KRITICKÝCH POZNÁMEK

Se závěry SDEU se lze dle mého názoru ztotožnit, avšak pouze částečně. Pouhý odkaz na autorské dílo, jehož následováním je toto dílo zobrazeno v podobě, jak jej autor zamýšlel zveřejnit, tzn. v původním umístění, nelze považovat za porušení autorského práva. Tento závěr je přijatelný, avšak rozsudek jako takový je třeba dále podrobit detailnímu zkoumání.

Poněkud diskutabilní je promítnutí vztahu autora a provozovatele webu, kde bylo autorské dílo zveřejněno a následně na něj odkázáno, do dotčené problematiky. Soud, zdá se, vycházel z předpokladu, že dílo je a priori zveřejněno se souhlasem autora a tedy je odkazováno na zdroj, kde se dílo nachází v podobě, odpovídající vůli autora. V této souvislosti je však nutné připomenout taktéž nedávné rozhodnutí, a to ve věci *ACI Adam*⁴, ve kterém tentýž Soud konstatoval, že lze odlišit díla z legálních a nelegálních zdrojů, tedy díla, která jsou na daném umístění dostupná se souhlasem autora a díla, která jsou zveřejněna bez takového souhlasu popřípadě dokonce proti vůli autora. Premisa o souhlasu autora se zveřejněním jeho díla pokud je dostupné, tak, zdá se, není zcela univerzálně platná, a to ani z pohledu různých senátů téhož Soudu. Uživatel, který k dílu přistoupí, přitom zřídka může spolehlivě poznat, zdali ke zveřejnění díla na daném umístění dal autor souhlas či nikoli. Soukromoprávní vztah autora a provozovatele webov

⁴ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie sp. zn. C-435/12 *ACI Adam BV vs Stichting de Thuiskopie* ze dne 10. 4. 2014

stránky či jiné publikační platformy je uživateli mnohdy skrytý a nelze po něm úspěšně požadovat, aby vývoj tohoto vztahu navíc dlouhodobě sledoval (a odhalil tak např. změnu či ukončení licence).

Jak již bylo naznačeno, uživatel má jen málo možností, jak poznat legální zdroj od nelegálního a tedy kvalifikovaně posoudit, zdali je na odkazované dílo možné odkázat či nikoliv. Jako zdánlivě dostatečné řešení se mohlo nabízet použití kritéria jakési obezřetnosti průměrného uživatele, který by k užívání autorských děl v prostředí internetu přistupoval s jistou sumou zkušeností a rozumových vlastností. Toto kritérium by na uživatele kladlo požadavek rozpoznat aspoň v nejkřiklavějších případech situace, kdy odkazované dílo není šířeno se souhlasem autora⁵. V důkladném rozboru však ani tento závěr neobstojí. Na pomoc si lze přibrat rozsudek ve věci *Deutschlandradio*⁶, ve které veřejnoprávní rozhlasová stanice zveřejnila na svých webových stránkách autorské dílo v rozporu s licenci, pod kterou bylo šířeno (v tomto případě CC BY-NC). Lze mít za to, že ani po průměrném, avšak ani po dosti zdatném uživateli nelze požadovat, aby odhalil porušení autorského práva veřejnoprávním rozhlasem, tomu přízpůsobil své chování, na dílo neodkazoval a dostal tak požadavkům Soudu. Zjevně tedy uživatel nemá spolehlivého vodítka, jak odhalit skutečný obsah licence k dílu, na které chce odkazovat (či dokonce její existenci vůbec). Vystavuje se přitom riziku, že nesprávné posouzení vztahu autora a publikační platformy v případě, že na dílo odkáže, pro něj bude mít negativní následky.

Soud dále předpokládá, že je odkazováno pouze na umístění, kde bylo autorské dílo zveřejněno poprvé s tím, že autor a provozovatel takového webu mají jasně určený právní vztah. Pokud by odkaz umožnil obcházet prostředky, omezující přístup k dílu, bude i samotný tento odkaz porušením autorského práva. Uživatel, který chce na takové dílo odkázat, však není z povahy věci schopen posoudit, zdali zobrazuje dílo v prvotním místě zveřejnění s určenými právními vztahy stran, a tedy jestli odkazuje na primární zdroj či nikoliv. Z povahy věci pak uživatel není schopen poznat

⁵ Typicky by takový průměrný uživatel měl být schopen rozpoznat, že např. nejnovější film aktuálně promítaný v kinech nebude šířen pomocí technologie torrent se souhlasem autora.

⁶ Rozsudek Zemského soudu v Kolíně sp. zn. 28 O 232/23 ze dne 5. 3. 2014, dostupný na <http://www.lhr-law.de/wp-content/uploads/2014/03/geschw%C3%A4rzt-Urteil-LG-K%C3%B6ln-2.pdf>

dokonce ani to, zdali je dílo zpřístupněno jinde, s aplikací omezení, a to právě kvůli existenci těchto případných omezení. Předpoklad Soudu požadující odkazování pouze na původní zdroje, na které má autor vliv i po samotné publikaci díla se tak jeví jako přehnaný.

Tyto závěry kladou na samotné fungování internetových odkazů dosti přísné požadavky. Nekritické přijetí závěrů Soudu a jejich promítnutí do praxe včetně jejich výše popsaných důsledků by tak mohlo mít negativní následky na fungování webu jako jedné z významných služeb internetu.

Je na škodu, že Soud se ve výše uvedené věci nezabýval problematikou tzv. embedded odkazů, byť argumentace p. Svenssona ohledně nejasností v otázce, na které webové stránce bylo dílo zobrazeno, by takovou drobnou odbočku umožnila. Bylo by jistě zajímavé sledovat dopady takového exkurzu do národního případu *Libereckého piráta*⁷. Ze samotného případu Svensson by se zdálo, že Soud zaujal téměř totožné stanovisko, jaké zaujaly české národní soudy, tedy že odkazem na jinde dostupné dílo bylo porušeno autorské právo autora tohoto díla, pokud je odkázáno na nelegální zdroj. Tento závěr podporuje ostatně i rozsudek ve věci *ACI Adam*, který otevřeně rozvádí problematiku legálních a nelegálních zdrojů, na které je třeba pohlížet odlišně. Přesto platí, že zatímco české soudy považovaly za klíčovou otázku *sdělování*, Soud se zabíral spíše problematikou vymezení *veřejnosti*.

6. ZÁVĚR

Soud se, de facto, vyjádřil pro poměrně široké užití odkazů, avšak zároveň na odkazujícího přenesl povinnost ověřit, zdali je odkazované dílo zveřejněno na základě právního důvodu, tedy v souladu s vůlí autora. Takové povinnosti však není snadné dostat.

Soud ve věci Svensson představil dlouho očekávaný pohled na problematiku hypertextových odkazů. Ve svém rozsudku na některé otázky odpověděl, avšak řadu dalších přinesl. Obzvláště ve spojení s dalšími aktuálními rozhodnutími však nelze mít za to, že dotčenou problematiku vyjasnil. Nezbyvá tak než si počkat na závěry Soudu ve věcech C-279/13, C More Entertainment, a C-348/13 BestWater. Tyto dva rozsudky z výše popsané

⁷ Rozhodnutí soudů všech instancí, jakož i Nález Ústavního soudu ve věci jsou dostupné z: MYŠKA, Matěj. Kauza liberecký „pirát“ – updated. *Blog Ústavu práva a technologií Právnické fakulty MU* [online]. Vydáno 11. 10. 2013 [cit. 22. 5. 2014]. Dostupné z: <http://ict-law.blogspot.cz/2013/10/kauza-liberecky-pirat.html>.

trojice aktuálních případů Soudu v tematicky podobných věcech tak provází o to větší očekávání.

ZODPOVEDÁ ZA PHISHINGOM UKRADNUTÉ PENIAZE BANKA ALEBO KLIENT?

MARTIN HUSOVEC

Súd: Krajský súd Trenčín
Dátum: 19.06.2013
Sp. zn.: 17Co/213/2012
Dostupnosť: blog.eisionline.org¹; rozhodnutia.sk

V júli 2013 rozhodol Krajský súd v Trenčíne zrejme jeden z prvých prípadov k otázke zodpovednosti banky v prípade, ak sa jej klient stane obeťou phishingu (podvodnej stránky zbierajúcej údaje) kombinovaného so sociálnym inžinierstvom (následným získaním zvyšných údajov od obete).

1. SKUTKOVÝ STAV

V spore klient VÚB prišiel o 3.000 Eur, pretože sa jeho počítač nakazil z neznámych dôvodov vírusom, ktorý do už napadnutého internetového prehliadača klienta pridal škodlivý kód, ktorý pozmenil výsledné chovanie stránky po jej celkovom zobrazení. Podľa informácií VÚB išlo o tzv. Man-in-the-browser útok², ktorý využíva zraniteľnosti internetových prehliadačov tým, že vloženie škodlivého kódu dokáže úplne zmeniť vonkajšie správanie webstránky tak, že užívateľ nepozorovane spúšťa aj skryté transakcie, ktoré mu nie sú viditeľné. Túto techniku je možné úspešne použiť aj v prípade, ak stránka používa certifikáty ako SSL alebo PKI.

Klient VÚB v tomto prípade teda nevedomky aktivoval v internetovom prehliadači stránku, ktorá sa tvárila ako internetové bankovníctvo VÚB

¹ Rozšírená verzia tejto anotácie bola uverejnená na <http://blog.eisionline.org/2013/09/20/zodpoveda-za-pshishingom-ukradnute-peniaze-banka-alebo-klient/>

² Pozri viac <http://en.wikipedia.org/wiki/Man-in-the-browser>

banky, no skryto zachytávala poskytnuté údaje. Účelom tejto podvodnej stránky bolo ľstou vylákať citlivé autentifikačné údaje a následne ich poslať neznámemu páchatel'ovi. Ten následne telefonicky kontaktoval žalobcu, predstavil sa ako pracovník banky a informoval ho, že banka zaregistrovala pokus o zrealizovanie podozrivej transakcie a na jej zrušenie je potrebné uviesť autentifikačný údaj z SMS správy. Klient banky poskytol tento autorizačný prvok, čím však práve autorizoval platby podvodníka.

Klient síce v zápätí notifikoval banku, no platba už bola realizovaná. Keďže zrejme banka "reklamáciu" neuznala, rozhodol sa banku o ušlé prostriedky zažalovať. Súd musel aplikovať § 12 zákona č. 492/2009 o platobných službách, ktorý upravuje za akých situácií a do akej miery bude stratu niesť sám klient, banka alebo obidva subjekty spoločne. Predmetné ustanovenia sú transpozíciou článku 61 smernice č. 2007/64/ES o platobných službách na vnútornom trhu. Ak by súd ustálil, že klient konal *tzv. ľahko nedbanlivo* pri zabezpečovaní bezpečnostných prvkov, musel by niesť aspoň spoluúčasť až do výšky 100 eur (§ 12 ods. 1 ZPS). Ak by sa preukázalo, že konal *tzv. hrubo nedbanlivo* pri zabezpečovaní bezpečnostných prvkov (§ 12 ods. 2 ZPS), musel by niesť celú stratu úplne sám. Banka pochopiteľne argumentovala, že klient vydaním údajov konal v hrubej nedbanlivosti, pretože porušil svoje zákonné povinnosti (§ 26 ZPS) a primeranú starostlivosť, a preto musí niesť celú stratu sám. Klient zas tvrdil, že konal len ľahko nedbanlivo, a preto má niesť len časť straty (spoluúčasť vo výške 100 eur).

Z toho čo uvádza súd je zrejmé, že súd nie úplne správne zistil skutkový stav. Súd v rozhodnutí uvádza:

[..] žalovaný [VÚB Banka] oznámil písomne žalobcovi [klient VÚB] dňa 01.02.2011, že dňa 05.12.2010 bola z jeho bežného účtu odúčtovaná suma 3.000 Eur. Pri šetrení zistil, že počítač, z ktorého sa do Internet bankingu žalobca prihlasoval, bol infikovaný počítačovým vírusom, ktorý sa do počítača mohol dostať viacerými spôsobmi, nie však cez webstránku VÚB. **Pri infikovaní počítača sa vírus v počítači aktivoval a následne v internetovom prehliadači generoval stránku snažiacu sa napodobniť dizajn stránok internetového bankovníctva VÚB. Účelom tejto podvodnej stránky bolo ľstou vylákať citlivé**

autentifikačné údaje a následne ich poslať neznámemu páchatelovi. Neprimeraným zabezpečením počítača voči škodlivým vírusom boli dobrovoľne zverené bezpečnostné prvky neznámemu podvodníkovi. Tento sa im neskôr prihlásil pomocou prihlasovacích údajov do Internet bankingu a zadal jednorazovú platbu. Následne kontaktoval žalobcu, predstavil sa ako pracovník banky a informoval ho, že banka zaregistrovala pokus o zrealizovanie podozrivej transakcie a na jej zrušenie je potrebné uviesť údaj - pozíciu GRID karty. Žalobcom poskytnutý autorizačný prvok - pozíciu GRID karty použil páchatel na autorizáciu zadanej platby. Žalobca potvrdil, že v nedeľu mu osoba, tvrdiac, že je zamestnancom banky, oznámila, že na jeho účte prebiehajú prostredníctvom bankomatovej karty podozrivé operácie a v ten deň mu opätovne telefonovala takáto osoba, opätovne tvrdila, že na jeho účte prebiehajú podozrivé pohyby a za účelom zablokovania kreditnej karty si vyžiadala autentifikačný kód z SMS správy. Tento údaj poskytol a následne na druhý deň, 06.12.2010 uplatnil v banke reklamáciu. Okrem iného vyslovil názor, že tvrdenie o tom, že žalobca nezabezpečil svoj počítač dostatočným autorizovaným programom, žalovaný nepreukázal, pričom nemožno považovať za nedbanlivosť žalobcu tú skutočnosť, ak osobe, ktorá mu v deň pracovného pokoja, oznámi, že na jeho účte prebiehajú podozrivé operácie a zverí mu údaje dôverného charakteru. Bežný klient banky s priemernými znalosťami práce s počítačom nemusí mať dostatok odborných vedomostí k tomu, aby rozpoznal, že pracuje s vírusom vygenerovanou fiktívnou stránkou internetového bankovníctva, alebo aby poznal do podrobností pracovné postupy banky. Žalobca neudelil súhlas s vykonávaním sporných bankových operácií, a preto ich nemožno považovať za autorizované platobné operácie, pričom najbližší možný deň 06.12.2010 uplatnil osobne v banke reklamáciu k pohybu na účte, ku ktorým neudelil súhlas. Práve žalovaný potvrdil, že neoprávnené

transakcie platobnou kartou boli realizované v čase od 06.12.2010 do 15.12.2010, teda po uplatnenej reklamáci.

Zistený skutkový stav je nesprávny už v tom, že výchadza zo zverenia bezpečnostných prvkov už momentom nedostatočného zabezpečenia počítača. V tejto fáze útoku však bola "len" bez vedomia používateľa neoprávnene pozmenená klientová transakcia (napríklad zmenené číslo účtu príjemcu), pričom nedošlo k odovzdaniu bezpečnostných prvkov. K tomu došlo až následne, pomocou sociálneho inžinierstva zneužitím klientovej dôvery po telefóne. Pochopenie, ktorá skutočnosť bola rozhodujúca pre umožnenie útoku, pritom môže byť rozhodujúce. Keďže však k prípadu s najväčšou pravdepodobnosťou nebol priznaný znalec, ostávajú niektoré skutkové otázky z rozhodnutia otvorené.

Podľa dostupných informácií sa teda zdá, že klient banky sa útoku mohol vyhnúť jednak tým, že by ochránil svoj počítač od vírusu, napríklad používaním antivírusu, resp. aj tým, že by využíval bezpečný a udržiavaný internetový prehliadač bez zneužívateľných zraniteľností, ktoré umožňujú potenciálny prístup útočníkovi do jeho počítača. Pri samotnom použití stránky sa zrejme klient nemohol vyhnúť podvodu tým, že by si v ľavom hornom rohu prehliadača overil certifikát banky. Aj tento bezpečnostný prvok totiž útok mohol simulovať. Kritické je však, že klient sa stále mohol vyhnúť útoku tým, že by na základe telefonického rozhovoru neoznámil údaje potrebné na autentifikáciu transakcie (SMS kód). Súd však zrejme nesprávne usúdil, že podstatná časť útoku sa odohrala pri nakazení počítača. Pričom opak je pravdou.

K získaniu SMS autentifikačného údaju podľa informácií VÚB došlo tak, že klientovi prišla SMS správa na potvrdenie žiadosti o zmenu telefónneho čísla v jeho online profile, a teda nie o potvrdení samotnej transakcie. Poskytnutím SMS kódu dokázal útočník následne zmeniť pôvodné telefónne číslo klienta na svoje vlastné číslo. Klientovi tak už autorizačná SMS správa

na samotnú transakciu o prevode 3.000 eur nedošla vôbec, pretože bola zaslaná na iné telefónne číslo, ktoré bolo v moci útočníka³.

Banka v takýchto prípadoch síce dokáže vystopovať účet, na ktorý boli prostriedky prevedené, no zvyčajne patrí osobe, ktorá je tiež predmetom útoku, alebo len inej osobe, ktorá nemá s útokom nič spoločné. Spravidla sú prostriedky vybrané prostredníctvom bankomatov skôr, ako dokáže dotyčná banka niečo urobiť. Podľa bezpečnostného experta z Nethemba - Pavla Luptáka: "Jedine zavedenie silnej dvojfaktorovej autentifikácie akými sú napríklad hardvérové tokeny vo forme dôveryhodnej OTP kalkulačky (napríklad RSA token), softvérove tokeny vo forme dôveryhodnej smartphone aplikácie (napríklad Google Authenticator), prípadne špeciálne zašifrovanej SMS správy, by dokázala tento útok v prvej fáze odvrátiť."

2. ROZHODNUTIA

Prvostupňový súd (Okresný súd Trenčín, 8.3.2012, sp. zn. 21C/1432011) mal za to, že klient *nekonal* nedbanlivo, a preto banka musí niesť celú stratu sama. S tým sa nestotožnila banka, ktorá podala odvolanie argumentujúc, že:

Súdu prvého stupňa vyčítal, že ignoroval tvrdenia banky o poučení každého klienta o bezpečnej práci s Internet bankingom, ktoré žalovaný na prihlasovacej stránke k internetovému bankovníctvu zverejňuje od roku 2008. Pri každom prihlásení sa tak navrhovateľ mal možnosť dôkladne oboznámiť s prezentovanými informáciami, najmä s dôrazným

³ V skutočnosti je takýto útok možné zrealizovať troma spôsobmi. Tzv. „one time password“ (OTP) zaslané SMSkou je vždy v tomto scenári použité ako potvrdenie vykonania transakcie. Teoreticky sa teda prípad môže odohrať nasledovne: (i) Útočník má k dispozícii nástroje a disponuje potrebnými zručnosťami na získanie autorizačných údajov automatickým presmerovaním pôvodnej SMS na nové, podhodnené telefónne číslo. V tom prípade by klientovi neprišla ani SMS s OTP, ani SMS o vykonanej transakcii; (ii) Klientovi prišla SMS o zmene telefónneho čísla v profile - a útočník OTP získa jej obsah od klienta telefonicky, použitím sociálneho inžinierstva. Útočník následne zmení pôvodné telefónne číslo klienta uvedené v profile na nejaké svoje, podhodnené číslo. V tom prípade by už ale klientovi neprišla SMS o vykonanej transakcii. (iii) Útočník získa od klienta autorizačný údaj (či už SMS OTP, alebo pozíciu Grid karty) telefonicky, použitím sociálneho inžinierstva. Útočník následne v mene klienta zadá OTP pre validáciu pozmenenej transakcie. V tom prípade klientovi prišla SMS o vykonanej transakcii. Často sa však stáva, že klient si obsah SMS neprečíta podrobne, napr. si nevšimne číslo účtu prípadne ani sumu. Pozorným prečítaním SMS správy sa dá preto podvod v prípade (ii) a (iii) odhaliť z jej textu, ktorý zvyčajne znie "Zadanie prevodného príkazu - Prijemca: #####/#### - Suma: ##,## EUR - kod: ?????? platný do DD.MM.RRRR HH:MM:SS" (citované podľa informácií VÚB).

upozornením, aby klienti neodpovedali na e-maily alebo telefonáty, v ktorých by ktokoľvek, vrátane osôb vydávajúcich sa za zamestnancov banky, žiadal o poskytnutie osobných informácií, čísel a zostatkov na účtoch alebo prístupových či autorizačných údajov. Takéto poučenie pre klientov je formulované veľmi jednoducho a zrozumiteľne a jeho súčasťou sú aj názorné ukážky a príklady obdobných útokov. Poukázal na to, že súd pojem bežný klient banky nekonkretizoval a neuviedol, na základe akého myšlienkového postupu dospel k záveru, že navrhovateľ spadá do tejto kategórie a prečo sa súd domnieva, že bežný klient banky sa nemusí zaoberať čítaním upozornenia na prihlasovacej stránke do služby Internet banking. Len uviedol, že okrem upozornenia na prihlasovacej stránke zdôrazňuje banka potrebu zvýšenej bezpečnosti aj vo Všeobecných obchodných podmienkach k depozitným produktom a varuje klientov pred prezradením autentifikačných a bezpečnostných prvkov im neznámej osobe. Nakoľko navrhovateľ nevedel identifikovať osobu, ktorej počas telefonického hovoru prezradil dôverné údaje, označuje ju žalovaný ako navrhovateľovi neznámu osobu. Žalovaný sa domnieva, že práve vyjasnenie konania alebo nekonania navrhovateľa je potrebné na posúdenie alebo zodpovedanie otázky, či jeho správanie možno vyhodnotiť ako nedbanlivosť alebo nie. [...] **Vyslovil presvedčenie, že oznámenie bezpečnostných prvkov navrhovateľovi neznámej osobe možno považovať za porušenie obvyklej opatrnosti a teda za hrubú nedbanlivosť zo strany navrhovateľa.**

Odvolaací súd (Krajský súd Trenčín, 19.06.2013, sp. zn. 17Co/213/2012, JUDr. Emília Zimová) sa plne stotožnil so súdom prvého stupňa, a teda s tým, že platiť má banka. Dôvodil tým, že:

Z obsahu odvolania vyplýva, že žalovaný sa domáha aplikácie ust. § 12 ods. 2 zákona č. 492/2009 Z.z., s tým, že žalovaný ako platiť má znášať straty súvisiace s neautorizovanou platobnou operáciou, pretože bola zapríčinená splnením jednej alebo viacerých povinností podľa § 26 v dôsledku jeho hrubej nedbanlivosti.

Podľa § 26 citovaného zákona používateľ platobných služieb pri používaní platobného prostriedku je povinný:

a/ používať platobný prostriedok podľa podmienok upravujúcich vydávanie a používanie tohto platobného prostriedku,

b/ bez zbytočného odkladu oznámiť poskytovateľovi platobných služieb alebo osobe poverenej poskytovateľom platobných služieb stratu, odcudzenie, zneužitie alebo neautorizované užitie platobného prostriedku,

c/ po získaní alebo prevzatí platobného prostriedku vykonať všetky primerané úkony na zabezpečenie ochrany personalizovaných bezpečnostných prvkov platobného prostriedku.

V prejednávanej veci je nepochybné, že žalobca ako používateľ platobných služieb splnil povinnosť, ktorá mu je uložená v ust. § 26 písm. b/, keď bez zbytočného odkladu oznámil žalobcovi neautorizované použitie platobného prostriedku. **Žalovaný považuje za okolnosť vylučujúcu jeho povinnosť podľa § 11 ods. 1 zákona 492/2009 Z.z. a vyplývajúcu z ust. § 12 ods. 2 zákona tú skutočnosť, že žalobca v súvislosti s vykonaním predmetnej platobnej operácie oznámil osobe, ktorá sa predstavila ako zamestnanec žalovaného, svoje identifikačné údaje. Uvádza však sám, že takéto konanie žalobcu možno považovať za porušenie obvyklej opatrnosti.**

Keď súd prvého stupňa túto okolnosť nepovažoval za hrubé porušenie povinnosti vyplývajúcej z ust. § 26 písm. a/ (používať platobný prostriedok podľa podmienok upravujúcich vydávanie a používanie tohto platobného prostriedku) a tým za nesplnenie povinnosti v dôsledku hrubej nedbanlivosti, s takýmto záverom sa stotožňuje aj odvolací súd, v dôsledku čoho považuje výklad a aplikáciu ust. § 12, významného pre právne posúdenie danej veci, za správny. Krajský súd preto rozsudok okresného súdu potvrdil.

Podľa tlačovej správy nebolo rozhodnutie Krajského súdu v Trenčíne ďalej možné napadnúť riadnymi opravnými prostriedkami, a preto ho VÚB rešpektovala a judikovanú sumu klientovi uhradila. VÚB však stále zvažuje, či využije inštitút mimoriadneho opravného prostriedku, poukazujúc na podľa jej názoru zásadné chyby v odôvodnení rozsudku. Zatiaľ však rozhodnutie napadnuté nebolo. Banka ďalej vo svojej tlačovej správe uvádza, že:

"S výrokom a odôvodnením rozhodnutia sa však nestotožňujeme a považujeme ho za nesprávne. Máme za to, že súd dostatočne nevezal do úvahy viaceré z argumentov predložených zo strany VÚB, a.s. v konaní svedčiacich jednoznačne v prospech VÚB, a.s.. Jedná sa napríklad o hrubé nedbanlivostné konanie klienta pri ochrane jeho autorizačných prvkov. **V rozhodnutí sa totiž uvádza, že klient splnil povinnosť ktorú mu ukladá § 26 písm c) citovaného zákona že, používateľ platobných služieb pri používaní platobného prostriedku je povinný po získaní alebo prevzatí platobného prostriedku vykonať všetky primerané úkony na zabezpečenie ochrany personalizovaných bezpečnostných prvkov platobného prostriedku. To je však v príkrom rozpore so skutočnosťou, keďže klient nemal zabezpečenú konfiguráciu počítača tak, aby nemohlo dôjsť k jeho infiltrácii škodlivým kódom a taktiež vyzradil autorizačné prvky cudzím osobám. (To nie je povinnosťou ani možnosťou banky zabezpečiť v mene klienta).** Pokiaľ ide o ďalšiu otázku týkajúcu sa iných prípadov, chceme zdôrazniť, že k jednotlivým prípadom, týkajúcim sa phishingu, je nevyhnutné pristupovať vždy výlučne individuálne a nemožno ich paušalizovať, nakoľko v každom z týchto prípadov sa, v zmysle ustanovení zákona č. 429/2009 Z.z. o platobných službách, vyhodnocuje predovšetkým konanie samotného klienta, a to najmä, akým podielom sám prispel k vykonaniu neoprávnenej platobnej operácie."

3. KOMENTÁR

Tento prípad je zaujímavý hneď z niekoľkých uhlov pohľadu. V prvom rade, ak odhliadneme od právnických kulís sporu, je to *krásny prípad pre ekonomickú analýzu práva*. Prípad až sám ponúka otázku: kto by mal v takomto prípade niesť zodpovednosť za ukradnuté peniaze? Kto sa mohol najlacnejšie vyhnúť tejto strate? Ponúka ale aj zaujímavé spoločenské otázky: aký stav bezpečnosti si budeme takto vynucovať na internetových užívateľoch? Aké phishingové techniky by mal vedieť priemerný užívateľ odhaliť?

Prv si ale rozmeňme prípad na drobné (trošku zjednodušené). Napriek zdanlivému riešeniu právnej otázky v právnom predpise, zákony v skutočnosti diferenciaciou medzi situáciami ľahkej a hrubej nedbanlivosti, a teda tým či platí klient, banka alebo obidvaja v podstate určito nerieši. Podstatná rola je totiž ponechaná sudcovi, ktorý musí určiť, kedy užívateľ internet bankingu za konkrétnych okolností

- vedel, že môže byť vystavený podvodu, ale bez primeraných dôvodov sa spoliehal, že k tomu nedôjde (ľahká nedbanlivosť) alebo
- nevedel, že svojím konaním môže byť vystavený podvodu, hoci o tom vzhľadom na okolnosti a na svoje osobné pomery vedieť mal a mohol (hrubá nedbanlivosť).

Jeden spôsob ako sa pozrieť na situáciu je bežný právnický spôsob hľadania odpovede v lepších či horších argumentoch o tom, čo taká alebo onaká nedbanlivosť za daných okolností vlastne je. Iný, oveľa oslobodzujúcejší spôsob je priznať si, že nehľadáme odpoveď na otázku čo je, ale skôr čo *by mala byť* potrebná miera starostlivosti sledujúc cieľ maximalizácie spoločenského blahobytu.

Je dobré požadovať, aby banka niesla všetky náklady sama, ak preukázateľne zo svojej strany vyvinula veľké množstvo nákladov na to, aby sa vyhla týmto situáciám? Potrebujeme ju trestať a tým pádom ešte nejako motivovať, aby vynaložila viac nákladov na prevenciu? Je taká prevencia vôbec možná? Alebo naopak, máme žiadať, aby sa užívateľ lepšie staral o svoje technické prostriedky pre internet banking, a tým vynaložením pomerne nízkych nákladov (zvýšenej pozornosti) sa snažil

odhaliť phishing sám? Mali by sme ho motivovať k tomu, aby tak urobil, napríklad tým, že za okolností, kedy riziko rozpoznateľné a odstrániteľné bolo, bude musieť strpieť aspoň spoluúčasť? Alebo by sme ho mali vystaviť týmto požiadavkám pod hrozbou toho, že stratené peniaze sú úplne v jeho neprospech? Nebudeme tak ale motivovať zase banku k tomu, aby znížila svoju ostražitosť, keďže celé riziko presunieme na klientov? Toto všetko sú legitímne otázky, ktoré by si mal sudca položiť.

Užívateľ v tomto prípade síce pri vynaložení lepšej pozornosti zrejme *nemohol* odhaliť to, že stránka, na ktorú sa pripája, nie je skutočne pravou VÚB stránkou, mohol však lepšie zabezpečiť svoj počítač antivírusom alebo používať internetový prehliadač, ktorý netrpí známymi zraniteľnosťami. Do akej miery možno od konkrétneho klienta vyžadovať, aby tak urobil, ale bude závisieť aj od osoby klienta banky. O nej sa však nedozvieme z rozhodnutia nič. Je totiž predstaviteľné, že mladý klient banky dokáže svoj počítač takto zabezpečiť skôr a lacnejšie ako priemerný dôchodca. V každom prípade nemožno na užívateľov klásť privysoké nároky, keďže na vyhnutie sa mnohým vírusom by užívateľ musel byť častokrát bezpečnostný expert, alebo minimálne sledovať denne technologické správy, čo je isto nereálna predstava.

Oveľa podstatnejšia časť skutkového stavu, ktorá vypovedá o klientovej nedbanlivosti, je skôr telefonické oznámenie údajov tretej osobe, ktorá sa predstavila ako zamestnanec banky. Vzhľadom na to, že banky bežne robia osvetové kampane a poučujú svojich klientov o tom, že si nikdy nežiadajú údaje emailom alebo telefonicky, malo by u každého klienta banky pri takomto konaní tretej osoby zasvietiť červené svetlo. Ak totiž súdy začnú umožňovať, aby sa klienti zbavili svojej nedbanlivosti aj pri takto základnej podvodnej technike, znamená to, že banky budú zodpovedať takmer vždy. Navyše, bankám nebude daná žiadna možnosť brániť sa, keďže tento ľudský faktor žiadna autentifikácia nedokáže minimalizovať. Súdy by preto naopak ako KS Trenčín, mali vyžadovať všeobecne vysokú starostlivosť o bezpečnostné prvky pri komunikácií s tretími osobami či už telefonicky alebo mailom. Najmä ak neposkytovanie údajov takýmto spôsobom je v podstate štandardom nie len v bankovom sektore, ale aj celkovo na internete. Bohužiaľ zo skutkového stavu nie je možné zistiť ako prebiehal samotný telefonický rozhovor.

Pre porovnanie, nemecký Spolkový najvyšší súd nedávno rozhodol v spore (BGH, sp. zn. XI ZR 96/11)⁴, kde sa klient banky domáhal náhrady podvodne prevedenej platby zo svojho účtu, ktorá bola umožnená tým, že podvodníkovi sám sprístupnil 10 autorizačných detailov zo svojej TAN karty (tabuľky). Klient banky napriek prechádzajúcim poučeniam zadal týchto 10 údajov, čím umožnil útočníkovi realizovať platbu. BGH bol názoru, že hoci vzhľad stránky nevykazoval žiadne podozrivé prvky, muselo byť klientovi zrejmé, že pri žiadosti o 10 údajov z TAN tabuľky sa musí jednať o podvod. A to aj preto, že banka predtým upozorňovala, že takéto informácie za žiadnych okolností od svojich klientov nežiada. Súd tak ustálil hrubú nedbanlivosť na strane klienta. Klient tak musel niesť celú stratu sám.

Je preto dôležité, aby banka svojich klientov intenzívne poučovala o tom ako možný podvod rozpoznať. Za istých okolností však môže byť banka v pozícii, že nedokáže urobiť viac, než urobila, pretože napríklad všetky kroky podvodníkov sa vykonávajú už mimo jej sféry vplyvu (pôsobenie na zákazníka, nakazenie jeho počítača a pod.). Banka by však stále mala mať podľa môjho názoru vnútorný systém (fraud management) ako indentifikovať podozrivé platby a tým predísť možným neautorizovaným platbám. Aj spomínaný nemecký prípad posudzoval, či sama banka mohla rozpoznať podozrivosť platby. V danom prípade to tak nebolo, pretože išlo o nízku platbu (5.000 eur) vykonanú v rámci EÚ, pričom útočník sa pohyboval v rámci nastaveného limitu klienta banky. Treba však povedať, že úspešnosť takéhoto vnútorného systému nemusí byť v konkrétnom prípade vysoká, keďže útočníci zvyčajne nerecyklujú účty, a tiež sa snažia vyhnúť akémukoľvek podozrivému správaniu.

Ak by ale banka mohla vykonať podstatné kroky ako by minimalizovala riziko aj mimo svojej sféry vplyvu, súd by si mal položiť otázku, či by nebolo rozumné banku motivovať, aby tieto kroky do budúcnosti podnikla. Zároveň by mal však súd uplatňovaním štandardu nedbanlivosti motivovať aj užívateľa internetového bankovníctva, aby sám dával väčší pozor (viď nižšie). Ak teda napríklad každá zo strán mohla vynaložiť pomerne nízke náklady, aby predišla tejto udalosti, motivovať by trebalo obidve strany. To

⁴ Upozorníť ale treba, že BGH aplikoval nemecké právo na skutkový stav, pre ktorý ešte povinnosť eurokonformného výkladu neexistovala.

znamená prijať štandard ľahkej nedbalivosti na strane užívateľa, a teda tiež uložiť mu spoluúčasť.

Ak naopak banka nemohla urobiť takéto kroky, prinútiť ju k väčšej ostražitosti by znamenalo len zvýšiť riziko jej podnikania. A tým aj jeho cenu. Samozrejme banka by mohla toto riziko naďalej minimalizovať verejnou osvetou (reklamou), no zároveň by právo vôbec nemotivovalo užívateľa k tomu, aby si dával pozor. To by spôsobilo tzv. problém morálneho hazardu⁵, kedy osoba, ktorá berie na seba risk, necíti jeho dôsledky, a preto ho neberie do úvahy pri svojom konaní. A to môže byť spoločensky neefektívne, keďže riziko aj tak niekto nakoniec zaplatí. Z tohto dôvodu musí štandard nedbalivosti hroziť užívateľovi prípadne aj plnou stratou prostriedkov, nie len drobnou spoluúčasťou. Aby sme predišli tomu, že užívateľ za predpokladu maximálneho úsilia banky nevykoná nič sám, je dobré potrestať v takomto prípade užívateľa.

Po odstránení právnickej mágie, môže štandard ochrany bezpečnostných údajov preto vyzerať aj takto⁶:

- a) **spoluúčasť** (ľahká nedbalivosť), ak ako banka, tak aj užívateľ mohli urobiť viac, aby prešli podvodu,
- b) **stratu nesie sám klient** (hrubá nedbalivosť), ak banka vyvinula maximálne úsilie vo svojej sfére vplyvu, pričom užívateľ sa mohol lacno vyhnúť podvodu, no neurobil tak,
- c) **stratu nesie sama banka** (diligentný užívateľ), ak banka vyvinula hoci aj maximálne úsilie, ale užívateľ použil všetky lacné spôsoby ako sa vyhnúť podvodu.

Z prípadu c) vidieť, že jasná preferencia pre riziko ostáva na banke, ktorá ho bude niesť aj ak lacné spôsoby prevencie, ktoré užívateľ mohol využiť síce boli využité, no k podvodu došlo napriek tomu. Pozorný čitateľ možno bude namietajú, že takéto rozloženie nemusí vždy zodpovedať alokácii zodpovednosti podľa ekonomického princípu "cheapest cost avoider"⁷. A bude mať pravdu. Môže sa stať, že užívateľ by mohol vykonať aj drahšie kroky ako predísť podvodu u seba, pričom tieto by stále boli

⁵ Pozri http://en.wikipedia.org/wiki/Moral_hazard

⁶ Ako vidieť jeden zásadný odklon od bežného testovania nedbalivosti spočíva v tom, že sa sústreďuje aj na správanie banky, nie len správanie klienta.

⁷ GILLES, Stephen. Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider. *Virginia Law Review*. 1992, roč. 78, č. 6, str. 1291-1375.

nižšie ako tie, ktoré by musela podniknúť banka a my by sme stále alokovali zodpovednosť u banky. Dôvod pre to však podľa plynie zo samotného § 12, ktoré riziko nealokuje nevyhnutne rovnomerne, ale asymetricky (ekonomická analýza samozrejme nemôže prepisovať zákon).

Ak by teda napríklad užívateľ mohol predísť konkrétnemu útoku len tým, že by si zakúpil úplne nový a drahý antivírus, hoci aj banka vykonala všetko rozumné na jej strane, súd by mal ustáliť, že stratu nesie banka (c). Naopak, ak by banka nedostatočne informovala svojho klienta o rizikách konkrétneho útoku, pričom sám klient mohol za vynaloženia lepšej pozornosti odhaliť, súd by mal ustáliť, že stratu nesú banka a klient. Vzhľadom na limitáciu zákona by sa klient podieľal len do výšky 100 eur (a). No a napokon, ak by banka dostatočne informovala svojho klienta o rizikách útoku, pričom ten by napriek tomu nevynaložil potrebnú pozornosť, aby sa útoku vyhol, súd by mal ustáliť, že stratu nesie výlučne sám klient banky (b). Treba pamätať na to, že banka vynaložením prostriedkov u seba (napr. osвета) častokrát predefinuje aj výšku nákladov, ktoré musí vynaložiť jej klient (napr. obozretnosť). Je teda v záujme banky, aby náklady pre klienta boli čo najnižšie, keďže inak môže niesť zodpovednosť častejšie ona. Vytvorením predpokladov pre nízke náklady na strane užívateľa dokáže banka v podstate preniesť časť rizika na klienta, čím predíde problému morálneho hazardu.

Domnievam sa, že v tomto prípade sa jedná práve o prípad, kedy by mal stratu niesť klient, nie banka. Banka totiž zjavne informovala klientov o tom, že od nich nikdy nežiada predmetné bezpečnostné údaje telefonicky. Preto hoci klienta nemuselo hneď diskvalifikovať samotné nainfikovanie počítača, jednoznačne by ho malo diskvalifikovať takéto oznámenie tretej osobe.

Ak by sme masovo nasledovali rozhodnutie KS Trenčín, veľmi ľahko sa môže stať, že klienti bánk nebudú mať žiadny záujem na ochrane ich vlastných bezpečnostných prvkov. Podobne ako poistenec, ktorý nie je vystavený žiadnej spoluúčasti môže inklinovať k preberaniu väčšieho rizika, pretože nemusí niesť jeho dôsledky. A keďže banka nedokáže zabrániť zraniteľnosti spôsobenej osobným vyzradením, znamenalo by to *de facto* automatickú zodpovednosť banky. Banka by mohla využiť len interné zmluvné spôsoby ako svojich klientov motivovať k lepšej bezpečnosti (napr.

vernostné odmeny a pod.), aby tak znížila svoje podnikateľské riziko. Tie by však nemuseli byť vždy dostatočne účinné, a tak by podnikateľské riziko musela prenášať na klienta vo výške zvýšenej ceny za svoje služby. Takto by boli v konečnom dôsledku na klientov prenášané náklady, ktorým sa mohli pôvodne vyhnúť sankcionovaním iba tých spotrebiteľov, ktorí nie sú ochotní vynaložiť náklady na lacné spôsoby prevencie (napr. zvýšenú pozornosť). Ako dôsledok by sa celý systém len neefektívne predražil pre spoločnosť.

PŘEHLED AKTUÁLNÍ JUDIKATURY

JAKUB HARAŠTA, MATEJ MYŠKA

1. BLOKOVÁNÍ PŘÍSTUPU POSKYTOVATELEM INTERNETOVÉHO PŘIPOJENÍ

Soud: Soudní dvůr Evropské unie
Sp. zn.: C-314/12
Datum: 27. 3. 2014
Dostupnost: curia.europa.eu

Původní řízení se týkalo žádosti společností Constantin Film a Wega o vydání soudního příkazu, jimž mělo být společnosti UPC Telekabel, která je poskytovatelem internetového připojení, nařízeno, aby svým zákazníkům zablokovala přístup k webovým stránkám, na kterých je možné sledování vybraných děl vyrobených společnostmi Constantin Film a Wega. Argumentace UPC Telekabel před Oberster Gerichtshof se týkala zejména absence obchodního vztahu mezi provozovateli stránek a poskytovatele internetového připojení. Zároveň tvrdila, že není prokázáno, že by zákazníci UPC Telekabel jednali protiprávně. Navíc lze stejně většinu technických omezení nějakým způsobem obejít a některá z nich jsou nadměrně nákladná. Soud předložil předběžnou otázku týkající se zejména způsobu aplikace ustanovení čl. 8 odst. 3 směrnice 2001/29/ES.

Dne 27. března 2014 rozhodl čtvrtý senát Soudního dvora Evropské unie ve věci UPC Telekabel Wien GmbH proti Constantin Film Verleih GmbH a Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH tak, že čl. 8 odst. 3 směrnice 2001/29/ES musí být vykládán v tom smyslu, že osoba, která na webových stránkách zpřístupňuje předměty ochrany bez souhlasu nositele práv, využívá služeb poskytovatele internetového připojení těch osob, které si tyto předměty prohlížejí. Tento poskytovatel internetového připojení se pak

stává zprostředkovatelem ve smyslu čl. 8 odst. 3 směrnice 2001/29/ES. Unijní právo pak nebrání tomu, aby bylo poskytovateli internetového připojení prostřednictvím příkazu vydaného soudem zakázáno poskytovat zákazníkům přístup k webovým stránkám, na nichž jsou online zpřístupňovány předměty ochrany bez souhlasu nositelů práv, pokud tento soudní příkaz neupřesňuje, jaká opatření musí tento poskytovatel připojení přijmout, a pokud tento poskytovatel může uniknout sankcím postihujícím porušení uvedeného soudního příkazu prokázáním toho, že již přijal všechna opatření, jež po něm lze rozumně požadovat, avšak za podmínky, že přijatá opatření zbytečně nezbavují uživatele internetu možnosti využít oprávněného přístupu k dostupným informacím a vedou k zabránění nebo alespoň ztížení neoprávněných prohlížení předmětů ochrany a ke skutečnému odrazování uživatelů internetu od prohlížení těchto předmětů.

SDEU tedy dovedl, že poskytovatel přístupu k internetu je nezbytným účastníkem jakéhokoli přenosu materiálu porušujícího právo. Poskytnutím přístupu k síti je totiž tento přenos umožňován. SDEU konstatoval, že tento závěr není možné vyvrátit tvrzením o nezbytnosti smluvního vztahu – žádný zvláštní vztah totiž není z dikce příslušných ustanovení směrnice vyžadován. SDEU zároveň uzavřel, že soudní příkaz, kterého se týkalo původní řízení, nemá obsahovat specifikaci technik, jejichž použitím má být dosaženo cíle. Sám poskytovatel internetového připojení ví nejlépe, jaká opatření jsou pro něj příliš nákladná a o tomto budou rozhodovat národní soudy. Poskytovatel sám musí šetřit práva uživatelů a implementovat pouze taková opatření, aby do práv uživatelů nebylo nadměrně zasahováno. Je vhodné připomenout, že SDEU rozhodl o nutnosti specifikovat opatření, která mají být dle soudního příkazu implementována, přesně opačně než navrhoval Generální advokát Pedro Cruz Villalón.

2. NEZÁVISLOST ORGÁNU OCHRANY OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Soud: Soudní dvůr Evropské unie

Sp. zn.: C-288/12

Datum: 8. 4. 2014

Dostupnost: curia.europa.eu

SDEU rozhodoval v tomto sporu mezi Evropskou Komisí a Maďarskem o nezávislosti národního orgánu ochrany osobních údajů v návaznosti na novou maďarskou ústavu účinnou od 1. ledna 2012. Ústava obsahovala v rámci přechodných ustanovení článek 16, který účinností ústavy ukončoval mandát parlamentního komisaře pro ochranu osobních údajů. Tím se mělo Maďarsko dostat do konfliktu s povinnostmi vyplývajícími ze směrnice 95/46/ES, konkrétně s článkem 42 odst. 4 a 5. Ten stanovuje, že funkce komisaře zaniká kromě pravidelného obměňování a úmrtí odstoupením nebo nuceným odchodem do důchodu. András Jóri, který byl jmenován komisařem dne 29. září 2008, měl ukončit svůj mandát v roce 2014. Mandát mu však zanikl 31. prosince 2011 právě na základě článku 16. Po výzvě dopisem, kterou Komise zaslala Maďarsku, a to zpochybnilo porušení, které mu bylo vytknuto. Předčasné ukončení mandátu komisaře označilo jako důsledek změny maďarského orgánu dozoru. Jelikož Maďarsko trvalo na předčasném ukončení mandátu komisaře Jóriho, došlo k podání žaloby.

SDEU dovodil, že mandát komisaře nebyl ukončen na základě žádného z ustanovení, které ukončení mandátu předpokládají. Komisař zároveň nepodal oficiální demisi. SDEU pak konstatoval, že Maďarsko ukončilo mandát komisaře, aniž dodrželo záruky stanovené zákonem za účelem ochrany jeho mandátu. Jako obiter dictum SDEU dále uvedl, že je samozřejmě pravda, že si členské státy mohou svobodně zvolit konstitucionální model a měnit ho. V tomto rámci nicméně musí dbát na to, aby neohrozily nezávislost orgánu dozoru plynoucí z čl. 28 odst. 1, která implikuje povinnost respektovat délku jeho mandátu. Maďarsko tedy nesplnilo povinnosti vyplývající pro něj ze směrnice 95/46/ES.

3. DRM NA CÍLOVÝCH ZAŘÍZENÍCH

Soud: Soudní dvůr Evropské unie
Sp. zn.: C-355/12
Datum: 23. 1. 2014
Dostupnost: curia.europa.eu

Nintendo přijalo technologické prostředky na cílová zařízení (Nintendo DS, Wii), konkrétně se jednalo o rozpoznávací systém nainstalovaný na konzole a zašifrovaný kód hmotného nosiče. Hry, které nenesou předmětný kód, nelze spustit na žádném zařízení chráněným tímto systémem. Cílem má být ochrana před užíváním nedovolených rozmnoženin. Zároveň ale tyto technologické prostředky brání užívání programů, her a multimediálního obsahu nepocházejícího od společnosti Nintendo. Vytvoření zařízení PC Box, které po instalaci na příslušnou konzoli umožní obejít ochranný systém, vyvolalo žaloby proti společnostem PC Box a 9Net u italských národních soudů. Společnost PC Box uváděla na trh originální konzole opatřené doplňkovým softwarem od nezávislých výrobců, které by bez instalovaného zařízení jinak nebylo možné použít. PC Box se tímto argumentem bránil i u soudu a poukazoval na technické prostředky ochrany společnosti Nintendo jako primárně zamezující používání nezávislého softwaru. Předběžné otázky se tak týkaly zejména výkladu čl. 6 směrnice 2001/29/ES ve spojení s recitálem 48 směrnice 2001/29/ES, tedy zdali může být ochrana technologických prostředků ochrany děl nebo jiných předmětů chráněných autorským právem rozšířena také na systém vyrobený a uvedený na trh stejným podnikem.

Generální advokátka Eleanor Sharpston ve svém stanovisku poukázala na fakt, že právní ochrana před úkony nepovolenými nositelem autorských práv musí dodržovat zásadu proporcionality. Dále uvedla, že by se rozsah předmětné právní ochrany neměl posuzovat na základě zvláštního užití konzolí, které určil nositel autorských práv, ale měla by se zohlednit kritéria, která jsou ve vztahu k zařízením, výrobkům nebo součástkám stanovena v čl. 6 odst. 2 směrnice 2001/29/ES. SDEU pak ze stanoviska v rámci rozhodnutí rozsáhle vycházel a uzavřel, že technologickým prostředkem ve smyslu směrnice je tedy i ochranný prostředek na cílovém zařízení. Vnit-

rostátnímu soudu ale přísluší ověřit, zda by jiné prostředky nebo prostředky nenainstalované do konzol mohly vést k mírnějšímu zásahu do činnosti třetích osob nebo k menšímu omezení těchto činností a zároveň by právům nositele poskytovateli srovnatelnou ochranu.

4. NEPLATNOST DATA RETENTION SMĚRNICE

Soud: Soudní dvůr Evropské unie
Sp. zn.: Spojené věci C-293/12 a 594/12
Datum: 8. 4. 2014
Dostupnost: curia.europa.eu

Rozsudek SDEU ve spojených věcech Digital Rights Ireland a Seitlinger a další je vyvrcholením mnohaleté bitvy ochránců soukromí (např. AK Vorrat, European Digital Rights, European Information Society a další) za zrušení kontroverzní směrnice 2006/24/ES o uchovávání provozních a lokalizačních údajů (dále jen „Směrnice“).¹ Tato Směrnice stanovovala povinnost členským státům přijmout legislativu, která stanoví operátorům povinnost uchovávat kdo, s kým, kdy, odkud a jakými prostředky komunikoval a to pro účely vyšetřování, odhalování a stíhání závažných trestných činů.

Obdobné předběžné otázky směřující na slučitelnost Směrnice s čl. 7 (ochrana soukromí) a čl. 8 (ochrana osobních údajů) s Listinou základních práv a svobod (dále jen „Listina“) pak byly položeny irským High Court a rakouským Ústavním soudem.

SDEU nejprve v souladu s Generálním advokátem Pedro Cruz Villalónem konstatoval, že data retention představuje rozsáhlý a zvláště závažný zásah do výše uvedených lidských práv [body 38, 39, 48, 65 Rozsudku] a to jak v případě samotného uchovávání, tak i při přístupu národních autorit k těmto údajům. Takový zásah pak musí být ospravedlnitelný. Data retention, dle názoru SDEU odpovídá cíli obecného zájmu (prevence kriminality a terorismu) [bod 44 Rozsudku], je nezbytný k dosažení tohoto cíle [bod 51 Rozsudku] a je způsobilá tohoto cíle dosáhnout [bod 49 Roz-

¹ V detailech např.: MYŠKA, Matěj. *Právní aspekty uchovávání provozních a lokalizačních údajů*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2013. 136 s. Acta universitatis Brunensis Iuridica; Editio S; No 456. ISBN 978-80-210-6462-1.

sudku]. Tento zásah ovšem není přiměřený a to hned z několika důvodů. Předně nejsou ve Směrnici stanovena jasná a přesná pravidla využívání tohoto opatření, ani následná kontrola, či povinnost informovat následně subjekt o využití tohoto prostředku, jakož i prostředky ochrany před zneužitím. Problematická je také „bezbřehost“, neadresnost a nezacílenost tohoto opatření (mj. i kvůli značně vágnímu pojmu „závažný trestný čin“). Ohledně přístupu státních pak Směrnice nestanovuje žádné procesní záruky a opatření minimalizace zásahu a maximalizace ochrany jednotlivce. Efektivní kontrolu nad zpracováním osobních údajů pak znemožňuje zakotvení povinnosti zpracovávat osobní údaje na území EU. Na rozdíl od Generálního advokáta se zde SDEU nevyjádřil ke konceptu „funkční duality“ Směrnice. Tato měla, dle Generálního advokáta, sloužit jednak jako nástroj harmonizace dosud divergentních národních úprav, tak i nástroj, který měl vytvořit povinnost údaje uchovávat v případě států, které ještě data retention legislativu nezavedly. Zde Generální advokát navrhoval, aby Unie převzala svůj díl odpovědnosti za takto vytvořený potenciální zásah do základních práv a stanovila povinnosti jednotlivým národním státům konkrétněji upravit záruky, které by jej ospravedlňovaly.

SDEU tak poměrně jednoduše dovedl, že úprava data retention byla v konkrétním provedení nastaveném Směrnicí neproporcionální vzhledem k sledovanému účelu a Směrnicí od počátku (sic!) zneplatnil.

Mimořádně zajímavé budou i následky tohoto zneplatnění a jeho důsledky na národní legislativu implementující již zneplatněnou směrnici *ex tunc*. Zejména zda mají členské státy nyní povinnost se „zbavit“ implementujících předpisů. Jak naznačuje Zuzana Vikarská² důvodem by mohl být rozpor:

- a) s národním ústavním zakotvením lidských práv;
- b) z důvodu rozporu s Listinou – i při neexistenci Směrnice je regulovaná materie je dále harmonizována evropským právem – tedy směrnicí o e-soukromí (2002/58/ES) a ponecháním národní

² VIKARSKÁ, Zuzana. Domino-efekt zrušené Směrnice. *Jiné právo* [online]. 16. 5. 2014 [cit. 15. 6. 2014] Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.be/2014/05/zuzana-vikarska-domino-efekt-zrusenej.html>. V příspěvku uvádí Vikarská ještě další dvě varianty: (a) tzv. „domino-efekt“, kdy zrušená Směrnice automaticky zneplatňuje i národní implementační úpravy. Tento důvod který ale ovšem ihned označuje za neproveditelný, jelikož takový výklad by porušoval princip vertikální dělby moc v EU; (b) žádný důsledek – to ovšem pouze pokud by nenastaly situace uvedené výše.

data retention by se členský stát dopustil porušení jak primárního, tak sekundárního práva.³

Jedním z prvních z členských států, který na základě rozsudku provedlo nějaké konkrétní kroky bylo Slovensko. Tamní Ústavní soud v rámci řízení o ústavnosti „implementace“ pozastavil její účinnost, in concreto § 58 ods. 5 až ods. 7 a § 63 ods. 6 zákona č. 351/2011 Z.z. o elektronických komunikacích. Nelze než jen s napětím očekávat, jaké zaujme stanovisko český Ústavní soud ve chvíli, kdy mu napadne příslušná ústavní stížnost/návrh poslanců či soudu na zrušení národní úpravy data retention.

5. SDĚLOVÁNÍ DÍLA VEŘEJNOSTI A PROVOZOVÁNÍ ROZHLASOVÉHO VYSÍLÁNÍ⁴

Soud: Ústavní soud
Sp. zn.: II. ÚS 3076/13
Datum: 15. 4. 2014
Dostupnost: nalus.usoud.cz

Ústavní soud ("ÚS") svým nálezením („Nález“) vyhověl ústavní stížnosti společnosti Velo s.r.o. CZ ("stěžovatelka") proti rozsudku Krajského soudu v Hradci Králové ("KS"). V původním případě se jednalo o žalobu kolektivního správce OAZA na vydání bezdůvodného obohacení z titulu sdělování děl veřejnosti provozováním rozhlasového vysílání v prodejně stěžovatelky, které KS vyhověl.

Rozsudek KS byl označen jako protiústavní a zrušen a to z důvodů jak procesních, tak materiálních. In concreto ÚS konstatoval, že rozhodnutí KS "v otázce posouzení důvodnosti nároku je po právní i skutkové stránce založeno na nadmíru formalistické interpretaci a aplikaci zákonných ustanovení, na extrémním nesouladu právních závěrů se skutkovými zjištěními, na nedostatečném odůvodnění co do rozsahu reakce na stěžejní argumenty (obranu) stěžovatelky, přičemž se současně jedná o rozhodnutí ve věci,

³ Takto vykládá Rozsudek Martin Husovec v podání European Information Society Institute k Ústavnímu soudu. Dostupné online z: <http://www.eisionline.org/images/projekty/sukromie/VyhlasenieSDEU.pdf>

⁴ Text vychází z příspěvku, který byl původně publikován na Blogu Ústavu práva a technologií. MYŠKA, Matěj, dne 7. 5. 2014. Dostupné z: <http://ict-law.blogspot.cz/2014/05/ustavni-soud-ke-sdelovani-dila.html>

kteřou obecné soudy neposuzují jednotně, kterýžto postup vede ve svém posledku k porušení práva na spravedlivý proces dle čl. 36 odst. 1 Listiny." (bod č. 18 Nálezu) Rozhodnutí soudu, dle názoru ÚS, "navíc zjevně postrádá oporu v provedeném dokazování, když z listinných důkazů založených ve spise naopak jednoznačně plyne, že vedlejší účastník (OAZA) dokonce nebyl ani s to identifikovat, zda v případě stěžovatelčiny provozovny šlo o rozhlasové či televizní vysílání, natož jaký přístroj měl být provozován, zda v jeho rámci byla užívána díla mistrů zvuku, které vedlejší účastník zastupuje, a to opravdu po celé období udávané v žalobě." (bod č. 21 Nálezu) Zásadním pochybením pak bylo mj. i to, že proti stěžovateli bylo vedeno skutkově i právně obdobné řízení, které jiný senát soudu v Hradci Králové ovšem rozhodl přesně opačně (tj. zamítl žalobu kolektivního správce).

K samotné povaze "sdělování díla veřejnosti", pak ÚS využil analogie s případem Del Corso (C-135/10), když konstatoval, že je nutno ad hoc v každém případě zkoumat, zda v daném konkrétním případě provozování rozhlasového vysílání a jeho konzumace ze strany veřejnosti inherentně patří do činnosti provozovatele a zda je takové provozování schopné mu nějakým způsobem přivodit pozitivní hospodářský efekt. V daném případě tedy, zda vysílání rozhlasového přijímače v prodejně stěžovatelky sloužilo (mohlo objektivně sloužit) jako zvuková kulisa k navození „lepší nákupní atmosféry“, resp. k „nárůstu počtu jejích zákazníků“.

Dle ÚS *"pro posouzení důvodnosti žaloby tedy bylo rozhodující, zda stěžovatelka po dobu uvedenou v žalobě provozovala zařízení umožňující sdělování autorských děl veřejnosti (ve smyslu judikatury Soudního dvora), zda k tomuto sdělování autorských děl veřejnosti skutečno docházelo po celou dobu uvedenou v žalobě a zda se jednalo o díla autorů, jejichž práva je oprávněn vedlejší účastník na základě zákona či smlouvy spravovat. Ani jeden z těchto prvků však KS nepodrobil, navzdory stěžovatelčině argumentaci, patřičnému hodnocení a omezil se de facto na konstatování, že v její provozovně byl umístěn technicky způsobilý přístroj a že v průběhu provozní doby vysílal, na což soud usoudil ze zprávy jiného kolektivního správce o uzavřené smlouvě."* Zde lze ale kriticky poznamenat, že ÚS argumentuje právě zmíněným judikátem ve věci C-

135/10, který se ale týkal výrobců zvukových záznamů, nikoliv pak dalších předmětů ochrany (autorských děl hudebních).⁵

Nelze ovšem s naprostou jistotou tvrdit, zda bylo obdobný návod poskytnut i pro jednotlivé provozovatele, totiž kdy se o sdělování díla veřejnosti skutečně jedná a kdy už ne. Nález tak zřejmě nelze chápat jako generální osvobození pro všechny prodejce a provozovatele např. gastronomických zařízení.

Rozhodnutí je poměrně zajímavá i z procesního hlediska. Vysvětlení, proč se této věci ÚS věnoval tak extenzivně a neodmítl ji z důvodu bagatelní výše sporu pak lze nalézt v bodu č. 28 Nálezu. Dle ÚS je totiž judikatura obecných soudů k povinnostem subjektů provozujících pro veřejnost zařízení různého druhu uzavírat s kolektivními správci licenční smlouvy značně rozkolísaná a to z toho právě z prostého důvodu, že se jedná o bagatelní věci. ÚS tak jistým způsobem "převzal" funkci odvolacích soudů.

6. LICENČNÍ PRVEK "NONCOMMERCIAL" LICENCÍ CREATIVE COMMONS⁶

Soud: Zemský soud v Kolíně
Sp. zn.: 28 O 232/13
Datum: 5. 3. 2014
Dostupnost: openjur.de

V tomto případě užil na svých webových stránkách veřejnoprávní rozhlasový vysílatel Deutschlandradio („žalovaný“) fotografii žalobce ze služby Flickr, licencovanou pod Creative Commons Attribution-NonCommercial 2.0 („CC“), na stránkách <http://dradiowissen.de/>.

Autor fotografie a poskytovatel licence CC požadoval nejprve stažení svého díla z webových stránek. Posléze přistoupil k vymáhání svých práv i soudní cestou, když tvrdil, že licenční prvek „Neužívejte komerčně“ nezařhuje užití na webových stránkách, byť veřejnoprávního, vysílatele.

⁵ Toto konstatoval explicitně soud v případě OSA v. Mariánské lázně, C-351/12, EU:C:2014:110, bod 35)

⁶ Text vychází z příspěvku, který byl původně publikován na Blogu Ústavu práva a technologií. MYŠKA, Matěj, dne 7. 5. 2014. Dostupné z: <http://ict-law.blogspot.cz/2014/05/ustavni-soud-ke-sdelovani-dila.html>

Žalovaný se bránil tím, že se poměrně paradoxně snažil popřít autorství žalobce, i když jej původně na svých stránkách uváděl (sic!).

V rozsudku vyhlášeném dne 5. 3. 2014 dal kolínský soud za pravdu žalobci. Ten byl mj. schopen prokázat své autorství pomocí nosiče dat, na němž bylo zachyceno, kromě sporného autorského díla, více jeho fotografických děl s autorskoprávní výhradou. Soud dále konstatoval, že žalovaný neužíval fotografií pro nekomerční účely, tedy nesplnil podmínky licence a zasáhl tak do výlučných práv autora.

Veřejnoprávní status žalovaného a naplňování veřejnoprávní funkce dle soudu nehrál v tomto posuzování žádnou roli - svým jednáním, tedy zařazením článku na webu, v němž byla fotografie použita, do archivu a jeho následným zveřejňováním na vyžádání se svojí činností přiblížil komerčním vysílatelům. Stejně tak při posuzování této otázky nebral soud v potaz to, že webové stránky byly přístupné bezúplatně, bez reklam a nenabízely žádné zboží či služby. Stejně tak soud dovodil, že žalovaný nemohl v dobré víře očekávat, že žalobce bude schopen rozlišovat mezi veřejným a soukromým vysílatelem. V souladu s výkladem udělení oprávnění k užití díla ze strany žalobce tak bude mít stejné postavení jako soukromý (komerční) vysílatel.

Výklad pojmu „nekomerční užití“ se tak, dle soudu, nemá odvíjet od veřejnoprávních předpisů, ale od § 31 odst. 5 německého autorského zákona, který stanovuje tzv. „Zweckübertragungslehre“. Toto výkladové pravidlo stanovuje, že v případě pochybností o rozsahu způsobu užití při paušálním konstituování oprávnění užívat dílo, nesmí být toto uděleno v širším rozsahu, než vyžaduje účel užívací (licenční) smlouvy. Jedná se tedy o konkretizaci obecných výkladových pravidel v §§ 133 a 153 BGB. Podle nich je pak nutno vykládat dle úmyslu jednajícího, a to tak, jak by jej musel chápat přijímající projevů vůle v dobré víře a s ohledem na běžné zvyklosti. Pokud tento úmysl není jasný, vyloží se projev vůle podle svého objektivního významu a tak, jak by jej chápal adresát projevů vůle v obdobném postavení. Úmyslem jednajícího (žalobce) a účelem jeho projevů vůle pak bylo v tomto případě vyloučit jakékoli komerční užití a dovolit „pouze soukromé nevýdělečné užití“. Žalovaný se svým nakládáním s autorským dílem ocitl mimo tyto mantinely a zasáhl tak do práv žalobce. Soud přiznal žalobci též náhradu škody, jejíž výše byla stanovena licenční analogií dle

sazebníku Mittelstandsgemeinschaft Foto-Marketing jako cena za licenci na jeden rok užívání předmětného díla. Vysílatel se ale proti rozsudku odvolal a právní názor tak není konečný.

Zásadním pozitivem rozsudku je, že byl vůbec vydán. Veřejné licence, s výjimkou těch k počítačovým programům, nejsou obecně častým předmětem sporů. Nelze ovšem přehlížet, že se jedná pouze o národní interpretaci. Je tak patrné, že výklad pojmu "nekomerční užití" bude zřejmě divergovat dle jurisdikcí a nebude tedy jednotně vykládán. Důsledkem toho bude značná nejasnost v rozsahu udělených oprávnění – veřejné licence totiž bývají používány typicky online. Nelze nezmínit, že na následky vágního vymezení licenčního prvku „Neužívejte komerčně“ v licencích CC, jakož i jejich druhého restriktivního prvku zakazujícího zpracování díla, je doktrínou dlouhodobě upozorňováno, již od počátku samotných CC.⁷

Rozhodnutí a celou debatu o licenčním prvku "nekomerční užití" je nutno chápat v širším kontextu a to zejména s ohledem na nedávno přijatou Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/26/EU ze dne 26. února 2014 o kolektivní správě autorského práva a práv s ním souvisejících a udělování licencí pro více území k právům k užití hudebních děl online na vnitřním trhu. Ta má výslovně umožnit i autorům smluvně zastupovaným kolektivními správci vykonávat práva samostatně právě pro nekomerční účely, tedy plně využívat licencí CC s licenčním prvkem NC. Restriktivní interpretace kolínského soudu není ovšem příliš šťastná. Svým pojetím totiž připodobnil tento typ licence CC prosté výjimce z autorského práva, která dovoluje dílo rozmnožovat pro osobní potřebu.

⁷ Viz např. KLIMPEL, Paul. Freies Wissen dank Creative-Commons-Lizenzen. Folgen, Risiken und Nebenwirkungen der Bedingung „Nicht-Kommerziel“ - „NC“ [online]. Wikimedia Deutschland – Gesellschaft für Förderung Freien Wissens e.V., 2012 [cit 15. 6. 2014] Dostupné z: http://wikimedia.de/images/a/a2/IRights_CC-NC_Leitfaden_web.pdf

GEERS, KENNETH. STRATEGIC CYBER SECURITY

JAKUB HARAŠTA

GEERS, Kenneth. *Strategic Cyber Security*. Tallinn: CCD COE Publication, 2011, 169 s. ISBN 9789949904075 (pdf).

V souvislosti s rozvojem informační společnosti jsou otázky kybernetické společnosti vnímány jako důležité soukromými společnostmi, vládami i mezinárodními organizacemi. Po zkušenostech z roku 2007, kdy se cílem rozsáhlého kybernetického útoku stalo Estonsko, vzniklo pod hlavičkou NATO v Tallinnu Centrum excelence kybernetické bezpečnosti (CCD COE). Jednou z publikací představených tímto pracovištěm je recenzovaná publikace z pera zástupce USA při CCD COE.

Geers konstatuje, že se kybernetická bezpečnost vyvinula z pouhé technické disciplíny ve strategický koncept¹, k němuž musejí zodpovědně přistupovat celé národy, pokud si mají zachovat svůj životní standard v současném světě. Ve své knize se věnuje konceptualizaci strategie (kap. II²), popisu čtyř různých národních strategií použitelných pro zmenšení rizika kybernetických útoků (kap. III³) a závěrům o vhodnosti použití těchto strategií za užití metody DEMATEL (kap. IV⁴).

V těžišti knihy, kterou je kapitola III, zahrnují rozebírané strategie škálu opatření od čistě technických (implementace protokolu IPv6), přes vojenská (aplikace historicky nejúspěšnější vojenské doktríny založené na Umění války od Sun Tzu) až po hybridně politické (odstrašování⁵ jako vojensko-politický koncept a kontrola kybernetických zbraní jako koncept politicko-technický). Protokol IPv6 je často vnímán jako zásadní technický krok

¹ GEERS, Kenneth. *Strategic Cyber Security*. Tallinn: CCD COE Publication, 2011, 169 s. ISBN 9789949904075 (pdf). S. 5

² Ibid., s. 19-86.

³ Ibid., s. 87-131.

⁴ Ibid., s. 132-154.

⁵ Angl. deterrence.

vstříc lepšímu zajištění bezpečnosti (a stejně tak je Geerse i popisován⁶) a zároveň se jeví jako nezbytnost v souvislosti s narůstajícím množstvím zařízení připojených k internetu. IPv6 je obecně vstřícnější k užívání kryptografie, dále umožňuje vzhledem k téměř neomezenému množství IP adres end-to-end spojení a je logičtější (vzhledem k alokaci adres nebo směrování paketů). Na druhé straně se ale již v minulosti ukázalo, že IPv6 jako takový není bezpečný ani před typickými dnešními útoky (DOS a MitM útoky). Geersovým závěrem je, že implementace IPv6 by měla (při implementaci všech čtyř v knize představených strategií) největší vliv na zvýšení míry kybernetické bezpečnosti.⁷ Ze tří zbylých strategií by měla největší vliv implementace vojenské doktríny inspirované Uměním války od Sun Tzu, kterou vnímá jako dostatečně flexibilní i pro aplikaci v prostředí kybernetického boje. V této části se Geers poměrně překvapivě odklání od samotné aplikace této vojenské doktríny, ale uzavírá myšlenku popisem deseti specifíků kybernetického bojiště, které by aplikaci mohly optikou současných vojenských struktur znemožnit.⁸

Ve svých závěrech přikládá Geers zbylým dvěma řešením spíše marginální význam, přestože jim je jinak věnována značná politická pozornost. Představená strategie odstrašování⁹ navazuje na odstrašování nukleárními zbraněmi jako hlavní metodu udržování rovnováhy v průběhu Studené války. Geers sice odmítá srovnávat následky nukleárního výbuchu s kybernetickým útokem, nepodceňuje však vliv cíleného kybernetického útoku na moderní společnost. V rámci kontroly kybernetických zbraní Geers opakovaně upozorňuje na terminologické a navazující praktické problémy¹⁰ a také na nedostatek politické vůle k přijetí mezinárodní úmluvy, která by tuto oblast regulovala.

Kniha jako celek představuje zajímavý příspěvek do diskuze o konkrétních aspektech strategické kybernetické bezpečnosti a vzhledem k rozsáhlé bibliografii se dá použít i jako základní literatura pro pochopení různých přístupů k regulaci kybernetické bezpečnosti.

⁶ I když zmiňuje i obavy z vlivu IPv6 na soukromí na internetu. *Ibid.*, s. 87.

⁷ *Ibid.*, s. 152.

⁸ *Ibid.*, s. 110.

⁹ Geerse rozdělenu na odepření přístupu (např. skrze legislativu zaměřenou na technologie dvojího užití) a potrestání (např. preemptivní údery, sankce).

¹⁰ Jen těžko lze provádět inspekce směřující k nalezení kybernetické zbraně za předpokladu, že pojem kybernetické zbraně jako takové není předmětem konsensu.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

The Review of Law and Technology is a peer-reviewed scientific journal. Only the contributions submitted for the Topic and Discussion sections are peer-reviewed. Manuscripts are reviewed anonymously by two independent reviewers and the final decision on publication is in the sole discretion of the editorial board.

More information available from the editors upon request at the e-mail address revue@law.muni.cz. Contributions to the Review of Law and Technology should be sent to revue@law.muni.cz in common text formats (.doc, .docx, .rtf, .odt). Please consult using different formats with the editors at the above mentioned e-mail address.

The contribution should use a maximum of two levels of headings.

RECOMMENDED EXTENT OF THE CONTRIBUTIONS:

Topic section:	54 000 – 144 000 characters
Discussion section:	9 000 – 36 000 characters
Case annotation:	3 600 – 18 000 characters
Book review:	1 800 – 9 000 characters

For further information about structure and formalities of the contributions please consult the „Instructions for Authors“ section at www.revue.law.muni.cz.

CITATIONS FORMAT

Citations are governed primarily by the directive of the Dean of the Faculty of Law, Masaryk University No. 4/2013 (available from http://is.muni.cz/do/law/ud/predp/smer/S-04-2013_O_citacich_dokumentu.pdf), then by the ISO 690 standard, 3rd edition published in March 2011. Individual sources are referenced in the text by index. The actual citation of the source is then contained in a footnote.

CITATION STRUCTURE

PRIMARY COPYRIGHT DATA. *Title: subtitle of the information source.* Secondary copyright data. Issue. Place of publication: Publisher, year. Physical description.

For further information about citations and examples of citations please consult the „Instructions for Authors“ section at www.revue.law.muni.cz.

DEADLINES FOR CONTRIBUTIONS SUBMISSIONS

For the summer issue: 30th of April

For the winter issue: 30th of October

By submitting a contribution the author consents to the use of his or her contribution in the electronic databases of the companies Wolters Kluwer, a.s., C.H. BECK Publishing, s. r. o. and ATLAS Consulting spol. s. r. o., and consequently in the legal information systems ASPI, Beck-online and Codexis, operated by these companies. The journal is also freely available at the website of the Faculty of Law, Masaryk University at www.revue.law.muni.cz.

REVIEW OF LAW AND TECHNOLOGY

VOLUME 5 | YEAR 2014 | NUMBER 9

TOPICS

- Jakub Míšek:** Consent to Personal Data Processing in the Time of Internet.....3
Ondřej Antoš: Legal Regime of Information Contained in Genetic Databases and Biobanks...75

DISCUSSION

- Anton Konkol:** Law Applicable to Contractual Obligations from International Industrial Property License Agreements in the Absence of Choice of Law.....171
Václav Stupka: E-Legislation and e-Collection.....185
Jan Tomíšek: Software As a Thing in Legal Terms Under the New Civil Code199

ANNOTATIONS

- Martin Husovec:** Constitutional Protection of a Domain Name as "Possession".....213
Eva Fialová: Supreme Administrative Court on Personal Data Protection – Current Case Law.....217
Matěj Myška: Lawful Nature of the Origin of the Copy and Private Copying Levies.....223
Jakub Míšek: Internet Search Engine as Personal Data Controller.....229
Tomáš Kubeša: What next with Hyperlinks?.....233
Martin Husovec: Who Is Liable for Phishing-enabled Theft of Money? Bank or Client?.....241
Jakub Harašta, Matěj Myška: Current Case Law I/2014.....255

REVIEWS

- Jakub Harašta:** Geers, Kenneth. Strategic Cyber Security.....267

Review of Law and Technology

reviewed scientific journal for technological fields of law and jurisprudence

Published bi-annually. This issue was published on 30. 6. 2014.

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

Published by: Masaryk university, Žerotínovo nám. 9, 601 77 Brno, Czech republic, IČ 00216224.

Editor-in-chief: doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.

Deputy editor-in-chief and contact person: JUDr. Matěj Myška, Institute of Law and Technology, Faculty of Law MU, Veveří 70, 611 80 Brno, ČR, tel: +420 549 494 751, fax: +420 541 210 604, e-mail: revue@law.muni.cz | www.revue.law.muni.cz.

Editorial Staff: Mgr. Michal Koščík, Ph.D., Mgr. Václav Stupka, JUDr. Bc. Jaromír Šavelka, Mgr. Jakub Harašta.

Editorial Secretary: Martin Loučka.

Editorial Board: 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 Loibl, LL.M., JUDr. Ján Matejka, Ph.D., prof. RNDr. Václav Matyáš, M.Sc., Ph.D., Mgr. Antonín Panák, LL.M., doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D., Mgr. Bc. Adam Ptašník, Ph.D., JUDr. Danuše Spáčilová, JUDr. Eduard Szattler, Ph.D., JUDr. Tomáš Ščerba, Ph.D.

Layout: Martin Loučka, JUDr. Matěj Myška.

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

The publication of this issue of the Review of Law and Technology was funded by the project „Právo a technologie II“, MUNI/A/0918/2013.

© 2014 Masarykova univerzita.

Téma

Jakub Míšek – Souhlas se zpracováním osobních údajů za časů Internetu

Ondřej Antoš – Právní režim informací v genetických databázích a biobankách

Diskuze

Anton Konkol – Rozhodné právo pre zmluvné záväzky z medzinárodných licenčných zmlúv na predmety priemyselného vlastníctva pri absencii voľby práva

Václav Stupka – E-Sbírka a e-Legislativa

Jan Tomášek – Software jako věc v režimu nového občanského zákoníku

Anotace

Martin Husovec – Ústavnoprávna ochrana domény ako majetkovej hodnoty

Eva Fialová – Aktuální judikatura NSS k ochraně osobních údajů

Matěj Myška – Oprávněnost zdroje rozmnoženiny pro osobní potřebu a náhradní odměna

Jakub Míšek – Vyhledávač jako správce osobních údajů

Tomáš Kubeša – Jak dál s internetovými odkazy?

Martin Husovec – Zodpovedá za phishingom ukradnuté peniaze banka alebo klient?

Jakub Harašta, Matěj Myška – Přehled judikatury I/2014

Recenze

Jakub Harašta – Geers, Kenneth. Strategic Cyber Security