

12

REVUE PRO PRÁVO A TECHNOLOGIE

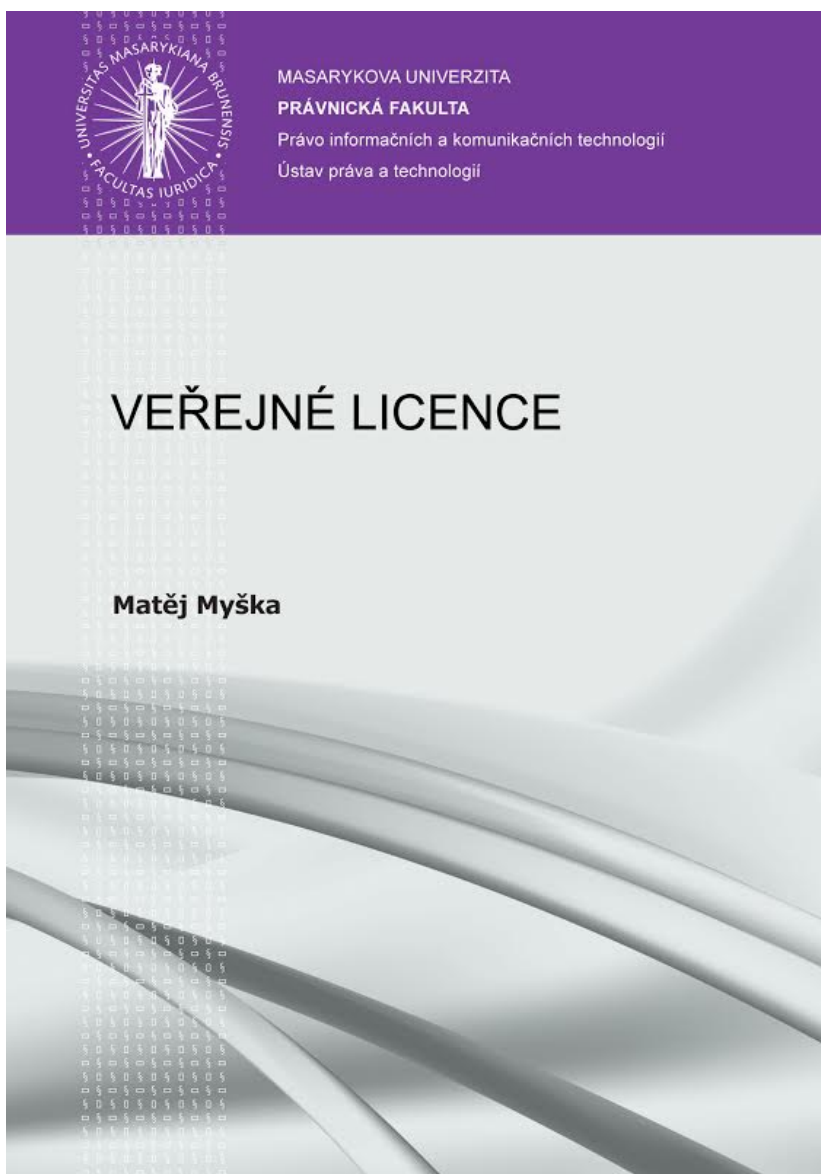
Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity



ROČNÍK 6 / ROK 2015 / ČÍSLO 12

REVUE.LAW.MUNI.CZ

Veřejné licence



Kniha se zabývá analýzou krize autorského práva v informační společnosti, ideou otevřeného obsahu a veřejnými licencemi. První část popisuje historický vývoj ideje otevřeného obsahu jako reakci na expanzi restriktivního autorského práva. Druhá část knihy pak analyzuje a kriticky hodnotí přístup českého právního řádu k veřejným licencím. Třetí část knihy podává přehled statu quo v oblasti vymahatelnosti veřejných licencí. Poslední část syntetizuje poznatky získané analýzou národní právní úpravy a obsahuje návrhy změn de lege ferenda pro bezproblémovou aplikaci veřejných licencí v českém právním řádu.

Publikace byla díky „Projektu integrace veřejných licencí“ reg. číslo P408/12/2210, finančně podpořené z Grantové agentury ČR, uvolněna k volnému stažení na www.flip.law.muni.cz

REVUE PRO PRÁVO A TECHNOLOGIE

ROČNÍK 6 | ROK 2015 | ČÍSLO 12

DISKUZE

Pavel Loutocký: Specifika elektronického dokazování při mimosoudním řešení sporů.....	3
Jakub Míšek, Jakub Harašta: IP adresy v kybernetické bezpečnosti.....	21

ANOTACE

Jan Dohnal: Právo na rozšiřování chráněného díla.....	43
Pavel Loutocký: Uzavírání “click-wrap” smluv a prorogační doložka.....	49
Jakub Harašta, Pavel Loutocký, Jakub Míšek, Matěj Myška, Anna Slánská, Lucie Straková: Přehled aktuální judikatury II/2015.....	55

TÉMA

Viktor Szabo: Ochrana hospodářské soutěže v tepelné energetice.....	79
Oliver Chorvát: Service Level Agreements v kontextu softwarových smluv.....	125

Revue pro právo a technologie

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

Recenzovány jsou příspěvky v sekci Diskuze a Téma.
Vychází dvakrát ročně. Toto číslo vyšlo 31. 12. 2015.

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, Ph.D., 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 | <https://journals.muni.cz/revue>, www.revue.law.muni.cz.

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

Tajemník redakce: Bc. Anna Slánská.

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, Ph.D.

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 III“, MUNI/A/1320/2014.

© 2015 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 <https://journals.muni.cz/revue/about/submissions>.

TERMÍNY PRO DODÁNÍ PŘÍSPĚVKŮ

Do letního čísla: 31. března

Do zimního čísla: 30. září

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 <https://journals.muni.cz/revue> a <http://revue.law.muni.cz> pod licencí Creative Commons BY-SA 4.0 (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>).

SPECIFIKA ELEKTRONICKÉHO DOKAZOVÁNÍ PŘI MIMOSOUDNÍM ŘEŠENÍ SPORŮ*

PAVEL LOUTOCKÝ**

ABSTRAKT

S rozvojem moderních technologií dochází k výrazným posunům v možnostech dokazování nejen při soudním řízení, ale rovněž při řízení mimosoudním. V případě vzniku sporu na internetu (např. při elektronickém obchodování) je pak mnohdy vhodné řešit vzniklý konflikt online a dle možností skutkové tvrzení podpořit elektronickými důkazními prostředky (online lze rovněž řešit i spory, které v tomto prostředí nevznikly).

Příspěvek se bude zabývat možným využitím elektronických důkazů při vyjednávání mezi stranami, které je počáteční a nejméně formalizovanou fází mimosoudního řešení sporů. V případě neúspěšnosti vyjednávání mezi stranami následuje fáze mediační (a to zákonem regulovaná či nikoli). Spor může dospět až k závaznému rozhodčímu řízení, které supluje soudní rozhodování. V každé z těchto fází dochází ke specifické regulaci, jakým způsobem lze využít elektronických důkazních prostředků - od v zásadě neregulovaného v úvodní fázi řešení sporů po procesně formalizovaný postup v případě rozhodčího řízení. Příspěvek tak vymezí právní mantinely v jednotlivých fázích mimosoudního řešení sporu a zaměří se na formální požadavky kladené na možnosti využití elektronických důkazních prostředků s důrazem na českou právní úpravu.

* Tento článek vznikl rámci projektu Elektronické důkazy, ID: 30313, Kód MU: MUNI/A/1296/2014

** Autor je prezenčním doktorským studentem na Ústavu práva technologií PrF MU, Kontaktní e-mai: loutocky@gmail.com

KLÍČOVÁ SLOVA

Elektronický důkaz; dokazování; důkaz; negociace; vyjednávání; mediace; rozhodčí řízení; alternativní řešení sporů; Online Dispute Resolution

ABSTRACT

The development of modern technologies leads to significant shifts in the possibilities of proving not only in judicial proceedings but also in out-of-court proceedings. In the case of a dispute on the Internet (e.g. e-commerce) it is often appropriate to solve the conflict online and if possible to support factual statements by electronic evidence (it is however possible to solve the disputes online even though they have commenced offline).

This article will discuss possible use of electronic evidence in negotiation between the parties, which is the initial and the least formalized phase of alternative dispute resolution. If the negotiation between the parties fails, the mediation phase is following (either regulated by law or not). The dispute may escalate to a binding arbitration that replaces judicial decision. In each of these stages there is a specific regulation of how it is possible to use electronic evidence - from an unregulated phase in the initial stage of the dispute resolution followed by formalized procedure in the case of arbitration. The article will try to define legal limits in various stages of alternative dispute resolution and will focus on the formal requirements how to use electronic evidence with focus on Czech legislation.

KEY WORDS

Electronic evidence; proving; proof; negotiation; mediation; arbitration; alternative dispute resolution; Online Dispute Resolution

1. ÚVOD

Dokazování je jednou ze zásadních součástí každého řízení (soudního, mimosoudního). Právě náležité podložení tvrzení stran je podstatné nejen ve fázi autoritativního rozhodování sporu, ale i ve fázích, kdy strany vyjednávají jen mezi sebou či jsou vedeny neutrální třetí stranou k efektivnímu a rychlému vyřešení svého sporu. Použitím důkazů daná strana podpo-

ruje pravdivost a přesvědčivost svého konkrétního tvrzení či situace nebo naopak popírá pravdivost a konzistentnost tvrzení protistrany a existence dané skutečnosti závisí právě a jen na jejím prokázání.

Postavení elektronického důkazu je zásadní rovněž u mimosoudního rozhodování sporů. To je dáno tím, že v případě elektronického obchodování (kdy vzniká největší množství sporů v prostředí Internetu), je využití alternativního způsobu řešení sporů¹ jedním z neefektivnějších způsobů řešení,² protože ze samotného charakteru sporu vyplývá, že jen minimum důkazů podporujících či vyvracejících tvrzení jedné ze stran bude v jiné, než v elektronické formě.³

Ignorace informačních a komunikačních technologií právními institucemi postupně vedla k tomu, že si společnost našla alternativní způsoby, jak spor co nejlépe a nejefektivněji vyřešit.⁴ Řešení poskytovaná mimo jiné pro situace vzniklé při elektronickém obchodování jsou ale ve valné většině pa-

¹ V tomto případě se jedná specificky o tzv. online řešení sporů (Online Dispute Resolution), které zásadním způsobem transformovalo alternativní řešení sporů, a to zejména díky možnostem, které poskytují moderní technologie. Online Dispute Resolution lze popsat jako mechanismus pro řešení různých druhů sporů urovnávaných prostřednictvím elektronické komunikace a s využitím dalších informačních a komunikačních technologií. Obdobné definice lze nalézt např.:

KAUFMAN-KOHLER, Gabrielle, Thomas SCHULTZ. *Online dispute resolution: challenges for contemporary justice*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. ISBN 9789041123183. S. 10.

KATSH, Ethan. ODR: A Look At History. In: WAHAB, Mohamed S. Abdel, Ethan KATSH, Daniel RAINEY. *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*. The Hague: Eleven International Pub, 2012. ISBN 9789490947255. S. 21 – 33.

² CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. Routledge, 2010. ISBN 9780415562072. S. 181-183.

Opinion of the European Data Protection Supervisor on the legislative Proposals on Alternative and Online Dispute Resolution for consumer disputes. [online]. [vid. 2015-09-18]. Dostupné z: <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2012/12-01-11_Online_Dispute_Resolution_EN.pdf> .

³ Nelze ale tvrdit, že využitelnost elektronických důkazů v mimosoudním řízení je omezena jen na oblast elektronického obchodování (zahrnujícího věci či služby).

⁴ POLČÁK, Radim. Praxe elektronických dokumentů. *Bulletin advokacie*, Praha, Česká republika: Česká advokátní komora, 2011, 7-8, s. 53-61. ISSN 1210-6348. S. 54.

raprávní.⁵ Privátní poskytovatelé nabízí možnost, jak mohou strany mezi sebou vyjednávat (negociace), případně jim asistuje třetí osoba (mediace). V těchto fázích není postavení důkazu výslovně zákonem upraveno. Až ve fázi arbitrážní (pokud je do ní spor eskalován) je postavení důkazu regulováno zákonem č. 216/1994 Sb., zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZRŘ“).⁶ Je nutno respektovat také právní rámec zakotvený v čl. 9 odst. 1. písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/11/EU ze dne 21. května 2013 o alternativním řešení spotřebitelských sporů a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES (směrnice o alternativním řešení spotřebitelských sporů)⁷, který na základě principu spravedlnosti zdůrazňuje, že strany sporu mají mimo jiné možnost v přiměřené lhůtě poskytnout důkazy a rovněž mít možnost se s důkazy protistrany seznámit.⁸ Na základě tohoto ustanovení však není nijak limitována forma důkazu a vyplývá z něj, že se jedná o jakýkoli důkaz, který je podstatný pro rozhodování sporu. Pří-

⁵ Výjimku by v tomto případě snad mohlo tvořit Nařízení o drobných nárocích, které se mělo mj. i na takové spory zaměřit. V nařízení je stanoveno, že drobným nárokem je částka nižší než 5000 €. Nařízením je poskytnuto formulářové řízení, kterým se každý, kdo má domicil v členském státě EU, může domáhat konkrétní částky. Česká republika ale nevykazuje přílišnou náklonnost k vedení sporů takovým způsobem, když v tomto řízení, co do četnosti vedených sporů, zaujímá až jedno z posledních míst (třetí od konce) v rámci členských států Evropské unie.

Nařízení Evropského parlamentu a rady (ES) č. 861/2007 ze dne 11. července 2007, kterým se zavádí evropské řízení o drobných nárocích. Úřední věstník Evropské unie. L 199/1, 21. 07. 2007.

Evropská komise – tisková zpráva. Srovnávací přehled EU o soudnictví 2015 pomáhá zlepšit účinnost soudů. [online]. [vid. 2015-08-29]. Dostupné z: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4575_cs.htm>.

⁶ Uvedené metody alternativního řešení sporů nejsou vyčerpávající; slouží jako ilustrace dostupných mechanismů. Existují rovněž i jiné metody, jako je například „dispute-resolution board“, „expert intervention“, facilitace či conciliace. Ty lze však pojmově zařadit pod mediaci respektive mezi mediaci a rozhodčí řízení. Tyto metody se od popsaného v tomto článku neliší zásadním způsobem a řečené na ně lze uplatnit analogicky. O dalších druzích alternativního řešení sporů například více:

WINTEROVÁ, Alena et al. *Civilní právo procesní - Část první: Řízení nalézací*. 7. vyd. Praha: Linde, 2014. ISBN 9788072019403. S. 564.

⁷ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/11/EU ze dne 21. května 2013 o alternativním řešení spotřebitelských sporů a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES (směrnice o alternativním řešení spotřebitelských sporů). Úřední věstník Evropské unie. L 165, 18. 6. 2013, s. 63-79.

spěvek se zaměří na stanovení hranic, které jsou kladeny pro využití elektronického důkazu v rámci jednotlivých fází mimosoudního rozhodování sporů.

2. ELEKTRONICKÝ DŮKAZ V RÁMCI MIMOSOUDNÍHO ŘEŠENÍ SPORŮ

Tato kapitola se krátce zaměří na zisk a uchování elektronických důkazů v oblasti elektronického obchodování při alternativním řešení sporů.⁹ Nejprve dochází k zaznamenání úvodní výměny informací mezi stranami elektronického kontraktačního procesu, a to buď v rámci specifické platformy,¹⁰ nebo pomocí datových zpráv vyměňovaných mezi stranami. V praxi jsou elektronické dokumenty často uloženy u zprostředkovatele kontraktace, dále pak u dodavatele či v zařízení objednatele (respektive v prostoru, který je pod správou uvedených subjektů). Aby bylo ale zajištěno dostatečně jisté postavení elektronického důkazu pro případný budoucí spor, je vhodné, aby strany smluvně mezi sebou upravily způsob ukládání jednotlivých úkonů srozumitelným a trvalým způsobem. Správce platformy rovněž může poskytnout informace o tom, kdy se konkrétní strana ke svému účtu přihlásila a prokázat například nedodržení stanovených podmínek užívání či vadný postup kontraktace.¹¹

⁸ Je však nutno podotknout, že přes to, že měla být tato směrnice implementována do českého právního řádu k 9. červenci 2015, zatím se tak překvapivě nestalo. O stavu navrhované novely zákona o ochraně spotřebitele více viz: Sněmovní tisk 445/0, část č. 1/16, Novela z. o ochraně spotřebitele – EU. [online]. [vid. 2015-12-05]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=7&CT=445&CT1=0>>.

⁹ Online alternativního řešení sporů lze využít v mnoha jiných oblastech, než jen u elektronického obchodování - například při rozvodu manželství, rozhodování zaměstnaneckých sporů či sporů spotřebitelských při placení služeb (např. telekomunikačních či energetických). Způsob nakládání s důkazy bude v takových případech obdobný, jak je tomu v případě elektronického obchodování. Na uvedeném autor ilustruje druhy důkazů pro přehlednější uchopení tématu článku.

¹⁰ Větší společnosti si pro komunikaci s odběrateli i dodavateli budují vlastní řešení pro prokazatelnou výměnu informací při kontraktaci. Systém komunikačních platform ale využívá většina elektronických obchodníků. Ti pak využívají platformy poskytované pro takové účely (např. Prestashop, Shopify, Magneto, Virtuemart, OpenCart nebo WooCommerce).

¹¹ Lze rovněž využít důkazu v materiální (neelektronické) podobě a ten pak převést do podoby elektronické (naskenovat listinu, doklad, vyfotit poškozené zboží).

3. VYJEDNÁVÁNÍ (NEGOCIACE)

Negociace (vyjednávání) je úvodní fází celého řízení, kdy mají strany mezi sebou možnost daný spor vyřešit vzájemnou aktivní komunikací a snažit se o to, aby dosáhly vzájemné shody. Přestože se může na první pohled zdát, že tento druh řešení sporu strany k jeho ukončení příliš nemotivuje, v online prostředí je tomu právě naopak.¹² Moderní technologie v této fázi prokazují svůj největší potenciál a umožňují spor vyřešit rychle a efektivně. Lze tak využít specifickým způsobem modifikované softwarové nástroje, které asistují a radí, jak dosáhnout co nejlepšího výsledku, který bude výhodný pro obě zúčastněné strany.

Ve fázi vyjednávání má prokazování tvrzených faktů čistě podpůrný charakter a celé řízení je založeno především na konstatování faktů stranami a uvedení základních charakteristik sporu. To si lze představit jako uvedení toho, kdo proti komu spor inicioval,¹³ o kterou službu či zboží jde (včetně identifikace), a k jakému defektu během transakce došlo.¹⁴

¹² Dle statistik uváděných americkým aukčním domem eBay je v rámci negociace mezi stranami vyřešeno až 80% všech vzniklých sporů, a to bez jakéhokoli zásahu třetí osoby, tedy pouze díky vhodnému navržení platformy, možnosti stran se v online prostředí „setkat“ a využít potenciálu moderních technologií.

KATSH, Ethan, Orna RABOVICH-EINY. Lessons from Online Dispute Resolution for Dispute Systems Design. In: WAHAB, Mohamed S. Abdel, Ethan KATSH, Daniel RAINEY. Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution. The Hague: Eleven International Pub, 2012. ISBN 9789490947255. S. 56.

¹³ Identifikace stran může být rovněž prokázána zasláním naskenovaného identifikačního průkazu a zobrazením pouze relevantních informací. V takovém případě je ale vždy nutné respektovat právní rámec ochrany osobních údajů a nakládání s nimi dle zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Tím má autor na mysli především shromažďování, zpracovávání a uchovávání údajů pouze v nezbytné míře a nutnost zajistit pro získání údajů souhlas subjektu údajů, protože v konkrétním případě si lze jen obtížně představit, že díky celkové dobrovolnosti stran s řešením jejich sporu bude naplněn požadavek zákona pro zpracovávání osobních údajů bez souhlasu subjektu údajů.

¹⁴ V rámci pokročilé automatizace lze fakta získávat přímo ze systému, který zprostředkoval transakci. Tuto možnost poskytuje například systém Youstice. Ten na základě zvolení možnosti ohlásit a řešit spor na daném portálu získá potřebné informace o zboží či službě a o zúčastněných stranách.

Youstice. Integrační manuál Youstice krok za krokem. [online]. [vid. 2015-09-21]. Dostupné z: <<https://www.youstice.com/cz/integrace>> .

Proces ve stádiu negociace není nijak výslovně regulován a jsou tak stanoveny pouze obecné bariéry ve smyslu obecné zákonné úpravy týkající se smluvních závazků ujednaných mezi stranami, respektive se zprostředkovatelem transakce. V rámci této fáze je v českém právním prostředí nutno respektovat základní zásady upravené zákonem č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (například *pacta sunt servanda*, ochrana vlastnického práva), předpisy související s ochranou spotřebitele (pokud je spotřebitel kontraktace účasten)¹⁵, následované pak podmínkami sjednanými mezi poskytovatelem služby a dotčenými stranami.^{16,17}

Je ale nutné si uvědomit, že neformální úvodní fáze vyjednávání není ani tak založena na rozsáhlém předkládání důkazů pro spolehlivé prokázání podstatných skutečností, jako spíše na sdělení základních faktů. Zúčastněné strany tedy předkládají podstatná fakta sporu, aby podpořily vzájemnou důvěryhodnost a motivovaly se dále k co nejvhodnějšímu a nejjednoduššímu vyřešení vzájemného sporu.¹⁸

¹⁵ Jedná se zejména o ustanovení § 1810 až § 1867 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, či ustanovení zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶ V případě, že se jedná o spor s mezinárodním prvkem, je nutno rovněž respektovat zákonné limity dotčenými zahraničními právními předpisy, mezinárodními předpisy, respektive stanovené zákonem č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém.

¹⁷ Porušení zmíněných předpisů nemá samo o sobě za následek neplatnost prezentovaného důkazu. Může však negativně ovlivnit posuzování samotného důkazu v dalších fázích procesu. Aprobace určitého faktu mezi stranami však může v dalších fázích řízení také naopak argumentační sílu důkazu zvýšit.

¹⁸ Strany si tak vzájemně mohou rovněž poskytnout například fotografii poškozeného zboží. V nezávazných fázích alternativního rozhodování sporu (tedy i v případě vyjednávání) je takovýto důkaz jedním ze stěžejních a i jako samotný je plně akceptován díky tzv. „rough - justice“ přístupu. Ten bývá v tomto kontextu popisován jako zbavení se formalizovaných pravidel a „rozházání si rukou“ v případě řešení jednoduchých a repetitivních sporů, ale se zajištěním ještě stále dostatečných záruk proti nadřazenému postavení jedné ze stran. Tato problematika byla rozebírána mimo jiné na konferenci ODR Forum 2015, New York, Spojené státy americké, 3. – 5. června 2015 v rámci panelové diskuze na téma „What does it mean to Incorporate ODR into Court Practice and Procedure: A Comparative Approach.“

Více rovněž: HÖRNLE, Julia. Encouraging online alternative dispute resolution (ADR) in the EU and beyond. *European Law Review*. 2013, č. 38. ISSN 03075400. S. 193, 195.

4. MEDIACE

Mediace umožňuje zásah do sporu třetí neutrální stranou, která účastníkům pomáhá a asistuje při dosažení dohody.¹⁹ Je neformálním mimosoudním procesem pro řešení konfliktu, ke kterému strany přistupují dobrovolně z vlastní vůle. Záleží pak jen na nich, jestli se mediací podrobí. Neutrální strana se snaží objektivně hodnotit vyhovující řešení konfliktu. Sám mediátor ale spor neposuzuje, nehodnotí a ani rozhoduje o konkrétní podobě řešení sporu;²⁰ jeho úkolem je vedení stran k vzájemnému urovnání sporu a rovněž asistence s úpravou finální dohody. O výsledku sporu tedy rozhodují samy strany, a to na základě vzájemné shody.²¹

V českém prostředí lze zvolit mediaci zákonem neupravenou či podstoupit mediaci vedenou na základě zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci a změně některých zákonů (zákon o mediaci) (dále jen „ZoM“).²²

V případě mediace neupravené zákonem nejsou na mediátora a na mediální proces kladeny žádné nároky. Mediátor tak může být zcela běžnou osobou. Záleží pak pouze na stranách, jakým způsobem důkazy sloužící pro řešení sporu předloží a jak s nimi bude mediátor nakládat. Vše probíhá na zcela dobrovolné a neformalizované bázi a je zcela na stranách, zda budou ochotny mezi sebou (a na základě doporučení mediátora) uzavřít dohodu.

V případě mediace upravené ZoM je nutno respektovat především zákonem stanovené formální požadavky v podobě zahájení (včetně uzavření

¹⁹ Dle § 2 písm. a) zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci), se myslí „mediací postup při řešení konfliktu za účasti jednoho nebo více mediátorů, kteří podporují komunikaci mezi osobami na konfliktu zúčastněnými (dále jen „strana konfliktu“) tak, aby jim pomohli dosáhnout smírného řešení jejich konfliktu uzavřením mediální dohody.“

²⁰ GRYGAR, Jiří. *Zákon o mediaci a související předpisy: s komentářem a vzory podle stavu k 1. 1. 2014 v návaznosti na nový občanský zákoník a novou úpravu procesních předpisů*. Praha: Leges, 2014. ISBN 9788075020093. S. 45.

²¹ THIESEN, Ernest M., Joseph P. MCMAHON. Beyond Win - Win in Cyberspace. *15 Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 2000, č. 15. S. 643.

²² Zákon č. 202/2012 Sb., o mediaci a změně některých zákonů (zákon o mediaci), implementoval Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech. Úřední věstník Evropské unie. L 136, 24. 5. 2008, s. 3-8.

mediační dohody) či ukončení mediace.²³ Na osobu mediátora jsou kladeny zvýšené nároky a měla by tak být zajištěna vyšší úroveň odbornosti při doporučení řešení sporu mezi stranami.²⁴

V případě zákonem neupravené mediace nejsou na formu dokazování kladeny žádné jiné požadavky, než jak bylo popsáno výše ve fázi vyjednávání. Jedná se tak opět o nutnost respektovat základní zákonná ustanovení (a případné požadavky na ochranu slabší strany).

ZoM sám neobsahuje žádné ustanovení o způsobu provádění důkazů,²⁵ nicméně obecně upravuje způsob nakládání s informacemi, které vyvstaly na povrch během mediace. „*Mediátor je povinen zachovávat mlčenlivost o všech skutečnostech, o nichž se dozvěděl v souvislosti s přípravou a výkonem mediace, a to i po vyškrtnutí ze seznamu.*“²⁶ Otázkou, které se však ZoM explicitně nevěnuje (stejně tak jako celkové úpravě dokazování), je, jestli povinnost mlčenlivosti dopadá i na strany, které jsou účastny mediace, či nikoli. Přestože se objevují odlišné názory,²⁷ autor je zastáncem toho, že povinnost mlčenlivosti se vztahuje pouze na samotnou osobu mediátora (pří-

²³ § 4 – § 7 zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci a změně některých zákonů (zákon o mediaci).

²⁴ Těmi jsou zejména požadavky na nestrannost a odbornost mediátora, podpora vzájemné komunikace, informování stran o všech podstatných skutečnostech, povinnost mlčenlivosti mediátora či vydávání potřebných potvrzení o průběhu a ukončení mediace.

DOLEŽALOVÁ, Martina, Šárka HÁJKOVÁ, Dana PATOČKOVÁ, Jan ŠTANDERA. *Zákon o mediaci: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013. ISBN 9788074004582. S. 41-48.

²⁵ Natož důkazů elektronických.

²⁶ § 9 zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci a změně některých zákonů (zákon o mediaci).

Povinnost mlčenlivosti mediátora. DOLEŽALOVÁ, Martina, Šárka HÁJKOVÁ, Dana PATOČKOVÁ, Jan ŠTANDERA. *Zákon o mediaci: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013. ISBN 9788074004582. S. 49-55.

²⁷ Mlčenlivost „by se měla vztahovat nejen na osobu mediátora, ale i na všechny osoby na mediaci zúčastněné. Cílem je vytvořit během mediace prostředí důvěry, kdy se strany nebojí otevřeně komunikovat o svých zájmech a potřebách bez rizika a strachu, že informace jimi sdělené budou v budoucnu použity proti nim protistranou či jakoukoli třetí osobou, např. v soudním řízení.“ Takto získaný důkaz použitý v soudním (či rozhodčím řízení) by ale neměl být zahrnut pod pojem mlčenlivosti. Strany by měly primárně zvažovat svou taktiku při mediaci a v rámci ní sdělování veškerých informací a zájmů. Pokud však jedna ze stran považuje za nutné takovéto niterné potřeby v rámci mediace prodiskutovat, lze jí doporučit jednání pouze s mediátorem (který je povinností mlčenlivosti v takovém případě vázán). Mlčenlivost smluvních stran lze ale upravit mezi stranami smluvně.

HOLÁ, Lenka et al. *Mediace a možnosti využití: v praxi*. Praha, Grada, 2013. ISBN 9788024741093. S. 101.

padně na osoby, které se spolu s mediátorem podílejí na přípravě a průběhu mediace)²⁸ a nikoli na strany samotné.²⁹

Mediátor (a to jak dle ZoM, tak i zákonem neupravený) bude na základě výše řečeného hodnotit obecnou důvěryhodnost a vypovídací hodnotu důkazu dle jeho vlastního úsudku a na základě jeho odbornosti a profesionality bez dalších formalizovaných nároků. Přípustnost důkazu bude tak hodnocena až v případě, že bude posuzován v rámci formalizovaného rozhodčího (či soudního) řízení.

5. ROZHODČÍ ŘÍZENÍ

Rozhodčí řízení (arbitráž) je sporným řízením, které je definováno jako "dobrovolné postoupení řešení sporu neutrální třetí straně, rozhodcům či rozhodčímu soudu (tj. soukromým osobám či nestátní instituci), která vydá v provedeném řízení závazné a vykonatelné rozhodnutí."³⁰ V rámci mimosoudního rozhodování sporů se jedná o nejvíce formalizovaný proces, a to z toho důvodu, že je stavěno na roveň rozhodování soudnímu. Často se s ním lze setkat v oblasti obchodních sporů.³¹ V České republice jsou stanovena pravidla rozhodčího řízení ZRŘ.

²⁸ § 9 odst. 4 zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci a změně některých zákonů (zákon o mediaci).

²⁹ Rozdílný přístup je nicméně aplikován např. v americké právní kultuře. Veškeré důkazy získané během mediace nelze použít při dalším řízení před soudy. O tom více: HOLÁ, Lenka et al. *Mediace a možnosti využití: v praxi*. Praha, Grada, 2013. ISBN 9788024741093. S. 220. V případě použití důkazů mimo soudní řízení však bylo rozhodnuto tak, že strana informace získané v průběhu mediace může sdělit třetí straně, aniž by porušila povinnost mlčenlivosti (člen jachtařského klubu sdělil detaily mediace ostatním členům tohoto klubu).

Rozsudek odvolacího soudu 10. obvodu USA (United States Court of Appeals for the Tenth Circuit), ze dne 4. 4. 2012, *J. Michael Hand v. Walnut Valley Sailing Club*.

³⁰ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 3. vyd. Praha: Woltes Kluwer ČR, 2013. ISBN 9788074780042. S. 55.

³¹ V minulosti byl tento druh řízení zneužíván i v případě rozhodování sporů spotřebitelských, nicméně na základě novely ZRŘ č. 19/2012 Sb. došlo k výraznému omezení možnosti rozhodovat spotřebitelské spory v rámci rozhodčího řízení, když podmínky na sjednání rozhodčí doložky a informování spotřebitele o takovém mimosoudní rozhodování byly značně zpřísněny.

Předpis č. 19/2012 Sb. Zákon, kterým se mění zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

„Rozhodci mohou vyslyšet svědky, znalce a strany, jen když se k nim dobrovolně dostaví a poskytnou výpověď. Také jiné důkazy mohou provádět jen tehdy, jsou-li jim poskytnuty.“³² Rozhodci se ale každým předložený důkazním návrhem musí pečlivě zabývat, respektive pokud se jím zabývat nebudou, musí dát tuto skutečnost stranám dostatečně na srozuměnou a své počínání odůvodnit.³³ Jakkoli je obecně dokazování v rozhodčím řízení oproti úpravě obsažené v zákoně č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OSŘ“), „modifikováno ustanovením § 20 zákona o rozhodčím řízení, není pochyb o tom, že i zde se uplatní ustanovení § 125 o.s.ř.,³⁴ podle něhož za důkaz mohou sloužit všechny prostředky, jimiž lze zjistit stav věci.“³⁵ Analogicky³⁶ tak rozhodčí soud rozhoduje o tom, které z navrhovaných důkazů provede³⁷ a takové důkazy hodnotí podle své úvahy³⁸.

Rozhodce posuzuje důkazy předložené stranami a hodnotí je v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů.³⁹ V případech předložených elektronických důkazů tak rozhodce posoudí jejich relevanci a důkazní sílu nejen

³² § 20 odst. 1 zákona č. 216/1994 Sb., zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů.

Proces dokazování je však ve značné míře ponechán na dobrovolnosti stran. Dle § 20 odst. 2 ZRŘ ale v případě neochoty stran není rozhodce bezbranný, když je stanoven donucovací mechanismus pro získání potřebných důkazů. „Procesní úkony, které nemohou rozhodci sami provést, provede na jejich dožádání soud; soud je povinen dožádání vyhovět, nejde-li o procesní úkon podle zákona nepřipustný. Soud přitom učiní všechna rozhodnutí, která jsou k provedení dožádání potřebná.“

³³ „Pokud důkazní návrh některé ze stran nebyl přijat, je třeba, aby rozhodci důkazní návrh uvážili a dostatečně zdůvodnili, proč navržený důkaz nebyl proveden.“

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9.5.2012, sp. zn. 23 Cdo 3728/2011.

³⁴ „Za důkaz mohou sloužit všechny prostředky, jimiž lze zjistit stav věci, zejména výslech svědků, znalecký posudek, zprávy a vyjádření orgánů, fyzických a právnických osob, notářské nebo exekutorské zápisy a jiné listiny, ohledání a výslech účastníků. Pokud není způsob provedení důkazu předepsán, určí jej soud.“

§ 125 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

³⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25.2.2010, sp. zn. 29 Cdo 4575/2008.

³⁶ A to na základě § 30 zákona č. 216/1994 Sb., zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů.

³⁷ § 120 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

³⁸ § 132 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

³⁹ OLÍK, Miloš, Martin MAISNER, Radek POKORNÝ, Petr MÁLEK, Martin JANOUŠEK. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů: komentář*. Praha: Woltes Kluwer, 2015. ISBN 9788074787140. S. 111.

samostatně, ale celkově v rámci tvrzené skutkové podstaty. V případě rozhodčího řízení jsou tak stanoveny obecné bariéry přípustnosti důkazu v rozhodčím řízení (s odkazem na relevantní ustanovení OSŘ).

Je však rovněž nutno řídit se řádem rozhodčího soudu, podle kterého se postupuje při řešení sporu mezi stranami.⁴⁰ V případě aplikace Řádu Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky nejsou stanoveny žádné požadavky kladené na důkaz ve smyslu jeho formy; „rozhodčí senát hodnotí důkazy podle své úvahy.“⁴¹ Elektronický důkaz tedy může být z řízení vyloučen jen na základě náležité úvahy a odůvodnění rozhodce. Rozhodčí soud explicitně rovněž počítá s řízením vedeným on-line⁴² a ze stanoveného procesu a charakteru takového řešení sporu přímo vyplývá, že předkládání důkazů v elektronické podobě je v tomto případě preferované.

Zákonná úprava (ani vybraný rozhodčí řád) v případě elektronického důkazu výslovně nestanovuje pravidla pro elektronické dokazování. To znamená, že přípustnost elektronického důkazu v rozhodčím řízení se řídí stejnými pravidly, jak je tomu v případě důkazů materiálních. Úsudek o vhodnosti použití elektronického důkazu je tak ponechán ryze na osobě rozhodce, který však své rozhodnutí musí náležitě odůvodnit.

6. EXKURZ DO MEZINÁRODNÍ ÚPRAVY DOKAZOVÁNÍ V RÁMCI ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ

Alternativních způsobů řešení sporů se často využívá při řešení konfliktu, který má mezinárodní přesah. Přestože se tento článek věnuje zejména aspektům českého právního řádu, je vhodné zmínit pravidla, která řeší postavení a nakládání s důkazem právě při mezinárodní arbitráži. Internatio-

⁴⁰ § 13 zákona č. 216/1994 Sb., zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů.

⁴¹ § 35 Řádu Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. [online]. [vid. 2015-09-27]. Dostupné z: <<http://www.soud.cz/rady/rad-rozhodciho-soudu-01-07-2012>>.

⁴² Zvláštní dodatek Řádu pro rozhodčí řízení on-line (Řád on-line). [online]. [vid. 2015-09-27]. Dostupné z: <<http://www.soud.cz/rady/zvlastni-dodatek-radu-pro-rozhodci-rizeni-on-line-2007>>.

nal Bar Association poskytla aktualizovaný seznam pravidel pro dokazování v roce 2010 (dále jen „Pravidla pro dokazování“), která pozitivně reagují na technologický pokrok a výslovně upravují postavení elektronického důkazu.⁴³ Popisují tak, že na základě aplikace Pravidel pro dokazování se dokumentem sloužícím pro prokázání konkrétní skutečnosti myslí „*písemnost, komunikace, obrázek, kresba, program nebo údaje [anglicky data] jakéhokoliv druhu, zaznamenané či uchovávané na papíře nebo elektronickými, zvukovými, vizuálními anebo jinými prostředky.*“⁴⁴ Elektronický důkaz je tak postaven na roveň důkazu listinnému. Pravidla pro dokazování ale rovněž pamatují na procesní urychlení rozhodování, když na strany kladou právě v případě elektronických dokumentů požadavek identifikovat konkrétní soubory, požadované informace, jednotlivce (atd.) pro hospodárnější a efektivnější rozhodování sporu.⁴⁵ Toto ustanovení se tak mimo jiné snaží předejít tomu, aby docházelo ke zneužití možnosti podávat elektronické důkazy v tom smyslu, že by jedna ze stran rozhodčí řízení zahltila kvantem nepotřebných informací.

7. ZÁVĚR

Cílem tohoto článku bylo popsat bariéry pro použití (a akceptaci) elektronických důkazů v rámci jednotlivých fází mimosoudního rozhodování sporů. Jelikož proces není zejména ve fázi negociace v otázkách týkajících se elektronického dokazování nijak specificky regulován, je především na stranách, aby posoudily předložení jednotlivých důkazů a šanci, že se na základě těchto důkazů stranám podaří dosáhnout vzájemné dohody. Obdobně je tomu rovněž ve fázi mediace s tím rozdílem, že mediátor může do-

⁴³ Tato pravidla se aplikují na základě dobrovolnosti mezi stranami. Autorem byla vybrána proto, že jsou populární a zejména výslovně upravují postavení elektronického důkazu.

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. International Bar Association. [online]. [vid. 2015-09-27]. Dostupné z: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx> .

⁴⁴ Definitions. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. International Bar Association. [online]. [vid. 2015-09-27]. Dostupné z: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx> .

⁴⁵ Čl. 3 odst. 3 písm. (a) (ii). IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. International Bar Association. [online]. [vid. 2015-09-27]. Dostupné z: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx> .

poručit případné použití či vypuštění konkrétního důkazu. Je ale opět na rozhodnutí stran, jestli se k takové radě přikloní či nikoli. Až fáze arbitrážní stanoví pravidla pro dokazování, kdy se jedná ale spíše o obecnou přípustnost důkazu a nikoli specifické požadavky kladené na formu důkazu. Na závěr je pak uveden konkrétní příklad mezinárodních pravidel, která reagují na technologický pokrok specifickou úpravou pro předložení elektronického důkazu. Na závěr je nutno uvést, že „*virtualizovaný dokument tedy není o nic méně reálným nebo spolehlivým důkazem než jeho tradiční formy, jen je třeba adaptovat se na jiné jeho formální parametry a z toho plynoucí jiné metody zpracování.*“⁴⁶

8. POUŽITÁ LITERATURA

8.1 PRÁVNÍ PŘEDPISY, NOVELY

[1] Nařízení Evropského parlamentu a rady (ES) č. 861/2007 ze dne 11. července 2007, kterým se zavádí evropské řízení o drobných nárocích. Úřední věstník Evropské unie. L 199, 21. 07. 2007.

[2] Předpis č. 19/2012 Sb. Zákon, kterým se mění zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

[3] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech. Úřední věstník Evropské unie. L 136, 24. 5. 2008, s. 3-8.

[4] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/11/EU ze dne 21. května 2013 o alternativním řešení spotřebitelských sporů a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES (směrnice o alternativním řešení spotřebitelských sporů). Úřední věstník Evropské unie. L 165, 18. 6. 2013, s. 63-79.

[5] Sněmovní tisk 445/0, část č. 1/16, Novela z. o ochraně spotřebitele – EU. [online]. [vid. 2015-12-05]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=7&CT=445&CT1=0>>.

[6] Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

[7] Zákon č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci).

[8] Zákon č. 216/1994 Sb., zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁶ POLČÁK, Radim. Praxe elektronických dokumentů. *Bulletin advokacie*, Praha, Česká republika: Česká advokátní komora, 2011, 7-8, s. 53-61. ISSN 1210-6348. S. 54.

[9] Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů.

[10] Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

[11] Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém.

[12] Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

8.2 ZPRÁVY, PRAVIDLA, ŘÁDY

[13] IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. International Bar Association. [online]. [vid. 2015-09-27]. Dostupné z: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>.

[14] Řád Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. [online]. [vid. 2015-09-27]. Dostupné z: <<http://www.soud.cz/rady/rad-rozhodciho-soudu-01-07-2012>>.

[15] Zvláštní dodatek Řádu pro rozhodčí řízení on-line (Řád on-line). [online]. [vid. 2015-09-27]. Dostupné z: <<http://www.soud.cz/rady/zvlastni-dodatek-radu-pro-rozhodci-rizeni-online-2007>>.

8.3 JUDIKATURA

[16] Rozsudek odvolacího soudu 10. obvodu USA (United States Court of Appeals for the Tenth Circuit), ze dne 4. 4. 2012, *J. Michael Hand v. Walnut Valley Sailing Club*.

[17] Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25.2.2010, sp. zn. 29 Cdo 4575/2008.

[18] Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9.5.2012, sp. zn. 23 Cdo 3728/2011.

8.4 MONOGRAFIE

[19] CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. Routledge, 2010. ISBN 9780415562072.

[20] DOLEŽALOVÁ, Martina, Šárka HÁJKOVÁ, Dana PATOČKOVÁ, Jan ŠTANDERA. *Zákon o mediaci: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013. ISBN 9788074004582.

[21] GRYGAR, Jiří. *Zákon o mediaci a související předpisy: s komentářem a vzory podle stavu k 1. 1. 2014 v návaznosti na nový občanský zákoník a novou úpravu procesních předpisů*. Praha: Leges, 2014. ISBN 9788075020093.

[22] HOLÁ, Lenka et al. *Mediace a možnosti využití: v praxi*. Praha, Grada, 2013. ISBN 9788024741093.

[23] HÖRNLE, Julia. Encouraging online alternative dispute resolution (ADR) in the EU and beyond. *European Law Review*. 2013, č. 38. ISSN 03075400.

- [24] KATSH, Ethan, Orna RABOVICH-EINY. Lessons from Online Dispute Resolution for Dispute Systems Design. In: WAHAB, Mohamed S. Abdel, Ethan KATSH, Daniel RAINEY. Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution. The Hague: Eleven International Pub, 2012. ISBN 9789490947255.
- [25] KATSH, Ethan. ODR: A Look At History. In: WAHAB, Mohamed S. Abdel, Ethan KATSH, Daniel RAINEY. Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution. The Hague: Eleven International Pub, 2012. ISBN 9789490947255.
- [26] KAUFMAN-KOHLER, Gabrielle, Thomas SCHULTZ. *Online dispute resolution: challenges for contemporary justice*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. ISBN 9789041123183.
- [27] OLÍK, Miloš, Martin MAISNER, Radek POKORNÝ, Petr MÁLEK, Martin JANOUŠEK. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů: komentář*. Praha: Woltes Kluwer, 2015. ISBN 9788074787140.
- [28] ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 3. vyd. Praha: Woltes Kluwer ČR, 2013. ISBN 9788074780042.
- [29] WINTEROVÁ, Alena et al. *Civilní právo procesní - Část první: Řízení nalézací*. 7. vyd. Praha: Linde, 2014. ISBN 9788072019403.

8.5 PERIODIKA

- [30] POLČÁK, Radim. Praxe elektronických dokumentů. *Bulletin advokacie*, Praha, Česká republika: Česká advokátní komora, 2011, 7-8, s. 53-61. ISSN 1210-6348.
- [31] THIESEN, Ernest M., Joseph P. MCMAHON. Beyond Win - Win in Cyberspace. *15 Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 2000, č. 15.

8.6 PŘEDNÁŠKY

- [32] Konference ODR Forum 2015, New York, Spojené státy americké, 3. – 5. června 2015 v rámci panelové diskuze na téma „*What does it mean to Incorporate ODR into Court Practice and Procedure: A Comparative Approach*.“

8.7 INTERNETOVÉ ZDROJE

- [33] Evropská komise – tisková zpráva. Srovnávací přehled EU o soudnictví 2015 pomáhá zlepšit účinnost soudů. [online]. Dostupné z: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4575_cs.htm> .
- [34] Opinion of the European Data Protection Supervisor on the legislative Proposals on Alternative and Online Dispute Resolution for consumer disputes. [online]. Dostupné z: <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2012/12-01-11_Online_Dispute_Resolution_EN.pdf> .
- [35] Youstice. Integrační manuál Youstice krok za krokem. [online]. Dostupné z: <<https://www.youstice.com/cz/integrace>> .

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

IP ADRESY V KYBERNETICKÉ BEZPEČNOSTI*

JAKUB HARAŠTA **, JAKUB MÍŠEK***

ABSTRAKT

Za účelem zajištění kybernetické bezpečnosti dohledová pracoviště zpracovávají informace o bezpečnostních incidentech. Klíčovým prvkem pro vytvoření potřebných analýz je IP adresa zařízení zapojených do bezpečnostních incidentů. Článek ve své první části shrnuje a popisuje činnost dohledových pracovišť. Ve druhé části je provedena analýza pojmu osobní údaj a uzavíráme, že IP adresy je de lege lata nezbytné považovat za osobní údaje. Na dohledová pracoviště kybernetické bezpečnosti tedy dopadají povinnosti správce osobních údajů. Základní povinností je zpracovávat pouze osobní údaje, k jejichž zpracování má správce údajů zákonný důvod. Ve třetí části článku pak nabízáme možné legitimační důvody ke zpracování osobních údajů s akcentem na zpracování za účelem ochrany práv a právem chráněných zájmů správce údajů nebo třetích osob.

KLÍČOVÁ SLOVA

Ochrana osobních údajů; kybernetická bezpečnost; zpracování osobních údajů; oprávněný zájem správce údajů; CSIRT

ABSTRACT

Cyber Security Response Teams (CSIRT/CERT) are processing information on the course of protection of information networks. IP addresses of devices in-

* Tento článek vznikl rámci projektu Elektronické důkazy (MUNI/A/1296/2014).

** Autor je asistentem na Ústavu práva technologií PrF MU, Kontaktní e-mail: jakub.harasta@law.muni.cz

*** Autor je prezenčním doktorským studentem na Ústavu práva technologií PrF MU, Kontaktní e-mail: jkb.misek@mail.muni.cz

involved in the security incidents are the key element for traffic analysis and other techniques used for investigation of incidents. In the first part, this article summarises and briefly describes the function of CSIRT teams. An analysis of "personal data" is provided in the second part of the article. It reaches the de lege lata conclusion that IP addresses are personal data. Therefore, CSIRT teams fall within the scope of the directive 95/46/EC and have to fulfil all the duties prescribed for data controllers. The third part of this article discusses way to achieve lawful processing of personal data and further explores the possibility to use the legitimate interest of the controller or a third party for this purpose.

KEY WORDS

Personal Data Protection; Cyber Security; Personal Data Processing; Legitimate Interest of Data Controller; CSIRT

1. ÚVOD

Jak se kybernetická bezpečnost postupně dostává do středu zájmu bezpečnostních složek, národních států i mezinárodních organizací, vyplývají na povrch i otázky souladu některých doporučovaných best practices s existující legislativou. Tento text aspiruje, vzhledem k svému charakteru, na otevření odborné diskuze některých otázek – konkrétně diskuze souladu činnosti dohledových center kybernetické bezpečnosti s legislativou chránící osobní údaje. V článku nejprve vymezíme pojem dohledových pracovišť kybernetické bezpečností, včetně některých činností, které vykonávají či mohou vykonávat. Jedná se zejména o sledování provozu na vlastních sítích za účelem vyhodnocování bezpečnostních incidentů. Budeme vycházet z tvrzení o existujícím pnutí mezi bezpečností a soukromím které, jakkoli se stává kýchčem, je existujícím fenoménem s přihlédnutím k některým technikám používaným dohledovými pracovišti. Ve druhé části se pak budeme věnovat rozsahu pojmu osobních údajů, který de lege lata zahrnuje i IP adresy a podobné údaje provozního charakteru. V tomto textu jsme se rozhodli s tímto názorem nepolemizovat, ale soustředit se na otázku, jak umožnit dohledovým pracovištím vykonávat jejich činnost i v případě, že údaje jimi zpracováváné (shromažďované, předávané) za účelem evidence bezpečnost-

ních incidentů je nutné považovat za údaje osobní. Klíčovou otázkou, na kterou přímo hledáme odpověď ve třetí části článku, tak je, jestli poskytuje legislativa chránící osobní údaje legitimizační faktor pro zpracování osobních údajů dohledovými pracovišti kybernetické bezpečnosti.

2. DOHLEDOVÁ PRACOVIŠTĚ KYBERNETICKÉ BEZPEČNOSTI

Funkční dohledové pracoviště představuje jeden z důležitých prvků zajištění kybernetické bezpečnosti subjektu.¹ Jakkoli je možné označovat takováto pracoviště či týmy jako CSIRT,² CERT³ nebo CIRC,⁴ formální označení nehraje roli. Za dohledové pracoviště kybernetické bezpečnosti je tak v širším smyslu možné označit v podstatě jakékoli obecné kapacity určené pro řešení bezpečnostních incidentů.⁵ Můžeme tak rozlišovat mezi vládními pracovišti,⁶ národními pracovišti,⁷ dále interními týmy přidruženými ke vzdělávacím a výzkumným institucím,⁸ poskytovatelům služeb informační společnosti,⁹ finančním společnostem,¹⁰ nekomerčním subjektům¹¹ a případnými dalšími pracovišti.¹² Tyto týmy mají, kromě odlišné povahy, i od-

¹ HARAŠTA, Jakub. Právní aspekty kybernetické bezpečnosti ČR. *Revue pro právo a technologie*, 2013, roč. 4, č. 8, s. 81.

² Angl. Computer Security Incident Response Team.

³ Angl. Computer Emergency Response Team.

⁴ Angl. Computer Incident Response Capability.

⁵ V úzkém smyslu je pak nutné dosáhnout formalizace procedur, srov. ENISA. *Good Practice Guide for Incident Management* [online]. 2010 [vid. 8. říjen. 2015]. Dostupné z: <https://www.enisa.europa.eu/activities/cert/support/incident-management/files/good-practice-guide-for-incident-management>, srov. dohledová pracoviště zařazená na seznam, akreditovaná nebo certifikovaná jako Trusted Introducers (dostupné na <https://www.trusted-introducer.org/directory/index.html>).

⁶ Viz ZoKB § 20. V současné době GovCERT.cz.

⁷ Viz ZoKB § 17. V současné době CSIRT.CZ.

⁸ Např. CESNET-CERTS nebo CSIRT-MU.

⁹ Např. CDT-CERT, O2.cz CERT, SEZNAM.CZ-CSIRT.

¹⁰ Např. CSOB-Group-CSIRT.

¹¹ Např. CZ.NIC-CSIRT.

¹² Např. neakreditovaný SKY-CERT (Estonsko), jehož vznik se datuje přibližně do doby, kdy byl společnost eBay získala Skype Technologies.

lišné okruhy působnosti,¹³ které mohou být určeny rozsahem IP adres¹⁴, identifikací autonomního systému¹⁵, identifikací domén¹⁶ nebo slovním popisem.¹⁷ Vymezené pole působnosti jednoho týmu se může překrývat s jinými týmy,¹⁸ což samozřejmě může způsobovat problémy, které je nutné řešit na úrovni dohody mezi týmy navzájem.¹⁹

Společným znakem těchto pracovišť je ale ochrana definovaného okruhu působnosti před hrozbami²⁰ – bez ohledu na to, jestli se jedná o fyzickou či virtuální infrastrukturu nebo o kvalitu poskytovaných služeb. Za tímto účelem dohledová pracoviště vykonávají řadu analytických i jiných činností. Často dochází k logování, analyzování provozu,²¹ implementaci meta-systémů pro agregační a korelační činnosti²² apod.

V rámci struktury dohledových pracovišť mají v České republice specifické postavení vládní a národní CERT. Existence obou těchto pracovišť je předepsána zákonem č. 181/2014, o kybernetické bezpečnosti (dále jen „ZoKB“).

ZoKB v § 20 předepisuje existenci vládního CERTu jako součásti Národního bezpečnostního úřadu, jehož roli v současné době plní GovCERT.cz působící v rámci Národního centra kybernetické bezpečnosti v Brně. Vládní CERT se svými nařizovacími a kontrolními pravomocemi působí pouze na informační a komunikační systémy, jejichž funkčnost má pro Českou repub-

¹³ Angl. Constituency. Srov. ENISA 2010, op. cit., s. 14-19.

¹⁴ CSIRT-MU např. 147.251.0.0/16, tedy 147.251.0.0 až 147.251.255.255.

¹⁵ O2.cz CERT např. AS5610, 20884, 28725, 51154.

¹⁶ CDT-CERT např. *.cdt.cz, *.cd-t.cz, *.cd.cz.

¹⁷ CZ.NIC např. „*Polem působnosti týmu CSIRT.CZ je celá Česká republika, tzn. všichni uživatelé a všechny sítě provozované v České republice se nachází ve sféře vlivu CSIRT.CZ*“ CZ.NIC. O nás [online]. [vid. 8. říjen 2015]. Dostupné z: <https://www.csirt.cz/page/882/o-nas/>.

¹⁸ Např. povinnosti stanovené v § 8 ZoKB, dále vztah mezi institucionálním dohledovým pracovištěm a pracovištěm poskytovatele konektivity.

¹⁹ Srov. ENISA 2010, op. cit., s. 19. Toto samozřejmě může hrát roli při případné snaze zajistit důkazní prostředek.

²⁰ Za naplnění tohoto účelu se pracoviště samozřejmě mohou neformálně i formálně sdružovat, spolupracovat a předávat si poznatky (ShadowServer foundation, různá ad hoc uskupení pro pokrytí sítí senzory atp.).

²¹ Nástroje typu NetFlow pro vytváření, sběr a analýzu dat.

²² Angl. Security Information and Event Management.

liku zásadní význam – jedná se zejména o prvky kritické informační a komunikační infrastruktury a o významné informační systémy. Vládní CERT v souladu se zákonem přijímá hlášení o kybernetických bezpečnostních incidentech a postiženým subjektům poskytuje metodickou podporu a součinnost. V anonymizované podobě (tedy bez identifikace subjektu odesílajícího hlášení) přijímá údaje i od národního CERTu.

Existenci národního CERTu předepisuje ZoKB v § 17 a reflektuje tím potřebu soukromoprávních subjektů po centralizovaném řešení sběru informací o kybernetické bezpečnosti, které by bylo nemělo veřejnoprávní charakter. Úlohu národního CERTu v současné době plní CSIRT.cz. Ten poskytuje, stejně jako vládní CERT, metodiku a asistenci při řešení různých typů kybernetických bezpečnostních incidentů v rámci systémů, které nepodléhají vládní CERTu – zejména se jedná o poskytovatele služeb elektronických komunikací a osoby zajišťující významnou síť. Národní CERT nedisponuje žádnými exekutivními pravomocemi, ale funguje právě za účelem pomoci subjektům, které mají zájem o možnost kolektivní ochrany před kybernetickými hrozbami.

Český právní řád existenci žádných dalších dohledových pracovišť přímo nezakládá, ale minimálně u subjektů provozujících prvky kritické infrastruktury se dá konstatovat minimálně předpoklad. Celý režim fungování těchto pracovišť je zde výrazně odlišný od vládního nebo národního dohledového pracoviště a výrazně záleží na tom, jestli je subjekt provozující dohledové pracoviště povinným subjektem dle ZoKB. Vše se odráží od odpovědi na otázku, jestli přijmeme IP adresy za osobní údaje a budeme tím pádem muset zkoumat účel jejich zpracování.

3. IP ADRESA JAKO OSOBNÍ ÚDAJ DE LEGE LATA

3.1 VYMEZENÍ POJMU OSOBNÍHO ÚDAJE

Směrnice o ochraně osobních údajů definuje pojem „osobní údaj“ velmi široce jako „*veškeré informace o identifikované nebo identifikovatelné osobě*“.²³ Tato osoba je v terminologii ochrany osobních údajů označována jako „subjekt údajů“. Stejný článek dále vymezuje, že identifikovatelnou osobou se rozumí „*osoba, kterou lze přímo či nepřímo identifikovat*“ a následuje demonstrativní výčet prvků, které k identifikaci mohou vést včetně identifikačního čísla, nebo odkazu na zvláštní prvky její identity. Je třeba si uvědomit, že Směrnice o ochraně údajů byla přijata před dvaceti lety po několika letech legislativního procesu, a navíc vychází z Úmluvy Rady Evropy o ochraně soukromí z roku 1981²⁴. Ideově je tak zakotvena na přelomu osmdesátých a devadesátých let. Uvedené příklady tak konvenují s dobovou představou o tom, co může vést k identifikaci jedince a slouží opravdu toliko jako interpretační pomůcka.

Přímou identifikací je myšlen takový proces, kdy k identifikaci subjektu údajů stačí právě daná informace, zatímco nepřímou identifikací je proces, kdy je pro určení subjektu údajů třeba spojit dohromady více informací, které třeba samy o sobě danou osobu neidentifikují.²⁵ Z uvedeného vyplývá, že dle směrnice je osobním údajem jakákoli informace, která vede, nebo může vést k identifikaci fyzické osoby. Tento mohutný rozsah potvrzuje i recitál 26 směrnice, který stanoví: „*pro určení, zda je osoba identifikovatelná, je třeba přihlídnout ke všem prostředkům, které mohou být rozumně pou-*

²³ Čl. 2 písm. a) 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 [vid. 8. 10. 2015].

²⁴ *Srovnaj Thirty years after, The OECD privacy guidelines*. OECD, © 2011 [cit. 8. 10. 2015]. Dostupné z: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/49710223.pdf>.

²⁵ Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. *Stanovisko č. 4/2007 k pojmu osobní údaj*. WP 136. Evropská komise [online]. [vid. 8. říjen 2015], s. 13 – 14. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_cs.pdf.

žity jak správcem, tak jakoukoli jinou osobou pro identifikaci dané osoby.“²⁶ Recitál, byť sám o sobě není normativně závazný, je vhodnou interpretační pomůckou. Výhodou takto širokého vymezení je jeho technologická neutralita. Ať se identifikující informace nachází v jakékoli formě, dopadá na ni režim zákonné úpravy ochrany osobních údajů. Nevýhodou naopak může být určitá bezbřehost, kdy je interpretačně nesmírně složité určit hranici, na jejíž jedné straně stojí prvky, u kterých je vzhledem k jejich povaze ještě smysluplné řadit je pod zákonnou ochranu, a na jejíž druhé straně stojí prvky, kdy už to smysluplné není.

Široký rozsah ustanovení je dán zejména informacemi, které vedou k identifikaci nepřímou. Jako příklad můžeme uvést notoricky známý případ Netflix.²⁷ Společnost Netflix poskytující službu online půjčování filmů zveřejnila statistiky toho, jak její uživatelé hodnotili sledované filmy. Byly uveřejněny následující informace: jméno filmu, hodnocení v rozsahu jedné až pěti hvězdiček a datum hodnocení. Tato data byla stále svázána na jednoho člověka, byť byly přímé identifikační údaje z datové sady odstraněny. Nedlouho poté, co ke zveřejnění došlo, bylo prokázáno, že postačuje, aby člověk znal přesné hodnocení šesti netradičních filmů, aby dokázal jedinečně identifikovat 84% uživatelů. K přesné identifikaci 99% uživatelů pak stačilo vědět přibližné datum (v rozmezí dvou týdnů) ohodnocení šesti filmů, nehledě na to zda byly netradiční, nebo obecně známé.²⁸ V takovém případě se všechny uvedené informace – ohodnocené filmy, hodnota a datum hodnocení – stávají osobními údaji dle Směrnice o ochraně údajů. Tak poznamenává Tikk, jde zde o jedinečnou kombinaci informací, které dohromady tvoří možnost k identifikaci jedince.²⁹

²⁶ Recitál 26 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 [vid. 8. říjen 2015].

²⁷ Srovnej OHM, Paul. Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization. *UCLA Law Review*. 2009, roč. 57, č. 6, s. 1720.

²⁸ Ibid., s 1721.

²⁹ TIKK, Eneken. IP Addresses subject to personal data regulation. In: TIKK, Eneken; TALI-HÄRM, Anna-Maria (eds.). *International Cyber Security Legal & Policy Proceedings* [online]. Tallinn: Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2010, s. 28.

Podíváme-li se do ZoOOU, konkrétně do § 4 písm. a), zjistíme, že český zákon téměř doslovně přebírá definici pojmu osobní údaj ze Směrnice o ochraně údajů a tak vše výše uvedené platí plně i pro Českou republiku. Dokládá to ostatně i stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů věnované vysvětlení pojmu „osobní údaj“.³⁰

Při interpretaci širše dopadu pojmu osobní údaj hovoříme o dvou přístupech k pojetí tohoto pojmu.³¹ Prvním je subjektivní pojetí, při kterém je otázka identifikovatelnosti nahlížena z pozice osoby, která s informací pracuje. Pokud má informace takovou povahu, že neidentifikuje subjekt údajů přímo, a zároveň daná osoba nemá rozumnou možnost získat další informaci, která by způsobila, že by mohlo dojít k nepřímé identifikaci (byť by někde objektivně existovala), není první informace osobním údajem. Opakem je potom objektivní pojetí, dle kterého nezáleží na možnostech a schopnostech osoby disponující první informací. Pokud někde objektivně existuje další informace, která by spojením s tou první mohla vést k identifikaci subjektu údajů, je první informace rovněž osobním údajem a je třeba k ní tak přistupovat. V této situaci není podstatné, zda a jak může druhou informaci daná osoba zjistit.

De lege lata je třeba při interpretaci vycházet z objektivního přístupu k pojmu osobního údaje. Účelem Směrnice o ochraně údajů je zajištění vysoké úrovně ochrany soukromí skrze ochranu osobních údajů.³² To pravidelně potvrzuje ve svých rozhodnutích Soudní dvůr Evropské unie (dále „SDEU“).³³ Jak vyplývá z kontextu celé Směrnice o ochraně údajů, právní úprava ochrany osobních údajů chrání soukromí na prevenčním principu, na rozdíl od občanskoprávní úpravy ochrany soukromí, která má

³⁰ Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů č. 3/2012 z března 2012, K pojmu osobní údaj. [vid. 8. říjen. 2015]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/VismoOnline_ActionScripts/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=9187.

³¹ Srovnej NONNEMANN, František. Objektivní, či subjektivní pojetí osobních údajů? *Právní rozhledy*. 2015, roč. 2015, č. 12.

³² Recitál 10 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 [vid. 8. 10. 2015].

³³ Srovnej například bod 66 rozhodnutí Google Spain (C-131/12), nebo bod 27 rozhodnutí Ryneš (C-212/13).

funkci reparační a satisfakční. Aby mohla být prevence účinná, je nezbytné pokud možno co nejvíce zabránit protizákonnému zpracování osobních údajů. Za předpokladu, že by bylo k pojmu osobní údaj přístupováno ze subjektivního hlediska, mohlo by dojít k nešetrnému nakládání s údaji³⁴, u kterých může v pozdější fázi jejich životního cyklu dojít ke spojení s jinými údaji, a tak způsobit zásah do soukromí subjektu údajů. Přihlédneme-li navíc opět k nedávno potvrzené ustálené rozhodovací praxi SDEU, je nezbytné při rozhodování, zda je zpracování podřízeno režimu Směrnice o ochraně údajů, interpretovat situaci tak, aby Směrnice aplikována byla.³⁵ Případné výjimky z povinností správce jsou pak řešeny již v rámci režimu ochrany osobních údajů. Subjektivní pojetí osobního údaje v důsledku vede k zúžení věcné působnosti Směrnice o ochraně údajů, což je v rozporu ustáleným názorem SDEU. Z těchto důvodů se domníváme, že je pojem osobní údaj nezbytné vykládat z pozice objektivního přístupu. Tuto interpretaci nakonec potvrzuje i výše uvedený recitál 26 Směrnice o ochraně údajů.

3.2 IP ADRESA JAKO OSOBNÍ ÚDAJ

Při síťovém provozu se zařízení připojují za užití IP adres a při procesu komunikace jsou zaznamenávány adresy jak odesílatele, tak recipienta. Vzhledem k tomu, že již v současné době je k internetu připojeno více zařízení, než nyní primárně používaný systém IPv4 umožňuje, je tento nedostatek vyřešen protokolem NAT („Network Address Translation“). Příkladem zařízení, kde je tento protokol užíván, jsou domácí routery, k nimž je připojeno několik samostatných zařízení. Router má jednu IP adresu, kterou užívá na komunikaci s vnějším světem, a zároveň přiděluje vlastní IP adresy zařízením k němu připojeným. Za jednu veřejnou IP adresou tak může být „ukryto“ více zařízení.

IP adresa je série číslic, sloužící k jedinečné identifikaci zařízení připojeného k síti internet. Skládá se ze dvou částí, identifikace sítě, která určuje geografickou lokalizaci sítě, a „Host ID“ přesně určující konkrétní zařízení

³⁴ Byť v danou chvíli nejsou osobními údaji.

³⁵ Viz bod 28 rozhodnutí Ryneš (C-212/13), který odkazuje na starší rozhodnutí, například na Digital Rights Ireland (C-293/12).

nebo část sítě. Na základě toho, zda je jedna IP adresa trvale přiřazena konkrétnímu zařízení, nebo zda se IP adresa zařízení mění v průběhu času, rozlišujeme ještě statické a dynamické IP adresy. V současné době, vzhledem k výše uvedenému nedostatku IP adres při využívání protokolu IPv4 převažují dynamické adresy, které jsou konkrétním zařízením přiděleny ve chvíli, kdy se připojí k internetu. Nová technologie IPv6, která je postupně zaváděna, nabízí řádově větší počet možných současně připojených zařízení, díky čemuž umožní, aby více zařízení mělo statickou IP adresu. Jak uvádí Lah, tento stav může mít za následek, že jedno konkrétní zařízení bude dle IP adresy vždy dohledatelné nehledě na to, odkud se připojuje, a bude tak snadnější sledovat pohyb konkrétních zařízení po světě.³⁶

McIntyre připomíná, že je potřeba zdůraznit, že IP adresa je skutečně vázána k zařízení a nikoli člověku.³⁷ To je důležité z hlediska úvah, zda může jít o osobní údaj.³⁸ Aby byla naplněna zákonná definice, musí informace odkazovat na fyzickou osobu, nikoli na technické zařízení. IP adresa je však vzhledem k soukromí velmi specifickou informací, vzhledem k úzkému provázání zařízení, jako je osobní počítač, nebo mobilní zařízení se svým vlastníkem.³⁹ Je obvyklé, že osobní počítač, nebo mobilní zařízení, používá právě jedna osoba. Byť je samozřejmě možné, aby je půjčila někomu jinému, v průměru se to nestává v takové míře, aby nebylo možné pracovat s uvedenou domněnkou jako faktem. Pokud jsou ukládány klíčové údaje identifikující zařízení, jako právě jeho IP adresa, IP adresy, na které se připojuje, lokalitu, kde zařízení operuje a čas, kdy se tak děje, je díky tomu je možné poměrně snadno identifikovat, co daná osoba se zařízením dělala, jaké informace hledala a kde se pohybovala. Vezmeme-li jako výše uvedený příklad se statickou IPv6 IP adresou, je velmi snadné sledovat po-

³⁶ LAH, Frederick. Online and Locational Privacy: Are IP Addresses „Personally Identifiable Information”? *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*. 2009, roč. 4, s. 686.

³⁷ MCINTYRE, Joshua J. Balancing Expectations of Online Privacy: Why Internet Protocol (ip) Addresses Should Be Protected as Personally Identifiable Information. *DePaul Law Review*. 2011, roč. 60, s. 8.

³⁸ A hraje roli např. i v rámci dokazování provozními a lokalizačními údaji.

³⁹ Toto konstatuje například WP 29 ve stanovisku č. 13/2011 ke geolokalizačním službám u inteligentních mobilních zařízení, s. 7.

hyb osob po celé planetě. Ovšem i v případě dynamických IP adres je možné snadno dojít ke konkrétnímu zařízení a tím i fyzické osobě. Litvinov k tomu říká: „*Internet service providers can determine which subscriber received a particular address and the time at which the address was assigned. Such information has been used to identify individuals for the purposes of imposing criminal liability.*“⁴⁰ IP adresa je tak klíčovou nepřímo identifikující informací, esenciální složkou množiny data, které vedou k identifikaci konkrétního člověka. Proto je třeba považovat ji za osobní údaj.

Litvinov se dotýká institutu povinného uchovávání provozních a lokalizačních údajů, známého spíše jako „data retention“. Do evropského práva byla zavedena směrnicí 2006/24/ES, posléze zneplatnělou SDEU v rozhodnutí Digital Rights Ireland. I přes to v současné době v řadě členských států, včetně České republiky, je zavedena povinnost poskytovatelů služeb elektronických komunikací plošně uchovávat po určitou dobu⁴¹ provozní a lokalizační údaje uživatelů služeb pro účely trestního vyšetřování a dalších zákonem uvedených případů.⁴² Uchovávána jsou metadata popisující provoz sítě, tedy kdo koho kontaktoval, kdy tomu tak bylo a geolokalizační údaje, kde komunikace probíhala. Tyto údaje, mezi kterými je rovněž IP adresa, jsou přiřaditelné konkrétnímu uživateli služeb, kterého je na jejich základě možné identifikovat. Jedná se proto o osobní údaje.

Vraťme se k otázce subjektivního a objektivního pojetí osobních údajů. Pokud bychom vycházeli ze subjektivního pojetí, bylo by rozhodování, zda je IP adresa osobním údajem komplikovanější. Záleželo by totiž na osobě správce. Jako příklad můžeme vzít společnost A, poskytovatele služeb informační společnosti, který loguje IP adresy svých klientů a na základě dalších informací vytváří profily pro cílenou reklamu. Při subjektivním pojetí

⁴⁰ LITVINOV, Aleksandr V. The Data Protection Directive as Applied to Internet Protocol (IP) Addresses: Uniting the Perspective of the European Commission with the Jurisprudence of Member States. *The George Washington international law review*. 2013, roč. 45, č. 3, s. 584.

⁴¹ V České republice je to šest měsíců dle § 97 odst. 3 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích).

⁴² Tato povinnost je evropským právem umožněna díky znění čl. 15 směrnice 2002/58/ES o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích).

osobního údaje by se o osobní údaj jednat nemuselo, protože společnost A nemá zákonnou možnost, jak se dostat k doplňující informaci, která by z IP adresy osobní údaj udělala. Přístup k údajům uchovávaným poskytovatelem elektronických komunikací, mají jen taxativně určené instituce. V České republice jsou to Policie ČR a další orgány činné v trestním řízení, zpravodajské služby a Česká národní banka.⁴³ Lundevall s Tanvikem ve svém článku vycházejí z tohoto předpokladu a navrhují dvoustupňový test pro určení, zda je IP adresa osobním údajem. Prvním stupněm je test legality⁴⁴, který je splněn jen, pokud správce údajů má možnost legální cestou získat doplňující informace, které by napomohly k identifikaci subjektu údajů. Vzhledem k tomu, že v příkladné situaci tato možnost není,⁴⁵ nejednalo by se dle subjektivního pojetí o osobní údaje.

Dle našeho názoru je však s touto interpretací nutné nesouhlasit. Jak bylo uvedeno výše, vzhledem k prevenčnímu principu zákonné úpravy ochrany osobních údajů je třeba zaujmout objektivní přístup. Pokud někde existuje informace, která může IP adresu doplnit tak, aby identifikovala konkrétní zařízení a tím jedince, je IP adresa osobním údajem. Tím spíše, že v tomto případě s jistotou víme, že takové informace existují. Přistoupit na uvedený test legality by znamenalo snížit úroveň ochrany subjektů údajů. Pokud je chráněno nakládání s informacemi, ke kterým má osoba legální přístup, tím spíše je třeba chránit nakládání s informacemi, k nimž je přistupováno nelegálně. Výklad, že je možné volně nakládat s IP adresami (tedy například je bez dalšího zveřejnit na internetu) a vystavit je tak riziku spojení s jinými údaji, je dle našeho názoru v rozporu se Směrnicí o ochraně údajů.

Interpretace IP adresy jako osobního údaje vede krom pozitivních dopadů, jako je zvýšení ochrany soukromí jedince, i k praktickým problémům

⁴³ § 97 odst. 3 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích).

⁴⁴ LUNDEVALL-UNGER, Patrick; TRANVIK, Tommy. IP Addresses – Just a Number? *International Journal of Law and Information Technology* [online]. 2011, roč. 19, č. 1, s. 57 [vid. 8. říjen 2015].

⁴⁵ Oficiální cestou společnost A informace držené v rámci data retention nezíská a pokud by se je pokusila získat například hackováním databáze poskytovatele elektronických komunikací, narazí trestněprávní ochranu.

na straně správců údajů, kteří s IP adresami pracují. Z toho důvodu můžeme sledovat snahu interpretací nějakým způsobem zmírnit přísnost zákonného režimu. Například Tikk navrhuje, aby IP adresa byla chápána a hodnocena, že je osobní údaj nikoli dle své povahy, ale dle účelu, k jakému slouží. „*IP addresses can be personal data when used in investigation, but for the purpose of managing the networks and possibly also monitoring traffic and exchanging information about anomalies, the important factor is that the purpose of such processing is not to identify the individual (which is the core concern of the Directive) but detecting threats, vulnerabilities and potential defences.*“⁴⁶ Tato interpretace však dle našeho názoru, bohužel, není použitelná. Jde opět o vnášení subjektivního prvku do objektivní otázky působnosti Směrnice o ochraně údajů. Analogicky argumentoval František Ryneš, což bylo odmítnuto jak Generálním advokátem⁴⁷, tak následně Nejvyšším správním soudem⁴⁸.

V neposlední řadě je třeba připomenout rozhodnutí SDEU, které IP adresy za osobní údaje přímo označuje, minimálně pro potřeby daného případu.⁴⁹ Na rozhodnutí ve věci Breyer⁵⁰, které do této otázky opět může přinést trochu světla, však stále čekáme. V českém prostředí IP adresu jako osobní údaj označuje Úřad pro ochranu osobních údajů ve svém stanovisku adresovaném Národnímu bezpečnostnímu úřadu.⁵¹

Závěrem této části je třeba upozornit na situace, kdy IP adresa za žádných okolností nemůže být osobním údajem. Jedním příkladem je situace, kdy, jak uvádí Prokeš „*dostupnými nástroji nelze identifikaci provést, zej-*

⁴⁶ TIKK, Eneken. IP Addresses subject to personal data regulation. In: TIKK, Eneken; TALI-HÄRM, Anna-Maria (eds.). *International Cyber Security Legal & Policy Proceedings* [online]. Tallinn: Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2010, s. 38.

⁴⁷ Bod 20 Stanoviska generálního advokáta Niila Jääsikenena k věci C-212/13 František Ryneš proti Úřadu pro ochranu osobních údajů.

⁴⁸ Bod 71 rozhodnutí rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 25. února 2015, sp. zn. 1 As 113/2012 – 133. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting [cit. 8. 10. 2015].

⁴⁹ Body 26 a 51 rozhodnutí Scarlet Extended (C-70/10).

⁵⁰ Věc C-582/14. Předběžná otázka byla podána 17. prosince 2014.

⁵¹ Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů adresované Národnímu bezpečnostnímu úřadu. *Povinnost Národního bezpečnostního úřadu evidovat kybernetické bezpečnostní incidenty z pohledu právní úpravy ochrany osobních údajů.*

ména pokud jsou údaje uchovávány krátce.“⁵² Další možností je fenomén Internet of Things. Jeho principem je připojení velkého množství zařízení, které však nejsou provázány s konkrétním člověkem. Jedná se například o různá čidla monitorující své okolí, elektronické spotřebiče, systémy řídicí klimatizaci a podobně. V takovém případě není možné vytvořit podobnou vazbu mezi zařízením a člověkem jako například v případě mobilních telefonů, nebo osobních počítačů a nemůže se proto jedna o osobní údaje. Protože však není technicky možné na úrovni osoby logující internetový provoz dodatečně odfiltrovat IP adresy zařízení Internet of Things od IP adres mobilních zařízení a osobních počítačů, je třeba ke všem IP adresám přistupovat tak, jako by osobními údaji byly.

4. ZPRACOVÁNÍ OSOBNÍCH ÚDAJŮ DOHLEDOVÝMI PRACOVÍŠTI KYBERNETICKÉ BEZPEČNOSTI

Jak bylo výše uvedeno, dochází ze strany dohledových pracovišť kybernetické bezpečnosti při jejich činnosti často ke zpracování údajů, které jsou de lege lata údaji osobními. Při hodnocení souladu předmětné činnosti s legislativou chránící osobní údaje je nutné věnovat náležitou pozornost účelu zpracování. Zpracování může probíhat zejména na základě souhlasu,⁵³ kde je účel specifikován, ale ani v nejmenším se nejedná o jediný mód zpracování, který můžeme pozorovat. V případě činnosti dohledových center se sice dá předpokládat existence souhlasu v případě zpracování bezpečnostních informací o vlastních uživateliích v rámci vlastní infrastruktury, často ale bude docházet i k nutnosti zpracovávat údaje uživatelů, kteří se nacházejí vně dané sítě. V tomto případě nebude možné získat platný souhlas a je tak nutné zkoumat, jakým jiným způsobem je možné legitimizovat zpracování osobních údajů dohledovými pracovišti. V úvahu připadá, v případě vládního a národního dohledového pracoviště, zejména plnění právní povinnosti správce, tedy zpracování podle § 5 odst. 2 písm. a)

⁵² PROKEŠ, Josef. IP adresa v ochraně osobních údajů. *Data Security Management*. 2014, roč. 2014, č. 4, s. 31.

⁵³ Více k institutu souhlasu viz MÍŠEK, Jakub. Souhlas se zpracováním osobních údajů za časů internetu. *Revue pro právo a technologie*. 2014, roč. 5, č. 9, s. 3-74.

ZOOÚ, kdy zpracováním osobních údajů dochází k plnění povinnosti zpracovávat oznámení o bezpečnostních incidentech. Stejně platí i pro dohledová pracoviště subjektů povinných podle ZoKB, tedy pro dohledová pracoviště, která zpracovávají hlášení o incidentech a postupují je národnímu a vládnímu dohledovému pracovišti – zde se jedná zejména o subjekty provozující prvky kritické infrastruktury.

Pokud není dohledové pracoviště provozováno v rámci plnění zákonné povinnosti subjekty povinnými podle ZoKB, je nutné zvažovat další faktory umožňující zpracování osobních údajů – je možné diskutovat zejména o ochraně životně důležitých zájmů subjektu údajů (§ 5 odst. 2 písm. d) nebo o ochraně práv a právem chráněných zájmů správce (§ 5 odst. 2 písm. e). Domníváme se, že nejjednodušší argumentační pozici má dohledové pracoviště (resp. jeho provozovatel) v případě zpracování osobních údajů, které směřuje k ochraně práv nebo právem chráněných zájmů správce – zde je možné hovořit o obecném zájmu na fungování informačních systémů a argumentovat o realizaci tohoto zájmu na konkrétní infrastruktuře ve formě činnosti dohledového pracoviště. Přesto ani legitimizace zpracování tímto účelem není zcela bez problémů, zejména ve vztahu k neurčitému pojmu oprávněného zájmu v ustanovení obsaženém.

4.1 OPRAVNĚNÝ ZÁJEM

Paragraf 5 odst. 2 písm. e) ZOOÚ je v české legislativě přítomen jako národní podoba článku 7 písm. f) Směrnice 95/46/ES.⁵⁴ Zásadní otázkou tak je, k ochraně jakých práv a právem chráněných zájmů (v jazyce směrnice „oprávněné zájmy“) musí jednání směřovat, aby bylo možné zpracování osobních údajů legitimizovat právě tímto způsobem. V první řadě tedy takové zpracování musí být nezbytné pro ochranu práv správce údajů nebo jiné dotčené osoby a dále nesmí zasahovat nepřiměřeným způsobem do práv subjektu údajů. Je tedy nutné provést posuzování chráněného práva a míry zásahu do práv subjektu.

⁵⁴ Zajímavostí je, že se nejedná o přímý ekvivalent, ale nejbližší obsahovou podobu. Srov. KUČEROVÁ, Alena et al. Zákon o ochraně osobních údajů. Komentář. Praha: Nakladatelství C.H. Beck, 2012, s. 145.

Jakkoli je otázka vymezení chráněného zájmu především otázkou národních provedení směrnice 95/46/ES, pokusila se WP29 v rámci svého stanoviska⁵⁵ vymezit některé situace, ve kterých by měl mít správce osobních údajů možnost pokrýt zpracování právě výše uvedenou výjimkou.

Oprávněný zájem musí být zákonný, tedy v souladu s aplikovatelným právem EU i s národními předpisy, dostatečně explicitně formulovaný, aby umožnil prozkoumání proporcionality ve vztahu k právům subjektu údajů, a nesmí být spekulativní.⁵⁶ Momenty, které je nutné při posuzování oprávněnosti zájmu pečlivě zvažovat, jsou mimo jiné i dodatečné záruky, které mají mitigovat dopad opatření na subjekt údajů.⁵⁷

4.1.1 POSOUZENÍ OPRÁVNĚNOSTI ZÁJMU

V případě dohledových pracovišť kybernetické bezpečnosti je možné v nejobecnější rovině uvažovat o zájmu informační společnosti na ochraně distributivních práv právě za pomoci nedistributivní⁵⁸ kybernetické bezpečnosti. V úvahu připadá i argumentace ochranou vlastní infrastruktury, případně dodržení právních povinností (zejména prevenční povinnosti) plynoucí z provozu této infrastruktury. Jakkoli výše zmíněné stanovisko zmiňuje otázku bezpečnosti jenom v rovině obecného příkladu,⁵⁹ nejčastěji se argumentace v rovině oprávněného zájmu objevuje právě v případech individuální nebo firemní bezpečnosti, např. v případě implementace kamerových systémů v bytových domech či školských zařízeních.⁶⁰ Obecně lze říci, že je tímto způsobem možné chránit základní právo (v případě dohledových pracovišť např. právo vlastnit majetek nebo svobodně podnikat), zájem veřejnosti nebo širší komunity (tedy zájem na funkci informačních systémů, poskytování služeb, které jsou součástí standardu života a jsou pro

⁵⁵ Opinion 6/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, dostupné z http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf.

⁵⁶ Tamtéž, s. 25.

⁵⁷ Tamtéž, s. 33.

⁵⁸ K pojmu srov. POLČÁK, Radim. Internet a proměny práva. S. 341-371.

⁵⁹ 6/2014, s. 25.

⁶⁰ Viz KUČEROVÁ, Alena et al. Zákon o ochraně osobních údajů. Komentář. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2012, s. 148.

jednotlivce prostředkem k výkonu některých základních práv) nebo další zájmy. Problémem, kterým se WP29 ve svém stanovisku zabývá, může být společenské nebo právní uznání oprávněnosti tohoto zájmu.⁶¹ Zejména v oblasti kybernetické bezpečnosti, jakkoli existuje v zásadě celospolečenská poptávka po jejím zajištění, je možné pozorovat značně rozdílné názory ve chvíli, kdy začínáme hovořit o konkrétních oprávněních jednotlivých subjektů. Obecný společenský zájem na zajištění určitého stupně kybernetické bezpečnosti můžeme převést na diskuzi o konkrétních oprávněních pro dohledová pracoviště, která nekontrolují pouze prvky kritické infrastruktury, ale účastní se běžného provozu (jedná se např. o poskytovatele internetové konektivity). V tu chvíli se ale existující společenský konsenzus třští a diskuze o povaze konkrétních oprávnění se stává méně jasnou. Tento element hodnocení oprávněnosti zájmu tak může být, vzhledem k novosti dohledových pracovišť v českém právu, problematický.

4.1.2 DOPAD NA SUBJEKT ÚDAJŮ

V rámci hodnocení dopadu realizace oprávněného zájmu na subjekt údajů je nutné vzít v potaz jak benefity, které může subjektu údajů zpracování osobních údajů přinést, ale i případná rizika, která mu přináší. V případě zpracovávání IP adres a jejich uchovávání pro pozdější analýzu připadá v úvahu riziko profilování. V tuto chvíli totiž nemusí docházet ke zpracování údajů ve smyslu identifikace konkrétní osoby, ale může dojít k vytvoření profilu uživatele ve smyslu entity, která je odlišitelná od jiných entit skrze své chování nebo některé znaky – může tedy být identifikována jako jedna a tatáž v průběhu času.⁶² Ostatní rizika, která zmiňuje stanovisko, tedy zejména vytvoření nebo zvýšení rizika následné diskriminace nebo ovlivnění jinak chráněného chování (svoboda projevu, svoboda výzkumu),⁶³ jsou v případě IP adres nejspíše jen obtížně realizovatelná – resp. jsou realizovatelná právě s přihlédnutím k profilování.

⁶¹ 6/2014, s. 36.

⁶² Distinkce mezi L-identifikátory a R-identifikátory. Viz KOOPS, Bert-Jaap. The Trouble with European Data Protection Law. *International Data Privacy law*, 2014, vol. 4, no. 4, s. 250-261. S. 257.

⁶³ 6/2014, s. 37.

Povaha zpracovávaných údajů bude v rámci vyvažování fungovat ve prospěch oprávněného zájmu – jak je výše uvedené, de lege lata se v případě IP adres jedná o osobní údaje, ale jejich povaha je problematická⁶⁴ a v rámci neostrých linií vyvažování zásahu do práv subjektu údajů nepůsobí právě IP adresa jako výrazný destabilizační element. Domníváme se tak zejména ve chvíli, kdy obecně je zpracování biometrických údajů za účelem zajištění fyzické bezpečnosti exponovaných pracovišť považováno za oprávněný zájem,⁶⁵ bude tomu tak i v případě řádově menšího zásahu do informačního sebeurčení subjektu údajů v případě zpracování IP adres.

Dopad na subjekt údajů může být ovlivněn i zvolenými prostředky zpracování – v případě zpracování zdánlivě nepodstatných dat (kterými IP adresy mohou být) na úrovni dostatečné pro plošný monitoring a v případě jejich kombinace s dalšími údaji může dojít ke zpracování, které nebude možné diskutovanou výjimkou pokrýt (může se jednat např. o metody deep packet inspection v případě implementace specifických bezpečnostních opatření⁶⁶). Obecně je tedy nezbytné, v případě formulace oprávněného zájmu, věnovat pozornost formulaci opatření, která budou ke zpracování údajů poskytnuta. V případě existujících alternativ je nutné zvolit tu nejméně invazivní ve vztahu k právům subjektu údajů a v případě zpracování údajů je nutné volit pouze takové metody, které umožňují předvídat výstupy a nemohou delegitimizovat oprávněný zájem právě skrze nejistotu o průběhu zpracování.

Roli při posuzování vlivu na subjekt údajů hraje rovněž oprávněné očekávání subjektu – zde se domníváme, že se situace může do budoucna výrazně zlepšit se vzděláváním subjektů údajů o probíhajících opatření a o obecných činnostech dohledových pracovišť. V případě jasné komunikace uplatňovaných opatření veřejnosti se stanou některé bezpečnostní opatření implementovaná dohledovými pracovišti a jejich provozovateli součástí obecného povědomí o bezpečnosti provozu na internetu.

⁶⁴ Stanovisko např. hovoří o citlivosti zúčastněných údajů. Tamtéž, s. 39.

⁶⁵ Tamtéž, s. 38-39.

⁶⁶ Tamtéž, s. 39-40.

4.1.3 DODATEČNÉ ZÁRUKY

V oblasti dodatečných záruk, jejich naformulování a jejich institucionální realizace, spatřujeme nejdůležitější aspekt zpracování osobních údajů, které se spoléhá na oprávněný zájem. V současné době je z technického hlediska poměrně jednoduché implementovat opatření, která budou výrazně invazivní ve vztahu k právům subjektů údajů. Zároveň bude, vzhledem ke specifickému postavení dohledových pracovišť (nebo obecně provozovatelů komunikační infrastruktury), problematické tato opatření zjistit a ze strany uživatelů (byť odborně často velmi zdatných) přesně definovat jejich rozsah. Dohledová pracoviště tak zejména při formulaci existujících dodatečných záruk musejí být velice konkrétní, aby bylo možné dovodit existenci oprávněného zájmu, který nebude neproporcionálně zasahovat do práv subjektů údajů.

Za taková opatření je možné považovat obecně nastavení užívaných nástrojů v souladu s principy *privacy by design*, nebo formulaci specifických procedur pro přístup ke shromažďovaným údajům nebo obecně minimalizaci manuálního zpracování. V případě, že bude analýza sebraných údajů probíhat automaticky a bude v rámci dohledového pracoviště existovat přesně specifikovaný postup pro přístup k těmto údajům ze strany zaměstnanců pracoviště, vytváří se dodatečná záruka, která může podpořit sílu oprávněného zájmu a umožní realizaci některých bezpečnostních opatření. Několikastupňová autorizace v rámci hierarchie dohledového pracoviště, přizvání externího subjektu pro zajištění nestrannosti nebo vymezení specifických situací, kdy je přístup možný, konkretizuje cíle opatření a přispívá tím k předvídatelnosti zpracování a větší jistotě dohledového pracoviště nebo jeho provozovatele. Dalším způsobem zvýšení dodatečných záruk je pak zkrácení doby uchovávání údajů.

5. ZÁVĚR

V rámci tohoto textu jsme se zabývali možnostmi dohledových pracovišť kybernetické bezpečnosti zpracovávat údaje, které jsou de lege lata pova-

žované za osobní.⁶⁷ Dospěli jsme k názoru, že při konkretizaci postupů, kterými budou tyto údaje zpracovávány, při vhodném vyvážení možného zásahu do práv subjektů údajů a jeho minimalizaci a při formulaci dodatečných záruk, je možné toto zpracování legitimizovat za pomoci výjimek v existující legislativě i ve chvíli, kdy příslušné dohledové pracoviště nepředstavuje povinný subjekt podle ZoKB. Součástí dalšího výzkumu aplikovatelnosti legislativy na ochranu osobních údajů na činnost dohledových pracovišť kybernetické bezpečnosti by mělo být zahrnutí těchto údajů do formalizovaných i neformálních modů spolupráce mezi dohledovými pracovišti a případné vyhodnocení praxe při zpracování údajů pro bezpečnostní výzkum.⁶⁸ V tu chvíli by totiž docházelo ke zpřístupňování shromážděných osobních údajů dalším subjektům. Hranice toho, co je možné považovat za realizaci oprávněného zájmu dohledového pracoviště, by se tak opět posunula.⁶⁹ Tato oblast si tak zaslouží další systematickou pozornost.

6. POUŽITÁ LITERATURA

[1] HARAŠTA, Jakub. Právní aspekty kybernetické bezpečnosti ČR. *Revue pro právo a technologie*, 2013, roč. 4, č. 8, s. 66-93. ISSN 1804-5383.

[2] KOOPS, Bert-Jaap. The trouble with European data protection law. *International Data Privacy Law* [online]. 2014, roč. 4, č. 4, s. 250–261 [vid. 11. listopad 2015]. ISSN 2044-3994, 2044-4001. Dostupné z: doi:10.1093/idpl/ipu023

[3] KUČEROVÁ, Alena et al. *Zákon o ochraně osobních údajů : komentář*. Beckova edice komentované zákony. Praha: C.H. Beck, 2012, 516 s. ISBN 978-80-7179-226-0.

[4] LAH, Frederick. Online and Locational Privacy: Are IP Addresses „Personally Identifiable Information“? *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*. 2009, roč. 4, s. 681.

[5] LITVINOV, Aleksandr V. The Data Protection Directive as Applied to Internet Protocol (IP) Addresses: Uniting the Perspective of the European Commission with the Jurisprudence of Member States. *The George Washington international law review*. 2013, roč. 45, č. 3, s. 579–610. ISSN 1534-9977.

⁶⁷ Jakkoli se o správnosti tohoto přístupu dá dlouze diskutovat.

⁶⁸ Srov. OHM, Paul, SICKER, Douglas and DIRK GRUNWALD. Legal Issues Surrounding Monitoring During Network Research (Invited Paper). *Proceedings of the 7th ACM SIGCOMM conference on Internet measurement* [online]. 2007. Dostupné z: <http://conferences.sigcomm.org/imc/2007/papers/imc152.pdf>.

⁶⁹ Srov. např. některé zajímavé závěry v CORMACK, Andrew. Incident Response and Data Protection. 2011. Dostupné z: <https://www.terena.org/activities/tf-csirt/publications/data-protection-v2.pdf>.

- [6] LUNDEVALL-UNGER, Patrick; TRANVIK, Tommy. IP Addresses – Just a Number? *International Journal of Law and Information Technology* [online]. 2011, roč. 19, č. 1, s. 53–73 [vid. 8. říjen 2015]. ISSN 0967-0769, 1464-3693. Dostupné z: doi:10.1093/ijlit/eaq013
- [7] MCINTYRE, Joshua J. Balancing Expectations of Online Privacy: Why Internet Protocol (ip) Addresses Should Be Protected as Personally Identifiable Information. *DePaul Law Review*. 2011, roč. 60, s. 895 – 948. ISSN 0011-7188.
- [8] MÍŠEK, Jakub. Souhlas se zpracováním osobních údajů za časů internetu. *Revue pro právo a technologie*, Masarykova univerzita, 2014, roč. 5, č. 9, s. 3-74. ISSN 1804-5383.
- [9] NONNEMANN, František. Objektivní, či subjektivní pojetí osobních údajů? *Právní rozhledy*. 2015, roč. 2015, č. 12, s. 425 – 431. ISSN 1210-6410.
- [10] OHM, Paul. Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization. *UCLA Law Review*. 2009, roč. 57, č. 6, s. 1701–1777. ISSN 0041-5650.
- [11] OHM, Paul, SICKER, Douglas and DIRK GRUNWALD. Legal Issues Surrounding Monitoring During Network Research (Invited Paper). *Proceedings of the 7th ACM SIGCOMM conference on Internet measurement* [online]. 2007. Dostupné z: <http://conferences.sigcomm.org/imc/2007/papers/imc152>.
- [12] POLČÁK, Radim. *Internet a proměny práva*. Téma. Praha: Auditorium, 2012, 388 s. ISBN 9788087284223.
- [13] PROKEŠ, Josef. IP adresa v ochraně osobních údajů. *Data Security Management*. 2014, roč. 2014, č. 4, s. 31 – 33. ISSN 1211-8737.
- [14] TIKK, Eneken. IP Addresses subject to personal data regulation. In: TIKK, Eneken; TALI-HÄRM, Anna-Maria (eds.). *International Cyber Security Legal & Policy Proceedings* [online]. Tallinn: Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2010, s. 24 – 39. ISBN 978-9949-9040-4-4. Dostupné z: https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/LP_Proceedings_2010.pdf
- [15] Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. *Stanovisko č. 4/2007 k pojmu osobní údaj*. WP 136. Evropská komise [online]. [vid. 8. říjen 2015]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_cs.pdf.
- [16] Pracovní skupina pro ochranu údajů zřízená podle článku 29. *Stanovisko č. 13/2011 ke geolokalizačním službám u inteligentních mobilních zařízení*. WP 185. Evropská komise [online]. [vid. 8. říjen 2015]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp185_cs.pdf.
- [17] Stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů č. 3/2012 z března 2012, K pojmu osobní údaj. [cit. 8. říjen 2015]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/VismoOnline_ActionScripts/File.aspx?id_org=200144&id_dokumenty=9187.

[18] Stanoviska generálního advokáta Niila Jääsikenena k věci C-212/13 František Ryneš proti Úřadu pro ochranu osobních údajů [online]. [cit. 8. říjen 2015]. Dostupné z: [http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=CS&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=154842&occ=first&dir=&cid=629379)

[doclang=CS&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=154842&occ=first&dir=&cid=629379](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=CS&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=154842&occ=first&dir=&cid=629379).

[19] CZ.NIC. *O nás* [online]. [vid. 8. říjen 2015]. Dostupné z: <https://www.csirt.cz/page/882/o-nas/>.

[20] ENISA. *Good Practice Guide for Incident Management* [online]. 2010 [vid. 8. říjen 2015]. Dostupné z: <https://www.enisa.europa.eu/activities/cert/support/incident-management/files/good-practice-guide-for-incident-management>

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

PRÁVO NA ROZŠIŘOVÁNÍ CHRÁNĚNÉHO DÍLA

JAN DOHNAL

Soud: Soudní dvůr Evropské unie
Věc: C-516/13
Datum: 13. 5. 2015
Dostupnost: curia.europa.eu

1. SHRNU TÍ SKUTKOVÉHO STAVU

Tento spor se odehrál mezi společnostmi Dimensione Direct Sales Srl (dále jen „Dimensione“) společně s jejím jednatelem M. Labiancou na straně jedné a společností Knoll International SpA (dále jen „Knoll“) na straně druhé. Obě společnosti byly založeny podle italského práva. Dimensione nabízela repliky nábytku chráněného autorským právem v rámci cílené reklamní kampaně zaměřené na Německo.

Knoll je známá svou činností – prodejem stylového nábytku po celém světě. V rámci tohoto případu označujeme veškerý dotčený nábytek, mezi který řadíme křesla, stoly, taburety či židle známých jmen, jako chráněná díla. Společnost Knoll se tedy domáhala vyslovení, že dochází k porušení práva na rozšiřování, které náleží pouze jí, jelikož je nositelkou výlučných autorských práv k užívání těchto chráněných děl v Německu.

2. ŘÍZENÍ PŘED NÁRODNÍM SOUDEM

Mezi lety 2005 a 2006 docházelo k propagaci nábytku podobného chráněným dílům ze strany společnosti s ručením omezeným Dimensione. Dělo se tak pomocí internetových stránek v němčině, německých denících a časopi-sech. Jeden reklamní leták přímo obsahoval následující slogan: „Kupte si

nábytek v Itálii a zaplaťte až při jeho vyzvednutí nebo doručení spediční firmou oprávněnou k přijetí platby (na přání zprostředkujeme).“

Společnost Knoll tvrdila, že dotčený nábytek byl padělkem. Žádala tedy zemský soud v Hamburku, aby byl společnosti Dimensione uložen zákaz nabízet tento nábytek k prodeji v Německu. Jakožto hlavní argument žaloby figuruje fakt, že uvedený nábytek je chráněn autorským právem jakožto díla užitého umění. Zemský soud uvedenému návrhu vyhověl. Vrchní zemský soud v Hamburku potvrdil rozsudek soudu prvního stupně. Společnost Dimensione podala opravný prostředek.

3. PŘEDBĚŽNÁ OTÁZKA

Německý Bundesgerichtshof se domníval, že vyřešení tohoto případu spočívá na výkladu čl. 4 odst. 1 směrnice 2001/29/ES, která se týká harmonizace určitých aspektů autorského práva. Znění dotčeného článku je následující:

1. Členské státy stanoví pro autory u originálů jejich děl nebo jejich rozmnoženin výlučné právo udělit svolení nebo zakázat jakoukoliv formu veřejného rozšiřování prodejem nebo jiným způsobem.

2. Právo na rozšiřování se u originálu nebo rozmnoženin díla ve Společenství nevyčerpá s výjimkou případu, kdy je první prodej nebo jiný převod vlastnictví takového předmětu ve Společenství uskutečněn nositelem práv nebo s jeho souhlasem.

Bundesgerichtshof přerušil řízení a položil Soudnímu dvoru Evropské unie následující předběžné otázky:

1. Zahrnuje právo na rozšiřování podle čl. 4 odst. 1 směrnice 2001/29/ES právo nabízet veřejnosti ke koupi originál díla nebo jeho rozmnoženiny?

V případě kladné odpovědi na první otázku:

2. Zahrnuje právo nabízet veřejnosti originál díla nebo jeho rozmnoženiny ke koupi pouze smluvní nabídky, nebo i reklamní opatření?

3. Dochází k porušení práva na rozšiřování také tehdy, jestliže nabídka nevede ke koupi originálu díla nebo jeho rozmnoženiny?

4. ÚVAHY SOUDU

Soudní dvůr rozhodl, že výklad unijního práva má v tomto případě vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení. Věc v původním řízení se zabývá obchodní praxí společnosti Dimensione zahrnující jak nabídky prodeje, tak reklamní opatření, která nevedou k nabytí chráněných děl. První otázka musí být považována za přípustnou.

Klíčovou otázkou tohoto případu je, zdali musí být čl. 4 odst. 1 směrnice 2001/29/ES vykládán v tom smyslu, že umožňuje nositeli výlučného práva na rozšiřování chráněného díla bránit se nabídce prodeje nebo propagaci originálu nebo rozmnoženiny tohoto díla. V potaz musí být bráno i to, že nebylo prokázáno, že nabídka či propagace vedla k nabytí chráněného předmětu kupujícími v Unii. Podle práva EU (stejně jako podle práva českého) má autor výlučné právo rozhodnout o všelijakých způsobech užití svého díla.¹ Členské státy stanoví pro autory výlučné právo udělit svolení či zakázat jakoukoliv formou veřejného rozšiřování originálů jejich děl či jejich rozmnoženin prodejem nebo jiným způsobem. Prvním prodejem nebo jiným prvním převodem vlastnického práva k originálu nebo k rozmnoženině díla v hmotné podobě uskutečněného autorem či se souhlasem autora na území EU vyčerpá právo autora na rozšiřování pro území Evropské unie. Dílo tak za splnění uvedených podmínek může být dále nabízeno k prodeji, k čemuž již není nutný souhlas autora, protože jeho právo na rozšiřování již bylo vyčerpáno.

Rozšiřováním ve smyslu autonomního pojmu unijního práva se rozumí zpřístupňování díla v hmotné podobě prodejem nebo jiným převodem vlastnického práva k originálu nebo rozmnoženině díla, včetně jejich nabízení za účelem prodeje či jiného převodu vlastnického práva. Soudní dvůr konstatoval, že pod pojmem veřejné rozšiřování ve smyslu čl. 4 odst. 1 směrnice 2001/29/ES se skrývá řada operací. Obchodník je tedy odpovědný za každou operaci, která vede k veřejnému rozšiřování

¹ GANTNER Filip: K otázce vyčerpání práva na rozšiřování autorského díla v případě změny jeho nosiče. Epravo.cz. [Online] Epravo.cz a.s., publikováno 13. 08. 2015. [cit. 21. 09. 2015]. ISSN 1213-189X. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/k-otazce-vycerpani-prava-na-rozsirovani-autorskeho-dila-v-pripade-zmeny-jeho-nosice-98473.html>.

v členském státě. Spadají sem i úkony předcházející uzavření kupní smlouvy. V případě uzavření smlouvy o prodeji a následném zaslání je prvek veřejného rozšiřování považován za prokázaný. Uvedené ovšem platí i pro nabídky k uzavření kupní smlouvy, kdy se jedná o akty předcházející uskutečnění samotného prodeje.

Konkrétně v tomto případě jsme se setkali s nezávaznou propagací, jenž se týkala chráněného předmětu. I podobně zaměřovaná reklama na veřejnost s bydlištěm v určitém členském státě se zvláštním systémem dodání a platby se řadí jako úkon veřejného rozšiřování.

Soudní dvůr obecně cílí k přiznání vysoké úrovně ochrany autorům a jejich dílům, což je jeden z hlavních cílů směrnice 2001/29. Tato vysoká úroveň ochrany je zároveň jedním ze základních pilířů, na kterém je postavena harmonizace autorského práva v Evropské unii. Co největší rozsah této ochrany bude zaručen i v budoucnu, aby autoři byli i nadále motivováni ke tvorbě děl, za jejichž užití jim bude uhrazena spravedlivá odměna.

K porušení výlučného práva na rozšiřování definovaným článkem 4. odst. 1 směrnice 2001/29/ES dochází za podmínek, pokud obchodník, který není nositelem autorského práva, provádí prodej chráněných děl nebo jejich rozmnoženin a určitým způsobem je propaguje spotřebitelům (skrze internetové stránky, reklamní letáky, tisk apod.) na území členského státu, v němž jsou tato díla chráněna. Přičemž cílem této propagace musí být podnětí spotřebitele ke koupi.

Z výše vyřčeného vyplývá, že pro konstatování porušení práva na rozšiřování je irelevantní, že tato propagace nevede k převodu vlastnictví chráněného díla nebo jeho rozmnoženiny na nabyvatele, což tvrdila žalovaná společnost Dimensione.

5. ZÁVĚR SOUDU

Soudní dvůr rozhodl následovně: Článek 4 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 musí být vykládán v tom smyslu, že umožňuje nositeli výlučné-

ho práva na rozšiřování chráněného díla bránit se nabídkce prodeje nebo cílené propagaci originálu nebo rozmnoženiny tohoto díla, a to i když není prokázáno, že uvedená propagace vedla k nabytí chráněného předmětu kupujícími v Unii, pokud uvedená propagace podněcuje spotřebitele členského státu, v němž je uvedené dílo chráněno autorským právem, k jeho nabytí.

6. DOPADY PRO PRAXI

Judikatura Soudního dvora Evropské unie jasně naznačuje silnou ochranu autorského práva. Vyjasňuje určité limity, od kterých se členské státy nemohou odchýlit. Nastavuje tedy minimální hranici autorskoprávní ochrany. Nesmíme opomenout především rozsudky *Art & Allposters International* C-419/13, *Peek & Cloppenburg* C-456/06 nebo *Donner* C-5/11, ve kterých je právo na rozšiřování taktéž podrobně rozebíráno.

Lze zhodnotit, že porušení práva na veřejné rozšiřování dle čl. 4 odst. 1 směrnice 2001/29/ES nenastoluje pouze samotný převod vlastnictví originálního díla nebo jeho rozmnoženiny. Jak vyplývá z tohoto rozsudku, porušení zakládá i cílená propagace, která nabízí nabytí originálu nebo rozmnoženiny tohoto díla spotřebitelům nacházejícím se na území členského státu, v němž je toto dílo chráněno.

Hlavním přínosem tohoto rozsudku je, že umožňuje nositeli výlučného práva na rozšiřování chráněného díla bránit se nabídkce prodeje nebo cílené propagaci originálu nebo rozmnoženiny tohoto díla. Samotné toto právo na rozšiřování může být vyčerpáno pouze postupem uvedeným v čl. 4 odst. 2 směrnice 2001/29/ES. V tomto smyslu vyčerpání znamená první prodej nebo jiný převod vlastnictví chráněného předmětu v Evropské unii, který uskutečnil nositel práv nebo byl tento prodej/převod uskutečněn s jeho souhlasem. Pro upřesnění bych rád objasnil situaci, zdali by se jednalo o porušení práva na rozšiřování, pokud by někdo nabízel second hand originální nábytek. Kdyby došlo k prvnímu prodeji chráněných děl se souhlasem nositele výlučného práva na rozšiřování, byl by i druhotný prodej samozřejmě v pořádku a nikoli zásahem do práva na rozšiřování.

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

UZAVÍRÁNÍ “CLICK-WRAP” SMLUV A PROROGAČNÍ DOLOŽKA

PAVEL LOUTOCKÝ*

Soud: Soudní dvůr Evropské unie
Věc: C-322/14
Datum: 21. 5. 2015
Dostupnost: curia.europa.eu

1. SHRnutí SKUTKOVÉHO STAVU

Jaouad El Majdoub, prodejce automobilů usazený v Německu, koupil (click-wrap způsobem) prostřednictvím internetové stránky carsontheweb.com náležející žalované společnosti CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH (COTW), jejíž sídlo se nachází rovněž v Německu, elektrický automobil za velmi výhodnou cenu. Transakce však byla žalovanou společností zrušena, když COTW uvedla, že vozidlo je poškozeno, což bylo zjištěno při přípravě automobilu na jeho přepravu kupujícím. Žalobce však měl za to, že se jednalo o pouhou záminku umožňující zrušit tento prodej, který byl pro prodávajícího vzhledem k nízké prodejní ceně nevýhodný. Podal tedy žalobu k německému soudu, protože se domníval, že společnost má sídlo v Německu.

2. ŘÍZENÍ PŘED NÁRODNÍM SOUDEM

COTW se na základě podané žaloby odvolávala na to, že německé soudy v dané věci nebyly příslušné. Uváděla, že všeobecné podmínky prodeje na internetu dostupné na jejích internetových stránkách obsahovaly dohodu o příslušnosti soudu v Belgii. Nadto COTW uvedla, že jako německá

* prezenční doktorský student, Ústav práva a technologií PrF MU, loutocky@gmail.com

společnost nemá postavení smluvní strany. Tou je její mateřská společnost se sídlem v Belgii, což podpořila i tím, že na vystavené faktuře jsou uvedeny kontaktní údaje belgické společnosti, což mělo být žalobci známo. Žalobce dále rovněž uhradil kupní cenu automobilu na účet vedený v Belgii. Žalobce však namítal, že se prorogační dohoda o příslušnosti belgického soudu stanovená ve všeobecných podmínkách nestala platnou součástí kupní smlouvy, jelikož nemá písemnou formu, kterou vyžaduje článek 23 odst. 1 písm. a) nařízení Brusel I.¹ Jeho hlavním argumentem byl fakt, že stránka se všeobecnými podmínkami se neotevře ani při registraci, ani při jednotlivých nákupech. V konkrétním případě tak bylo nutno kliknout na políčko s odkazem na všeobecné podmínky a nedošlo tedy k otevření dané stránky automaticky.

3. PŘEDBĚŽNÁ OTÁZKA

Za těchto podmínek se německý Landgericht Krefeld rozhodl přerušit řízení a položil Soudnímu dvoru tuto předběžnou otázku:

„Splňuje tzv. ‚click wrapping‘ požadavky kladené na sdělování elektronickými prostředky ve smyslu čl. 23 odst. 2² nařízení [Brusel I]?“³

¹ „Dohodnou-li se strany, z nichž alespoň jedna má bydliště na území členského státu, že v již vzniklém nebo budoucím sporu z určitého právního vztahu má příslušnost soud nebo soudy tohoto členského státu, je příslušný soud nebo soudy tohoto státu. Pokud se strany nedohodnou jinak, je tato příslušnost vylučná. Taková dohoda o příslušnosti musí být uzavřena

a) písemně nebo ústně s písemným potvrzením nebo

b) ve formě, která odpovídá zvyklostem zavedeným mezi těmito stranami, nebo

c) v mezinárodním obchodě ve formě, která odpovídá obchodním zvyklostem, které strany znaly nebo musely znát, a které strany smluv tohoto druhu v daném odvětví obchodu obecně znají a pravidelně se jimi řídí.“

Článek 23 odst. 1. Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. In: EUR-lex [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [vid 17-11-2015]. Dostupné z: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:CS:HTML>.

² „Písemné formě jsou rovnocenná veškerá sdělení elektronickými prostředky, která umožňují trvalý záznam dohody.“ Nařízení Brusel I. Op. cit.

³ Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Landgericht Krefeld (Německo) dne 4. července 2014 – Jaouad El Majdoub v. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH (Věc C-322/14). In: EUR-Lex [online]. Úřad pro publikace [vid 17-11-2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CN0322&qid=1447779490926&from=EN>.

4. ÚVAHY SOUDU

Soud se zabýval v této věci zejména otázkou, zda lze v případě, že se automaticky neotevře stránka s všeobecnými podmínkami, zpochybnit platnost prorogační doložky, která je obsažena ve smlouvě uzavřené elektronickou cestou. Je nutno podotknout, že nařízení Brusel I. výslovně uvádí, že možnost uzavření prorogační doložky je vázána na výslovnou dohodu stran. Soudní dvůr tak již v minulosti rozhodl, že je nutno nejprve zkoumat, jestli bylo stanovení příslušnosti skutečně předmětem souhlasu smluvních stran. Ten musí být vyjádřen jasně a přesně; jedná se tedy o skutečný souhlas.⁴ Soud dovozuje, že k takovému vyjádření souhlasu došlo. Dále zkoumal platnost prorogační doložky vzhledem k možnosti jejího trvalého záznamu. Je nutno nabídnout možnost dlouhodobě zaznamenat dohodu o příslušnosti bez ohledu na to, zda byla reálně taková dohoda kupujícími skutečně dlouhodobě zaznamenána. Je tedy třeba „ověřit, zda je možné vytvořit trvalý záznam elektronické komunikace jejím vytištěním nebo zálohováním na pásku či disku nebo uložením jiným způsobem, a že tomu tak je, i když takový trvalý záznam nebyl ve skutečnosti proveden.“⁵ Faktický záznam tedy není vyžadován jako podmínka platnosti prorogační doložky. Článek 23 odst. 2 nařízení Brusel I. se snaží reagovat na technologický vývoj a jeho účelem je postavit „některé formy sdělení elektronickými prostředky naroveň písemné formě s cílem zjednodušit uzavírání smluv elektronickou cestou, neboť k předání dotčených informací dojde i v případě, jsou-li zpřístupněny vyvoláním na obrazovce. Aby mohl elektronický přenos nabídnout stejné záruky, zejména co se týče důkazů, postačí, aby bylo „možno“ informace uložit a vytisknout před uzavřením smlouvy.“⁶

⁴ Bod 15. Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 20. února 1997 ve věci C-106/95. In: *EUR-Lex* [online]. Úřad pro publikace [vid 18-11-2015]. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=cs&jur=C,T,F&num=C-106/95>.

⁵ Bod 34. Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 21. května 2015 ve věci C-322/14. In: *EUR-Lex* [online]. Úřad pro publikace [vid 17-11-2015]. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-322/14>.

⁶ Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 21. května 2015 ve věci C-322/14, bod 36. Op. cit.

Je ale nutno upozornit na to, že soud výslovně zmiňuje, že takovýto výklad nedopadá na situaci, kdy jednou ze smluvních stran je spotřebitel a zdůrazňuje, že zpřístupnění informací týkajících se transakce a prodávajícího pouze prostřednictvím hypertextového odkazu nesplňuje zákonné podmínky požadované v souvislosti s ochranou spotřebitele.⁷

5. ROZHODNUTÍ SOUDU

Soud na závěr tedy konstatoval, článek 23 odst. 2 nařízení Brusel I. musí být vykládán v tom smyslu, že technika vyjádření souhlasu kliknutím se všeobecnými podmínkami kupní smlouvy, jež byla uzavřena elektronickou cestou, přičemž tyto podmínky obsahují dohodu o založení příslušnosti, je sdělením elektronickými prostředky, které umožňuje trvalý záznam dohody, jestliže tato technika umožňuje tisk a uložení textu zmíněných podmínek před uzavřením smlouvy. V daném případě tedy tím, že nebylo v řízení zpochybněno, že vyjádření souhlasu kliknutím umožňuje tisk (dlouhodobé uchování dohody), nemůže být zpochybněna platnost prorogační doložky, i když kliknutím nedošlo k automatickému otevření všeobecných podmínek.

6. ZÁVĚR SOUDU

Soud se však nezabýval otázkou, jestli došlo k platnému uzavření dohody mezi stranami; zdůraznil pouze to, že click-wrap způsob uzavření smlouvy dostatečně umožňuje trvalé uložení záznamu požadované nařízením Brusel I. Rozhodnutí SDEU bude aplikovatelné i na nařízení Brusel I bis, protože znění ustanovení o rovnocennosti písemné a elektronické formy jsou totožná. V případě nového nařízení Brusel I bis v souvislosti s platným sjednáním prorogační doložky tedy bude nutno rovněž zajistit možnost uložení znění takového ujednání trvale způsobem, jak bylo popsáno výše. Rozhodnutí prezentuje názorový posun ke zjednodušení online kontraktace v případě click-wrap smluv. Soudní dvůr však upozornil na to, že přijetí

⁷ Bod 51. Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 5. července 2012 ve věci C-49/1. In: *EUR-Lex* [online]. Úřad pro publikace [vid 18-11-2015]. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=cs&jur=C,T,F&num=c-49/11>.

prorogační doložky uzavřením click-wrap smlouvy a možnost trvalého uložení takového ujednání, nemůže být dostatečné v takovém případě, kdy je jednou ze smluvních stran spotřebitel (kterých je v případě elektronické kontraktace takového druhu většina) a potvrdil tak, že sjednání prorogační doložky daným způsobem není pro spotřebitele možné.

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

PŘEHLED AKTUÁLNÍ JUDIKATURY II/2015

*JAKUB HARAŠTA, PAVEL LOUTOCKÝ, JAKUB MÍŠEK, MATĚJ MYŠKA,
ANNA SLÁNSKÁ, LUCIE STRAKOVÁ*

SDĚLOVÁNÍ GUI VEŘEJNOSTI V INTERNETOVÉ KAVÁRNĚ

Soud: Nejvyšší soud
Věc: 30 Cdo 5008/2014
Datum: 25. 3. 2015
Dostupnost: nsoud.cz

Nejvyšší soud (dále jen „NS“) v této věci rozhodoval ve sporu kolektivního správce Ochranná organizace autorská Sdružení autorů děl výtvarného umění, architektury a obrazové složky audiovizuálních děl o. s. proti žalovanému P. F. Soud musel řešit, zda je zpřístupňování grafických uživatelských rozhraní, která jsou autorskými díly zaznamenanými na pevném disku, v počítačích v internetové kavárně jejím návštěvníkům, možné považovat za sdělování díla veřejnosti, které spadá pod taxativně určený rozsah kolektivní správy dle § 96 odst. 1 písm. d) autorského zákona, tedy právo na odměnu za pronájem originálu nebo rozmnoženiny díla.

NS vycházel ve svém rozhodnutí z rozsudku Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci C-393/09 ze dne 22. října 2010. V tom SDEU konstatoval, že prostřednictvím televizního vysílání nedochází ke sdělování grafického uživatelského rozhraní veřejnosti ve smyslu čl. 3 odst. 1 směrnice 2001/29/ES, jelikož nedochází ke zpřístupnění způsobem umožňujícím interakci.¹ Výkladem a contrario pak NS dospěl k závěru, že v případě interakce s grafickým uživatelským rozhraním jako v případě internetové kavárny se o sdělování díla veřejnosti jedná. NS tak zrušil rozsuh

¹ Bod 57 rozsudku SDEU ve věci C-393/09.

dek Vrchního soudu v Praze, který dospěl k závěru, že uživatel v internetové kavárně grafické uživatelské rozhraní pouze pasivně přijímá, a vrátil mu věc k dalšímu řízení.

Rozhodnutí lze hodnotit jako značně formalistické a nedůsledně argumentované. NS se totiž nezabýval základními a problematickými otázkami plynoucími z rozsudku SDEU, tj. zda se v případě grafického uživatelského rozhraní jedná o autorské dílo a zda se na něj skutečně vztahuje kolektivní správa – pronájem díla (§ 16 AutZ) totiž není možné pojmově slučovat se sdělováním díla veřejnosti (§ 18 AutZ).

DATA RETENTION NA SLOVENSKU

Soud: Ústavný súd Slovenskej republiky
Věc: PL. ÚS 10/2014
Datum: 29. 4. 2015
Dostupnost: portal.concourt.sk

Slovenský Ústavný súd (dále jen „ÚSSR“) svým nálezem zrušil povinnost poskytovatelů služeb elektronických komunikací na Slovensku uchovávat provozní a lokalizační údaje pro účely vyšetřování trestných činů. Připomeňme, že tato povinnost byla do slovenského právního řádu vnesena na základě směrnice 2006/24/ES, která byla rozhodnutím SDEU ve spojených věcech C-293/12 a C-594/12 prohlášena za neplatnou.

Argumentace ÚSSR se do značné míry na rozhodnutí SDEU o neplatnosti směrnice odvolává a také kopíruje argumentační linii, kterou použil Ústavní soud (dále jen „ÚS“) v roce 2011 ve věci sp. zn. Pl. ÚS 24/10.² ÚSSR tak konstatuje, že plošné a preventivní uchovávání údajů představuje rozsáhlý zásah do práva na soukromí.³ Hlavní problém soud spatřoval zejména v neurčitosti a plošnosti, což vedlo k zasažení osob, které se na trestné činnosti (natož závažné) žádným způsobem nepodílely. Celý proces

² Na tento náleze se pak několikrát explicitně odvolává ve své argumentaci – srov. body 62, 133 a 136 anotovaného nálezu.

³ Zajímavou výhradou k tomuto závěru je nezpůsobilost uchovávání provozních a lokalizačních údajů zasáhnout do podstaty soukromí, viz bod 113 anotovaného nálezu.

uchovávání údajů mohl navíc dle soudu vyvolat v populaci nežádoucí pocit neustálého sledování.⁴ Dalším zásadním problémem právní úpravy byla dle soudu příliš široce nastavená možnost přístupu orgánů činných v trestním řízení k uchovávaným údajům. Ačkoli tento institut měl sloužit jako pomoc v boji proti závažné kriminalitě, tento fakt nebyl v trestním řádu nijak reflektován.⁵ Je pak na zákonodárci, aby určil, u kterých činů veřejný zájem převáží v podobě uchovávání údajů nad ochranou soukromí, a aby stanovil dostatečné záruky, které zajistí, že nebude do práva na soukromí nepřiměřeně zasazeno.

PROPAGACE VÝROBKŮ CHRÁNĚNÝCH AUTORSKÝM PRÁVEM

Soud: Soudní dvůr Evropské unie

Věc: C-516/13

Datum: 13. 5. 2015

Dostupnost: curia.europa.eu

Společnost Dimensione, která prodává nábytek v Evropě a nabízí jej na své webové stránce, propagovala na této stránce nábytek, který německá společnost Knoll měla za napodobeniny nebo padělků děl (stylového nábytku), které sama vyrábí. Knoll proto podala na Dimensione žalobu, kterou se domáhala, aby byl prodej tohoto údajně padělaného nábytku v Německu zakázán na základě toho, že je jakožto dílo užitého umění chráněno autorským právem a společnost Dimensione porušila práva společnosti Knoll propagací rozmnoženin děl. Po podání několika opravných prostředků bylo řízení přerušeno a SDEU byly položeny předběžné otázky ohledně práva na rozšiřování díla.

SDEU uvedl, že „veřejné rozšiřování prodejem“ má stejný význam jako „zpřístupnění veřejnosti prodejem“, které v sobě nese řadu různých opera-

⁴ Viz bod 107 anotovaného nálezu, kde se ÚSSR odvolává na rozsudek SDEU ve spojených věcech C-293/12 a C-594/12.

⁵ Toto bylo ostatně vytýkáno i původní úpravě v České republice, srov. body 47 a 48 nálezu ÚS ze dne 22. 3. 2011 ve věci sp. zn. Pl. ÚS 24/10.

cí.⁶ Obchodník je odpovědný za každou jednotlivou operaci, pokud ji sám uskuteční nebo je provedena na jeho účet. Úkony předcházející uzavření kupní smlouvy mohou být tedy taktéž součástí zpřístupnění veřejnosti. Taktéž propagace spadá do těchto úkonů uskutečněných za účelem prodeje a obchodník, který se zaměřuje na určitý členský stát nebo umožňuje nějakým způsobem dodání rozmnoženin děl, provádí „veřejné rozšiřování“ dle čl. 4 odst. 1 směrnice 2001/29/ES.⁷ Pro porušení práva na rozšiřování není důležité, zda propagace vede k převodu vlastnictví chráněného díla nebo jeho rozmnoženiny. Přestože SDEU v rozsudku Peek & Cloppenburg (C-456/06) rozhodl, že veřejné rozšiřování díla nebo jeho rozmnoženiny je spojeno s převodem vlastnictví tohoto předmětu,⁸ nyní udává, že porušení lze konstatovat i v případě, kdy je prostřednictvím cílené propagace nabízeno nabytí díla nebo jeho rozmnoženiny.⁹

OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ PACHATELE TRESTNÉHO ČINU

Soud: Městský soud Praze
Věc: 11A 77/2012
Datum: 19. 5. 2015
Dostupnost: uoou.cz¹⁰, nssoud.cz¹¹

Společnost ekolo.cz s.r.o. zveřejnila na svých webových i Facebookových stránkách z kamerového systému získanou fotografii podezřelé osoby při krádeži jednoho z kol, díky čemuž byl pachatel nakonec dopaden a odsouzen. ÚOOÚ danou situaci vyhodnotil jako nezákonné zpracování osobních údajů a pokutoval společnost za nesplnění povinností správce – zejména z důvodu použití údajů k jinému účelu, než ke kterému byly sbírány, kvůli absenci zákonného důvodu pro zpracování a nesplnění ohlašovací po-

⁶ Bod 24 anotovaného rozsudku.

⁷ Bod 28 anotovaného rozsudku

⁸ Bod 41 rozsudku SDEU ve věci C-456/06.

⁹ Bod 33 anotovaného rozsudku.

¹⁰ Dostupné na https://www.uoou.cz/VismoOnline_ActionScripts/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=15525 [8. 12. 2015].

¹¹ Dosud nezaevidováno [8. 12. 2015].

vinnosti. Dle ÚOOÚ byla totiž účelem zpracování toliko možnost předání záznamu orgánům činným v trestním řízení a autonomním zveřejnění fotografie na internetu společnost překročila limit tohoto účelu. V otázce účelu zpracování ÚOOÚ značně formalisticky tvrdí, že pro tento účel (zveřejnění fotografie na internetu) je nezbytný souhlas subjektu údajů. Důvod zpracování dle § 5 odst. 2 písm. e) zákona o ochraně osobních údajů (dále jen „ZOOÚ“), tedy ochrana práv a právem chráněných zájmů správce, by byl dle ÚOOÚ použitelný pouze pokud by nedošlo ke zveřejnění fotografie. Městský soud v Praze (dále jen „MSP“) se s interpretací ÚOOÚ neztotožnil a s odkazem na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 1 As 113/2012-133 zohlednil konkrétní skutkový stav.¹² Při zhodnocení přiměřenosti aplikace výše zmíněného ustanovení ZOOÚ MSP lapidárně konstatuje to, co napoví intuice, pokud není zanesená vrstvou formalismu: „Soud má za to, že pachatel trestné činnosti, který úmyslně odcizí majetek, který mu nepatří, musí počítat s tím, že jeho práva na ochranu osobní identity nebudou chráněna stejně jako práva osob, které jednájí v souladu se zákonem.“¹³ Soud dospěl k závěru, že v této otázce měl ÚOOÚ aplikovat ustanovení § 5 odst. 2 písm. e) zákona a v důsledku toho od potrestání upustit. ÚOOÚ podal proti rozhodnutí kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu.¹⁴

UZAVÍRÁNÍ “CLICK-WRAP” SMLUV A PROROGAČNÍ DOLOŽKA

Soud: Soudní dvůr Evropské unie
Věc: C-322/14
Datum: 21. 5. 2015
Dostupnost: curia.europa.eu

Případ se týkal platnosti prorogační doložky při prodeji elektrického automobilu uzavřením “click-wrap” smlouvy prostřednictvím webové stránky prodejce. Soud posuzoval, zda došlo k platnému uzavření smlouvy v soula-

¹² Strana 9 anotovaného rozhodnutí, 1. odstavec.

¹³ Strana 9 anotovaného rozhodnutí, 2. odstavec.

¹⁴ Kasační stížnost je řešena pod sp. zn. 3 As 118/2015.

du s nařízením č. 44/2001 (dále také „Brusel I“). Nařízení stanovuje, že prorogační doložka musí být uzavřena ústně nebo písemně. Pod tento požadavek je zahrnuta rovněž elektronická kontraktace ve chvíli, kdy jsou podmínky dohody řádným způsobem zaznamenány. Soud tedy přezkoumával, zda lze v případě uplatnění techniky vyjádření souhlasu „kliknutím“ zpochybnit platnost ustanovení o soudní příslušnosti, které je obsaženo ve smlouvě uzavřené elektronickou cestou v souladu čl. 23 odst. 2 nařízení Brusel I. Účelem tohoto ustanovení je postavit některé formy sdělení elektronickými prostředky naroveň písemné formě s cílem zjednodušit uzavírání smluv elektronickou cestou.¹⁵ Aby mohl elektronický přenos nabídnout stejné záruky, zejména co se týče dokazování v případném sporu, postačí pak, aby bylo možno informace uložit a vytisknout před uzavřením smlouvy.¹⁶ Soud se tak do jisté míry vymezil vůči své předchozí rozhodovací praxi¹⁷ s poukazem na specifickou dikci čl. 23 odst. 2 Nařízení Brusel I, která nevyžaduje výslovně přenos informací na trvalém nosiči¹⁸ (na rozdíl od čl. 5 odst. 1 směrnice 97/7/ES vykládané v rámci řízení ve věci C-49/11). Informace o uložení a tisku se tedy nemusí zobrazovat vždy při každém nákupu a poskytnutím odkazu jsou zde naplněny podmínky kladené nařízením Brusel I.

K OTÁZCE ELEKTRONICKÉHO DORUČOVÁNÍ V RÁMCI INSOLVENČNÍHO ŘÍZENÍ

Soud: Nejvyšší soud České republiky
Věc: 29 NSCR 29/2013
Datum: 28. 5. 2015
Dostupnost: nsoud.cz

Insolvenční správce řádně vyznamenal věřitele o tom, že jeho pohledávka byla v insolvenčním řízení popřena co do pravosti a výše. V řízení bylo ne-

¹⁵ Bod 36 anotovaného rozsudku.

¹⁶ Tamtéž.

¹⁷ Bod 51 rozsudku SDEU ve věci C-49/11.

¹⁸ Bod 37 anotovaného rozsudku.

sporné, že toto vyzoomění došlo právnímu zástupci společnosti dne 15. března 2012 na e-mailovou adresu a bylo opatřeno zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu, vydaném akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb. Toto vyzoomění také bylo potvrzeno dne 22. března 2012 ze strany zaměstnance právního zástupce jako přijaté. V souladu s § 198 odst. 1 insolvenčního zákona (dále jen „IZ“) je pro posouzení, zda se po uplynutí lhůty k podání žaloby o určení pohledávky nepřihlíží k popřené nevykonatelné pohledávce určující řádné doručení vyzoomění o popření pohledávky. Společnost po té, co došlo k marnému uplynutí lhůty pro podání žaloby, namítala, že při doručování písemností insolvenčním správcem je třeba vždy přiměřeně použít příslušná ustanovení občanského soudního řádu (dále jen „OSŘ“), v tomto případě § 47 – výjimkou má být pouze § 76 IZ. NS v pozici dovolacího soudu uzavřel, že toto tvrzení není pravdivé. Insolvenční správce dle NS má možnost doručovat osobně v pozici soudního doručovatele (v souladu s § 76 odst. 2 IZ), ale mj. také veřejnou datovou sítí. V tu chvíli je v postavení soukromé osoby a již sama tato jeho povaha vylučuje použití ustanovení OSŘ o doručování písemností. Analogická aplikace OSŘ vyžadující potvrzení datovou zprávou podepsanou uznávaným elektronickým podpisem do 3 dnů od odeslání (§ 47 odst. 2 OSŘ) tak není možná.

BEZPLATNÉ VEŘEJNÉ ZPŘÍSTUPNĚNÍ TECHNICKÝCH NOREM VE STAVEBNICTVÍ

Soud: Nejvyšší správní soud
Věc: 1 As 162/2014
Datum: 28. 5. 2015
Dostupnost: www.nssoud.cz

Žadatel podal dle zákona o svobodném přístupu k informacím (dále jen „ZoInf“) u Úřadu pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví (dále jen „Úřad“) žádost o poskytnutí: 1. seznamu všech technických norem (ČSN, ČSN EN), podle kterých stanoví povinnost postupovat stavební zákon a prováděcí předpisy; 2. internetových adres a všech míst, kde jsou

tyto technické normy bezplatně a veřejně dostupné; 3. plného znění těchto technických norem. Úřad odmítl normy poskytnout s poukazem na § 5 odst. 6 zákona č. 22/1997 Sb. (dále jen “ZoTPV), který stanovuje, že technické normy jsou poskytovány za úplatu. Ministerstvo průmyslu a obchodu i Městský soud v Praze v opravných prostředcích s poukazem na komplexnost úpravy v ZoTPV rozhodnutí potvrdily. Při posuzování věci hledal NSS odpověď na otázku, zda ZoTPV vylučuje aplikaci ZoINF a na výklad § 196 Stavebního zákona o bezplatném veřejném přístupu k normám ve stavebnictví. NSS se tak vyjádřil mimo jiné i ke vztahu obecných a indikativních odkazů na technické normy, kdy uzavřel, že v případě indikativního odkazu musí právní úprava definovat minimální povolený standard.¹⁹ Pokud ten k dispozici není, jedná se o výlučný odkaz na technickou normu a ta tak musí být k dispozici bezplatně.²⁰ NSS tak dospěl k závěru, že pokud neexistuje zákonný důvod pro odepření žádosti dle ZoINF, musí být dodržen „*pozitivní závazek bezplatného a veřejného zpřístupnění technických norem ve stavebnictví.*“²¹ Tento závěr NSS se ale netýká obecně všech technických norem.²² Podmínky veřejnosti a bezplatnosti pak může Úřad naplnit mj. i zveřejněním online na svých internetových stránkách. Z důvodu nesprávného posouzení právních otázek tak NSS rozsudek zrušil a vrátil věc k dalšímu řízení, v němž bude muset Městský soud v Praze zjistit, zda neexistují případné jiné zákonné důvody pro odmítnutí žádosti.

¹⁹ Body 40 až 44 anotovaného rozsudku.

²⁰ Srov. explicitní výklad bezplatnosti v bodě 38 anotovaného rozsudku.

²¹ Bod 54 anotovaného rozsudku.

²² Bod 51 anotovaného rozsudku.

MOBILNÍ KOMUNIKAČNÍ SLUŽBY NEJSOU UNIVERZÁLNÍ SLUŽBA

Soud: Soudní dvůr EU
Věc: C-1/14
Datum: 11. 6. 2015
Dostupnost: curia.europa.eu

Soudní dvůr Evropské unie SDEU ve sporu telekomunikačních společností Base Company NV a Mobistar NV proti belgické Radě ministrů podal výklad směrnice 2002/22/ES o univerzální službě ohledně financování zvláštních sociálních sazeb. K překonání tzv. „digital divide“ zavedla belgická vláda v roce 2012 speciální fond pro univerzální službu v oblasti sociálních sazeb, jehož smyslem je poskytovat náhrady každému operátorovi, který nabízí sociální sazby za telekomunikační služby pro specifické příjmové skupiny obyvatelstva a pro kterého tento postup zároveň představuje ne-spravedlivou zátěž. Financování tohoto fondu zajišťují telekomunikační společnosti s ročním obratem rovným nebo vyšším než 50 miliónů EUR. Právě výše uvedené společnosti pak měly za to, že se jedná o diskriminační daň, která je v rozporu s unijním právem. Belgický ústavní soud pak v jimi iniciovaném řízení podal předběžné otázky týkající se výkladu čl. 9²³ a čl. 13 odst. 1 písm. b) směrnice 2002/22/ES, a tedy zda se národní legislativa plynoucí z těchto článků uplatní i na mobilní komunikační služby nebo na předplacený přístup k internetu.

Názor SDEU pak byl poměrně lakonický, když konstatoval, že „slovní spojení ‚v pevném místě‘ je v rozporu se slovem ‚mobilní‘“²⁴ a mobilní komunikační služby jsou tak pojmově vyloučeny z minimálního souboru univerzálních služeb. Dále pak uvedl, že členské státy sice mohou zavést mobilní komunikační služby jako veřejně přístupné „povinné doplňkové

²³ A nepřímě pak i čl. 4 směrnice 2002/22/ES, který zakotvuje, že členské státy mají jako univerzální službu zajistit poskytování přístupu v pevném místě a poskytování telefonních služeb.

²⁴ Bod 36 anotovaného rozsudku.

služby“ ve smyslu čl. 32 směrnice 2002/22/ES, avšak na jejich financování se nemohou podílet pouze určité podniky.²⁵

POSUZOVÁNÍ PROJEKTŮ VÝZKUMU A VÝVOJE ZNALCEM V DAŇOVÉM ŘÍZENÍ

Soud: Nejvyšší správní soud

Věc: 10 Afs 24/2014

Datum: 11. 6. 2015

Dostupnost: www.nssoud.cz

NSS v tomto řízení vyjasnil postup správce daně při posuzování projektů výzkumu a vývoje tím, že daňovou správu dále nabádá k aplikaci § 95 odst. 1 písm. a) daňového řádu o ustanovení znalce v odborných otázkách, pro jejichž vyřešení nedisponují úřední osoby dostatečnými znalostmi. To je dle NSS i případ, kdy poplatník daně hodlá postupovat dle § 34 zákona o daních z příjmů a snížit si daňový základ o výdaje na realizaci výzkumné a vývojové činnosti.

Strojírenská společnost fortell, s. r. o. vyráběla formy a nástroje k následné sériové výrobě dílů na základě zadání zákazníka, přičemž samotný způsob výroby byl ponechán na společnosti. Dle mínění společnosti docházelo při realizaci zakázek k naplnění podmínek pro uplatnění odečitatelné položky.

Správce daně ukončil daňovou kontrolu za zdaňovací období 2008 a 2009 vydáním platebních výměrů a daň z příjmů právnických osob doměřil, neboť mělo dojít k neoprávněnému uplatnění odpočtu, protože výroba nepředcházela ani při ní neprobíhala výzkumná či vývojová činnost. To správce daně dovodil z faktu, že společnost využívala stávající technologie a zakázky ve sto procentech případů kladně vyřídila. Po odvolání k Finančnímu ředitelství v Hradci Králové a žalobě ke krajskému soudu namítala společnost v kasační stížnosti zejména to, že správce daně šel nad rámec zákonné úpravy v zákoně o daních z příjmů. Společnost také namítala, že

²⁵ Bod 43 anotovaného rozsudku, srov. recitál 25 směrnice 2002/22/ES.

během daňové kontroly nebyly zohledněny všechny relevantní důkazy, zejména pak technická data (dokumentace, výkresy a technické popisy výroby) a vyjádření odborníků. NSS tak uzavřel, že finální zhodnocení, zda lze projekt považovat za projekt výzkumu a vývoje, je s přihlédnutím k Pokynu Ministerstva financí D-288 na správních orgánech.²⁶ Ty ale nemohou učinit rozhodnutí bez prozkoumání skutkového stavu. K tomu ale, vzhledem ke značnému množství důkazních prostředků technického charakteru, v tomto řízení nedošlo.²⁷

DATA RETENTION V BELGII

Soud: Ústavní soud Belgie
Věc: Arrêt n° 84/2015
Datum: 11. 6. 2015
Dostupnost: const-court.be

Komory francouzsky a německy mluvících advokátů společně²⁸ s belgickou Ligou lidských práv²⁹ usilovaly v tomto řízení o zrušení belgického zákona o uchování dat poskytovatelem internetového připojení a telefonních služeb. Hlavním argumentem ze strany advokátních komor byla obava z možného porušení advokátní mlčenlivosti při uchovávání metadat o jednáních mezi advokáty a jejich klienty. Druhý stěžovatel pak obecně namítal zásah národní legislativy do práv garantovaných Chartou základních práv EU – zejména čl. 7, 8 a 47, ale také porušení čl. 52 odst. 1, která stanovuje podmínky proporcionality omezení práv garantovaných Chartou. Za zmínku stojí argument z vyjádření Rady ministrů Belgie. Proti zrušení uchovávání provozních a lokalizačních údajů Rada namítala, že provozní a lokalizační údaje jsou a budou stejně uchovávány na základě jiných předpisů, zejména za účelem vyúčtování. Rada také argumentovala

²⁶ Jedná se o právní otázku, viz bod 29 anotovaného rozsudku.

²⁷ Srov. bod 34 anotovaného rozsudku, kde NSS uzavřel, že při předkládání důkazů, které lze bez odborného posouzení označit za irelevantní, není znaleckého posudku třeba.

²⁸ Jednalo se o dva nezávisle podané návrhy sloučené do jednoho řízení.

²⁹ Jedná se o organizace Liga voor Mensenrechten a Ligues des Droits de l'Homme.

tím, že implementace opatření, která by umožňovala respektovat profesní tajemství, by byla neúměrně náročná.³⁰

Soud nejdříve v podstatě zrekapituloval důvody, pro které byla zrušena směrnice 2006/24/ES. V rozhodnutí soudu se vyskytují body 48 až 66 rozhodnutí SDEU ve spojených věcech C-293/12 a C-594/12, na které soud dále odkazoval. Zejména uvedl, že za obzvláště problematické momenty národní úpravy považuje nediskriminační povahu uchovávání údajů,³¹ která nerespektovala dokonce ani povinnost mlčenlivosti chráněnou jinými předpisy.³² Nakonec tak soud, jak ostatně explicitně uvedl,³³ celou úpravu zrušil z týchž důvodů, které vedly SDEU ke zrušení směrnice 2006/24/ES.

PŘÁVO NA INFORMACE – DALŠÍ KAPITOLA V SÁZE SEZNAM V. CHAPS

Soud: Ústavní soud
Věc: I. ÚS 3930/14
Datum: 16. 6. 2015
Dostupnost: nalus.usoud.cz

Ústavní soud (dále jen „ÚS“) přinesl další díl zdánlivě nekončící ságy Seznam.cz v. CHAPS, kterou dochází k upřesňování interpretace zákona č. 106/1999 Sb. (dále jen „ZoINF“). Po nabytí právní moci rozhodnutí, které určilo společnost CHAPS jako povinný subjekt dle ZoINF,³⁴ společnost CHAPS požadované informace společnosti Seznam neposkytla. Společnost Seznam se po neposkytnutí informací bránila žalobou na nečinnost dle Soudního řádu správního. Zatímco Krajský soud v Brně³⁵ jí ochranu poskytl, NSS nikoli³⁶ s tvrzením, že Seznam nemá v tomto konkrétním případě na

³⁰ Bod A.5.6 anotovaného rozhodnutí.

³¹ Bod B.10.1 anotovaného rozhodnutí.

³² Zde srov. bod 58 rozsudku SDEU ve spojených věcech C-293/12 a C-594/12.

³³ Bod B.11 anotovaného rozhodnutí.

³⁴ Jednalo se o rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62A 26/2012-129, kasační stížnost proti němu byla odmítnuta usnesením NSS č. j. 5 As 57/2013-16.

³⁵ Srov. závěry v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62A 85/2013-47.

³⁶ Srov. závěry v rozsudku NSS č. j. 3 As 26/2014-62.

soudní ochranu svého práva nárok, protože zmeškal lhůtu na podání stížnosti pro nečinnost dle § 16a odst. 1 písm. b) ZoINF.

ÚS odmítl³⁷ tuto interpretaci NSS s tím, že s možností počátku běhu lhůty právní mocí rozhodnutí ZoINF výslovně nepočítá. NSS tak zákonem předpokládané důvody aplikoval analogicky v neprospěch společnosti Seznam.cz³⁸ a tím zasáhl do práva na spravedlivý proces.³⁹ ÚS dále konstatoval, že výklad procesních norem v řízení, ve kterém se osoba domáhá ochrany svého základního práva, musí být veden tak, aby tyto procesní normy byly účinné v praxi.⁴⁰

ÚS se vypořádal i s argumentací CHAPS ohledně právní jistoty kdy uvedl: „[J]e vůbec otázkou, zda aplikace třicetidenní lhůty v nyní posuzovaném případě vůbec sleduje legitimní cíl ochrany právní jistoty (...). Nejde tedy o situaci, kdy povinný subjekt třeba omylem opomene vyřídit žádost o informace. CHAPS o pravomocném rozsudku krajského soudu (...) věděla a celé žádosti o poskytnutí informace, jak vyplývá z rozsáhlé právní obrany, věnovala velmi pečlivou pozornost. CHAPS se však vědomě rozhodla rozsudek krajského soudu ignorovat (...).“⁴¹ Ústavní soud zrušil rozsudek NSS s odůvodněním, že při interpretaci zákona o svobodném přístupu k informacím je třeba zvolit takovou interpretaci, která je příznivější pro realizaci práva na informace.

³⁷ ÚS uvedl, že není možné výklad provedený NSS považovat za arbitrární či zjevně nesprávný – pouze výklad provedený krajským soudem v Brně lépe šetřil práva stěžovatelky. Viz bod 34 anotovaného nálezu.

³⁸ Bod 29 anotovaného nálezu.

³⁹ Bod 33 anotovaného nálezu.

⁴⁰ Bod 38 anotovaného nálezu.

⁴¹ Bod 32 anotovaného rozsudku.

PŘESHRAŇIČNÍ VÝKON ROZHODNUTÍ PŘI PORUŠENÍ PRÁV Z OCHRANNÉ ZNÁMKY

Soud: Soudní dvůr Evropské unie

Věc: C-681/13

Datum: 16. 6. 2015

Dostupnost: curia.europa.eu

Nizozemská společnost Diageo Brands je majitelkou ochranné známky „Johnny Walker“. Whisky této značky uvádí na trh v Bulharsku prostřednictvím výhradního místního dovozce. V roce 2007 byl do přístavu Varna dopraven kontejner pocházející z Gruzie, který obsahoval lahve značky „Johnny Walker“ a byl určen společnosti Simiramida. Tato společnost uvádí na trh v Bulharsku alkoholické nápoje. Společnost Diageo Brands měla za to, že dovozem tohoto nákladu bezu jejího souhlasu došlo k porušení práv z ochranné známky a požádala bulharský soud o zabavení nákladu. Bulharský soud požadavek, v rozporu s unijním právem,⁴² zamítnul. Diageo Brands poté namítala nemožnost uznání tohoto rozhodnutí v Nizozemsku s poukazem na rozpor s veřejným pořádkem ve smyslu čl. 34 nařízení Brusel I. Nizozemský Hoge Raad der Nederlanden proto přistoupil k položení předběžné otázky.

SDEU v řízení o předběžné otázce uzavřel, že samotný fakt, že rozhodnutí vydané v jednom členském státě porušuje unijní právo, neodůvodňuje neuznání tohoto rozhodnutí v jiném členském státě z důvodu rozporu s veřejným pořádkem. Toto porušení unijního práva by totiž muselo být kvalifikované, tedy představovat zjevné porušení právního pravidla, které je v unijním právním řádu považováno za zásadní.⁴³

V rámci tohoto řízení došlo rovněž k vyjasnění věcné působnosti ustanovení týkajícího se náhrady škody dle čl. 14 směrnice 2004/48/ES. SDEU konstatoval, že tento článek se vztahuje rovněž na náklady vynaložené

⁴² Bod 27 anotovaného rozsudku.

⁴³ Bod 68 anotovaného rozsudku.

účastníky řízení v rámci žaloby podané v jednom členském státě, která zní na náhradu škody způsobené zabavením zboží v jiném členském státě, jehož cílem bylo předejít porušení práva duševního vlastnictví.⁴⁴

POSLANECKÁ INDEMNITA NA SOCIÁLNÍCH SÍTÍCH

Soud: Ústavní soud
Věc: I. ÚS 3018/14
Datum: 16. 6. 2015
Dostupnost: nalus.usoud.cz

ÚS se v tomto řízení zabýval případem exposlance Otto Chaloupky, který na sociální síti Facebook zveřejnil v rámci jednoho z příspěvků několik výroků o Romech. V návaznosti na tyto své výroky bylo zahájeno trestní stíhání pro přečin podněcování k nenávisti vůči skupině osob. Exposlanec argumentoval tím, že výroky zveřejnil jako poslanec přímo ze sněmovny a proto nemůže být stíhán. Posledním, kdo této argumentaci nepřisvědčil, byl NS.⁴⁵ Chaloupka tak jeho usnesení napadl ústavní stížností pro rozpor s právem na hmotněprávní exempci ve smyslu čl. 27 odst. 2 Ústavy ČR a právem na svobodu projevu dle čl. 17 LZPS.

Ústavní soud se v řízení zabýval třemi otázkami pro zjištění, zdali bylo zasaženo do práva exposlance. Ústavní soud uzavřel, v odpovědi na otázku, zda došlo ke sdělení informace nebo vyjádření názoru, konstatoval, že se jednalo o projev vyjadřující názory.⁴⁶ Dále zkoumal, zda k projevu došlo na jednom z „chráněných fór“⁴⁷ a zda projev nesměřoval výhradně navenek, ale byl adresován vůči dalším účastníkům parlamentní debaty.⁴⁸ ÚS dospěl k názoru, že tím, že exposlanec umístil příspěvek na veřejně přístupný profil, zaměřil jej na veřejnosti a tedy výhradně navenek.⁴⁹ Ústavní soud

⁴⁴ Body 69 a 75 anotovaného rozsudku.

⁴⁵ Srov. usnesení Nejvyššího soudu č. j. 3 Tcu 33/2014-26.

⁴⁶ Body 43 až 47 a bod 74 anotovaného nálezu.

⁴⁷ Body 50 až 62 anotovaného nálezu.

⁴⁸ Body 63 až 71 anotovaného nálezu.

⁴⁹ Bod 76 anotovaného nálezu.

tak zúžil předchozí interpretaci poslanecké indemnity, která tak pokrývá jen projevy poslanců k ostatním zákonodárcům. Bylo rovněž řečeno, že výroky na internetu, sociálních sítích nebo pro televizi indemnita nepokrývá. Za podstatný znak indemnity tak není považováno její teritoriální vymezení, ale její vymezení funkční.⁵⁰ Je tak zvažováno směřování daného výroku, tedy jestli je určen primárně zákonodárcům či veřejnosti, a nikoli samotný fakt, jestli byl příspěvek zveřejněn z počítače nacházejícího se v Poslanecké sněmovně.⁵¹

DELFI PŘED VELKÝM SENÁTEM ESLP

Soud: Evropský soud pro lidská práva (Velký senát)
Věc: stížnost č. 64569/09
Datum: 16. 6. 2015
Dostupnost: hudoc.echr.coe.int

Delfi je provozovatelem estonského zpravodajského serveru, kde se po zprávě o úmyslném ničení ledových cest provozovatelem lodní dopravy objevilo velké množství komentářů, které majoritnímu vlastníkovi lodní dopravy vyhrožovaly fyzickou likvidací. Příklad se postupně dostal až k ESLP. Toto rozhodnutí Velkého senátu navazuje na předchozí rozhodnutí ESLP ze dne 10. 10. 2013. Velký senát se v podstatě ztotožnil s předchozím rozhodnutím i jeho odůvodněním.

Delfi nebylo národními orgány uznáno jako benefitující z limitace odpovědnosti podle estonské národní implementace směrnice 2000/31/ES a ani Velký senát v tomto rozhodnutí neseznal porušení článku 10 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.⁵² Implementaci opatření, která umožní efektivně odstraňovat komentáře podněcující násilí, není dle soudu možné považovat za "soukromou cenzuru".⁵³ Soud dále uvedl, že

⁵⁰ Body 61 a 68 anotovaného nálezu.

⁵¹ Srov. závěry NS v usnesení č. j. 3 Tcu 33/2014-26 (rekapitulováno v bodě 8 anotovaného nálezu).

⁵² Bod 153 a 154 anotovaného rozsudku.

⁵³ Bod 157 anotovaného rozsudku.

existující opatření ve formě možnosti nahlásit příspěvek jsou nedostatečná ve vztahu k jednoznačně protiprávním příspěvkům, o které se v tomto případě jednalo.⁵⁴ Nedostatečná jsou zejména kvůli aktivní roli, kterou Delfi plnilo ve vztahu ke zveřejňovaným zprávám.⁵⁵ ESLP poznamenal, že profesionální vydavatel, kterým Delfi je, má být seznámen s národní legislativou a judikaturou nebo má vyhledat právní pomoc pro rozhodování o protiprávnosti příspěvků v diskuzích.⁵⁶ Také má fakticky větší možnost sledovat diskuze, než subjekty poškozené případnými komentáři.⁵⁷

Soud tedy dospěl k názoru, že požadavek aktivně odstraňovat komentáře, které jsou zjevně protiprávní, v diskuzi, nad kterou je vykonáván podstatný stupeň kontroly, není neproporcionálním omezením svobody projevu.⁵⁸

DAROVACÍ DAŇ A POVOLENKY NA EMISE SKLENÍKOVÝCH PLYNŮ ZPĚT PŘED NSS

Soud: Nejvyšší správní soud
Věc: 1 Afs 6/2013
Datum: 9. 7. 2015
Dostupnost: www.nssoud.cz

Po rozhodnutí SDEU ve věci C-43/14 se spor o darovací daň z emisních povolenek na emise skleníkových plynů opět vrátil přes NSS.

NSS v rozhodnutí pochopitelně rekapituloval rozhodnutí SDEU a dospěl k závěru, že darovací dani mohlo být podrobena pouze 10% kusů přidělených povolenek v energetickém odvětví.⁵⁹ NSS dále posuzoval, zda má článek 10 směrnice 2003/87/ES, o vytvoření systému pro obchodování

⁵⁴ Bod 159 anotovaného rozsudku.

⁵⁵ Srov. body 57 a 58 anotovaného rozsudku. ESLP zde také podpůrně použil SDEU ve věci C-291/13.

⁵⁶ Bod 129 anotovaného rozsudku

⁵⁷ Bod 158 anotovaného rozsudku.

⁵⁸ Bod 162 anotovaného rozsudku.

⁵⁹ Bod 55 a 68 anotovaného rozsudku.

s povolenkami na emise skleníkových plynů, přímý účinek. NSS konstatoval, že dle judikatury⁶⁰ je pro konstatování přímého účinku nutné, aby marně uplynula lhůta pro transpozici směrnice, dále musí být dotyčné ustanovení dostatečně přesné a bezpodmínečné a přímou aplikací nesmí dojít k uložení povinnosti jednotlivci.⁶¹ NSS konstatoval, že všechny tyto podmínky byly naplněny⁶² a konkretizovány rozhodnutím SDEU.⁶³

Věc se tak vrací zpět před Odvolací finanční ředitelství, které dostalo od NSS za úkol zjistit, kolik emisních povolenek bylo ŠKO-ENERGO celkem přiděleno v období 2008-2012 a vypočítat, zda bylo v jeho případě zdaněno darovací daní více než 10% povolenek. Pokud ano, pak byl podroben dani neoprávněně (tedy v rozporu s cílem článku 10 směrnice 2003/87/ES). Pokud dojde ke zjištění, že došlo ke zdanění většího množství, než je 10 % povolenek přidělených ŠKO-ENERGO, zjištěný rozdíl na uhrazené dani nemůže státu náležet.⁶⁴

PŘETISKOVÁNÍ ÚDAJŮ Z VEŘEJNÝCH REJSTRÍKŮ V NOVINÁCH

Soud: Evropský soud pro lidská práva

Věc: stížnost č. 931/13

Datum: 21. 7. 2015

Dostupnost: hudoc.echr.coe.int

Finští vydavatelé Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy sbírali a publikovali jinak veřejně dostupná data týkající se daňových subjektů a jejich odvodů. Toto bylo napadeno národními orgány a vydavatelé byli vyzváni k ukončení činnosti. Vydavatelé se bránili soudně a v průběhu řízení před národními orgány došlo k podání předběžné otázky.⁶⁵ V jejím rámci SDEU dospěl k názoru, že všechny aktivity zmíněných vydavatelů

⁶⁰ Rozsudek SDEU ve věci C-41/74.

⁶¹ Bod 80 anotovaného rozsudku.

⁶² Bod 81 anotovaného rozsudku.

⁶³ Bod 28 rozsudku SDEU ve věci C-43/14.

⁶⁴ Bod 85 anotovaného rozsudku.

⁶⁵ Rozsudek SDEU ve věci C-73/07, v textu anotovaného rozsudku nesprávně identifikováno jako C-3/07.

jsou zpracováním osobních údajů a že, byť je novinářskou činností nutno chápat široce,⁶⁶ mají národní orgány posoudit, do jaké míry je činnost vydavatelů možné ještě považovat za žurnalistiku. Podle národních orgánů se pak vykonávaná činnost, zejména kvůli jejímu rozsahu,⁶⁷ nedá považovat za žurnalistiku, ale jde o zpracování osobních údajů.⁶⁸ K tomuto se přiklonil i ESLP.⁶⁹ Pro zpracování vydavateli pak neexistuje žádný legitimní důvod, protože vzhledem k povaze činnosti není možné aplikovat národní implementace výjimky z ochrany osobních údajů pro novinářskou činnost.⁷⁰ ESLP tedy konstatoval, že omezení svobody projevu stěžovatelů sledovalo legitimní cíl v podobě ochrany osobních údajů a soukromí třetích osob.⁷¹ Zároveň konstatoval, že k omezení svobody projevu stěžovatelů došlo po náležitém uvážení finského Nejvyššího správního soudu a s respektem k jeho předcházející rozhodovací činnosti. ESLP v těchto případech vyžaduje závažné důvody pro nahrazení tohoto uvážení uvážením vlastním⁷² - i proto uzavřel, že nedošlo k porušení článku 10 Úmluvy.

MINIMALISTICKÉ POJETÍ PROVOZOVNY SPRÁVCE OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Soud: Soudní dvůr Evropské unie
Věc: C-230/14
Datum: 1. 10. 2015
Dostupnost: curia.europa.eu

V rozhodnutí ve věci *Weltimmo* SDEU řešil otázky použitelného práva a přeshraničního dosahu pravomoci národních úřadů ochrany osobních

⁶⁶ Srov. bod 56 a body 58 až 61 v rozsudku SDEU ve věci C-73/07.

⁶⁷ Rozsah specifikován v bodu 7 anotovaného rozsudku, srov. bod 73 anotovaného rozsudku.

⁶⁸ Bod 10 anotovaného rozsudku.

⁶⁹ Body 68 až 69 anotovaného rozsudku.

⁷⁰ Srov. recitály 17 a 37 a článek 9 směrnice 95/46/ES.

⁷¹ Bod 55 anotovaného rozsudku.

⁷² Srov. bod 107 rozsudku ESLP ve věci *Von Hannover v. Německo* č. 2 (Velký senát) (stížnosti 40660/08 a 60641/08) a bod 88 rozsudku ESLP ve věci *Axel Springer AG v. Německo* (Velký senát) (stížnost 39954/08).

údajů (dále „DPA“) a upřesnil interpretaci pojmu „provozovna správce“. Dle čl. 4 odst. 1 písm. a směrnice 95/46/ES se použijí národní právní ustanovení upravující ochranu osobních údajů tehdy, když správce má na území daného státu provozovnu a v rámci její činnosti je zpracování údajů prováděno. Rozhodnutí Weltimmo navazuje na rozhodnutí ve věci Google Spain,⁷³ kde již SDEU judikoval, že provozovna nemusí sama provádět zpracování údajů,⁷⁴ ale postačuje, že její činnost ekonomicky nebo jinak souvisí s činností, při které ke zpracování dochází. Přítomnost provozovny v národním státě přitom zajišťuje pravomoc DPA nad prováděným zpracováním.⁷⁵

Slovenská společnost Weltimmo nabízela skrze webové stránky v maďarském jazyce službu inzerce nemovitostí nacházejících se v Maďarsku. Inzerenti mohli zadat své údaje a nemovitost do systému a po první měsíc měli využívání služby zdarma. Mnozí se však po uplynutí této doby zkusili ze služby odhlásit a své údaje vymazat, což však Weltimmo neudělala a naopak po nich začala vymáhat poplatky. Tito inzerenti se obrátili na maďarskou DPA, která udělila Weltimmo pokutu ve výši 32 000 Eur. Weltimmo se bránila nepříslušností maďarskou DPA k udělení pokuty.

SDEU určil, že na daný případ se použije maďarské právo a případ spadá do jurisdikce maďarské DPA, protože cílené webové stránky, založený bankovní účet a fyzická osoba operující jako zástupce společnosti v Maďarsku již dostatečně konstituují „provozovnu správce“ ve smyslu směrnice a Weltimmo tedy vykonává v Maďarsku pomocí této „provozovny“ efektivní a skutečnou, byť minimální činnost, v rámci které je prováděno zpracování údajů.

⁷³ Rozsudek SDEU ve věci C-131/12.

⁷⁴ Bod 56 a 58 rozsudku SDEU ve věci C-131/12.

⁷⁵ Bod 78 rozsudku SDEU ve věci C-131/12.

(NE)BEZPEČNÝ PŘÍSTAV

Soud: Soudní dvůr Evropské unie

Věc: C-362/14

Datum: 6. 10. 2015

Dostupnost: curia.europa.eu

Spor v této věci se týkal pravomoci irského Komisaře pro ochranu osobních údajů (dále jen „Komisař“) prověřit možná pochybení při předávání osobních údajů společností Facebook do USA jejich následném zpracování. Max Schrems, uživatel sítě Facebook, spatřoval hlavní problém v možnosti snadného přístupu amerických zpravodajských služeb k osobním údajům evropských občanů, které byly umístěny na amerických serverech. Komisař se však touto stížností odmítl zabývat s odkazem na existující Rozhodnutí Komise č. 2000/520. Tímto rozhodnutím přijatým dle čl. 25 odst. 6 směrnice 95/46/ES byla totiž prohlášena adekvátní úroveň ochrany osobních údajů pro společnosti vedené na seznam tzv. bezpečného přístavu (Safe Haven). Tento seznam je dobrovolný nástroj zajišťovaný americkou Federal Trade Commission (dále jen „FTC“), ke kterému se mohou přihlásit společnosti mající zájem předávání osobních údajů mezi EU USA. FTC garantuje, že společnosti na seznamu uvedené (mj. právě Facebook) dosahují úrovně ochrany osobních údajů, které vyžadují právo EU.

SDEU ve svém rozsudku odmítl argumentaci Komisaře, kdy sice konstatoval, že aktům unijních orgánů (tedy Komise) svědčí presumpce legality,⁷⁶ ale není možné pouze na jejím základě konstatovat nedostatek pravomoci pro přezkum stížností.⁷⁷ Postup Komisaře, který konstatoval nedostatek pravomoci národního úřadu na základě předchozího exekutivního rozhodnutí orgánů EU, tak znamenal závažný zásah do práva na ochranu osobních údajů.⁷⁸ Kromě toho v rámci tohoto řízení SDEU seznal, že v případě předávání osobních údajů do USA reálně adekvátní úroveň ochrany

⁷⁶ Bod 52 anotovaného rozsudku.

⁷⁷ Body 53 až 55 anotovaného rozsudku.

⁷⁸ Bod 58 anotovaného rozsudku.

zajištěna není Rozhodnutí Komise č. 2000/520 s okamžitou účinností zneplatnil.⁷⁹

TOPOGRAFICKÁ MAPA JAKO DATABÁZE

Soud: Soudní dvůr Evropské unie

Věc: C-490/14

Datum: 29. 10. 2015

Dostupnost: curia.europa.eu

SDEU se v tomto řízení zabýval předběžnou otázkou podanou v rámci sporu mezi Spolkovou zemí Bavorsko a rakouským nakladatelstvím Verlag Esterbauer. Spolková země Bavorsko prostřednictvím Zemského úřadu pro zeměměřičství a geografické informace připravuje a vydává topografické mapy a nakladatelství Verlag Esterbauer mělo protiprávně užívat tyto mapy tak, že údaje v nich obsažené využívalo pro tvorbu vlastních map. Předběžná otázka podaná Spolkovým soudním dvorem pak směřovala k odpovědi na otázku, zda je čl. 1 odst. 2 směrnice 96/9/ES možné vykládat tak, že prvky databáze jsou nezávislé při jakékoli informační hodnotě, kterou jsou schopné nést. Tedy jestli je možné topografickou mapu považovat za databázi či nikoli.

SDEU své rozhodnutí v této věci opřel o široké pojetí pojmu „databáze“, které je v rozhodovací praxi již možné považovat za konzistentní.⁸⁰ SDEU zároveň explicitně konstatoval, že samotná analogová povaha topografické mapy není faktorem, který by vylučoval aplikovatelnost směrnice 96/9/ES a národních prováděcích předpisů.⁸¹ Nakladatelství, které z topografické mapy selektivně vytěžovalo zeměpisné údaje o vhodných stezkách pro cyklisty a in-line bruslaře argumentovalo, že informační hodnota informace o umístění prvku po jejím vytěžení z topografické mapy je téměř nulová.⁸² Výsledkem této úvahy tak mělo být konstatování nemožnosti považovat ta-

⁷⁹ Bod 106 anotovaného rozsudku.

⁸⁰ Bod 12 anotovaného rozsudku.

⁸¹ Bod 15 anotovaného rozsudku.

⁸² Bod 18 anotovaného rozsudku.

kovouto informaci za nezávislý prvek. SDEU ale dospěl k názoru, že snížení informační hodnoty prvku jeho vytěžením⁸³ nemusí nutně vylučovat možnost, že se bude jednat o nezávislý prvek.⁸⁴ Prvky, které využívalo nakladatelství ekonomicky samostatně, jsou tedy nezávislými prvky databáze – tyto údaje totiž po vytěžení poskytují relevantní informace.⁸⁵

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

⁸³ Bod 23 anotovaného rozsudku.

⁸⁴ Bod 24 anotovaného rozsudku.

⁸⁵ Bod 28 anotovaného rozsudku.

OCHRANA HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE V TEPELNÉ ENERGETICE

MGR. VIKTOR SZABO, MBL (ENERGY)*

ABSTRAKT

Příspěvek se zabývá problematičnými aspekty vymezení relevantních trhů a posouzení dominantního postavení v oblasti tepelné energetiky.¹ Autor analyzuje rovněž možnosti přístupu třetí strany k rozvodnému tepelnému zařízení z hlediska doktríny essential facilities. Česká republika patří k evropským zemím s vyšším využitím systémů centrálního zásobování teplem. Soustavy zásobování tepelnou energií jsou obecně vnímány jako přirozené monopoly a problematiku zásobování teplem nezřídka posuzuje Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Autor v článku komparativně odkazuje na rozhodovací praxi Evropské komise, německého a slovenského soutěžního úřadu.

KLÍČOVÁ SLOVA

centrální zásobování tepelnou energií, doktrína essential facilities, dominantní postavení, relevantní trh, trh s tepelnou energií

ABSTRACT

This article deals with problematic aspects of the definition of relevant market and the assessment of a dominant position in the heating sector of the Czech

* Autor vystudoval Právnickou fakultu Masarykovy univerzity a mezinárodní evropské energetické právo na Technické univerzitě v Berlíně. Pracoval na Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Specializuje se na právní úpravu v energetických odvětvích. Kontaktní e-mail: szabo.v@gmail.com.

¹ Pojem tepelná energetika v tomto článku zahrnuje oblast výroby, rozvodu a dodávky tepelné energie, a to bez ohledu na to, zda k výrobě tepelné energie dochází centralizovaným nebo decentralizovaným způsobem, pro vlastní spotřebu nebo za účelem dodávky tepelné energie jiné osobě.

Republic. The author analyses also a possibility to apply the essential facilities doctrine with regard to a third party access in district heating networks. In comparison to other European countries, there is a high utilization of district heating systems in the Czech Republic. A district heating system is usually considered to be a natural monopoly and competition law problems in the industry have been often considered before the Czech Office for the Protection of Competition. The author refers in the article also to the decisional practice of the European Commission as well as to decisions of German and Slovak national competition authorities.

KEY WORDS

district heating, dominant position, essential facilities doctrine, heat market, relevant market

1. ÚVOD

Na území České republiky jsou z období ústředně řízeného hospodářství zachovány rozvinuté soustavy centrálního zásobování tepelnou energií.^{2, 3} V současné době se ze systémů centrálního zásobování teplem dodává teplo pro 37,10 % obyvatel České republiky a délka tepelných sítí se pohybuje okolo 10 tisíc km.⁴ Česká republika se v Evropě řadí k zemím s vyšším využitím těchto systémů dodávek tepla.⁵ Soustavy centrálního zásobování teplem jsou obecně považovány za přirozené monopoly. Problematika zásobování teplem se nezdá objevuje také v rámci posuzování zneužití dominantního postavení spojování soutěžitelů.

² Zákon č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a změně některých zákonů (energetický zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „energetický zákon“ nebo „EnerZ“) používá pojem „tepelná energie“, kterou se rozumí energie tepla a chladu (dále také jen „teplo“).

³ Pod pojmem centrálního zásobování teplem se v tomto článku rozumí zásobování centrálního zdroje tepla nebo z blokové kotelny. O jednotlivých způsobech technické realizace zásobování teplem pojednává článek v podrobnostech části 2.

⁴ Vysoká škola báňská, Technická univerzita Ostrava. *Studie stavu teplotrenství*, s. 11. Dostupné z: <http://www.mpo.cz/dokument85256.html> (cit. 2015-09-10).

⁵ Národohospodářská fakulta, Vysoká škola ekonomická. *Studie stavu teplotrenství*, s. 11. Dostupné z: <http://www.mpo.cz/dokument85256.html> (cit. 2015-09-11).

Tento příspěvek se věnuje problematickým aspektům při vymezení relevantních trhů a posuzování dominantního postavení na jednotlivých úrovních trhu s tepelnou energií. Poslední část článku analyzuje možnosti přístupu třetí strany k rozvodnému tepelnému zařízení z pohledu doktríny *essential facilities*. Autor vychází z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a Evropské komise. Komparativně rovněž odkazuje na praxi německého a slovenského soutěžního úřadu.

2. TECHNICKÉ SYSTÉMY ZÁSBOVÁNÍ TEPEM

Dodávka tepelné energie zákazníkům do objektu spotřeby tepla se realizuje v zásadě třemi způsoby.

Se zásobováním z jednoho nebo více centrálních zdrojů se setkáváme při zajišťování dodávek tepla pro území obce nebo její významné části (*centrální zdroj tepla*). V některých případech jsou z jednoho zdroje tepla zásobováni zákazníci v několika obcích. Jedná se zejména o případy dodávek tepla z tepelných elektráren⁶ situovaných v blízkosti sídelných útvarů. Tepelná energie se uvedených zdrojů dopravuje do přilehlých obcí prostřednictvím jednoho nebo více tepelných napáječů.

Tepelná energie vyráběná ve zdroji umístěném v obci, kde dochází k její spotřebě, nebo dopravená na toto území z přilehlého zdroje tepla, se dále distribuuje primárními rozvody tepla. Provozní parametry primárních rozvodů tepla umožňují distribuci většího množství tepelné energie.⁷ Teplo z primárních rozvodů je prostřednictvím tepelných přípojek dodáváno velkoodběratelům (průmyslové podniky, nemocnice apod.) a do některých přilehlých objektů spotřeby. V místech spotřeby dochází v předávacích

⁶ Tepelnou energii lze ale obecně vyrábět samostatně (výtopny) nebo v režimu společné výroby elektřiny a tepla (kogenerační režim – teplárny). V podrobnostech viz části 4.1.2.1.

⁷ Primární rozvody tepla se člení podle pracovního média na horkovodní nebo parní. Případě horkovodních rozvodů je použitým médiem horká voda o teplotě nad 110 °C, která díky vysokému tlaku proudí v soustavě v kapalném skupenství. Parních rozvodech se naopak jako tepelné médium používá pára blízko meze sytosti o tlaku 0,2–1,5 MPa nebo i vyšším. Soustavy centrálního zásobování teplem s parními rozvody se budovaly zejména minulostí, a to především pokud existovala potřeba dodávky páry pro technologické účely. V současnosti jsou parní rozvody z důvodu vysokých technických ztrát zpravidla nahrazovány horkovodními rozvody.

stanicích k transformaci parametrů tepelné energie pro účely technologických procesů, vytápění a přípravy teplé užitkové vody.

Dodávka tepelné energie do ostatních objektů spotřeby v oblastech s její vyšší koncentrací⁸ závisí na zvoleném technickém řešení. Zejména dříve budovaných soustav centrálního zásobování teplem jsou parametry tepelné energie transformovány pro několik objektů spotřeby společně v jedné předávací stanici. Odtud je tepelná energie a teplá užitková voda distribuována prostřednictvím sekundární části rozvodného tepelného zařízení. U novějších technických řešení se sekundární část rozvodného tepelného zařízení nevyskytuje. Nahrazuje ji rozšířená soustava primárních rozvodů tepla, z nichž je tepelná energie dodávána přímo do objektů spotřeby. Úprava parametrů tepelné energie dodané z primárního rozvodu tepla a příprava teplé užitkové vody se realizuje v předávacích stanicích umístěných objektech spotřeby.⁹

V určitých oblastech s vysokou koncentrací spotřeby tepelné energie se z různých důvodů nerealizovaly soustavy zásobování tepelnou energií z centrálního zdroje tepla. I přes tuto skutečnost mohou být objekty v takovéto oblasti zásobovány tepelnou energií ze společného zdroje tepla (*bloková kotelna*). Z pohledu rozlohy území, jehož zásobování teplem slouží, stojí bloková kotelna v pozici předávací stanice tepla v systému zásobování teplem z centrálního zdroje, zahrnujícím sekundární rozvody tepla. V blokové kotelně dochází k produkci tepelné energie, která je dopravována do objektů spotřeby, aniž by bylo třeba upravit její parametry.

Posledním typem technické realizace výroby a dodávky tepla je řešení prostřednictvím domovní kotelny (*individuální / decentralizovaný zdroj tepla*). Domovní kotelna může být umístěna v objektu nebo mimo objekt, k jehož zásobování tepelnou energií slouží. Dodávka tepla se realizuje bez použití rozvodného tepelného zařízení. Na odběrné místo na výstupu ze zdroje navazuje odběrné tepelné zařízení.

⁸ Typicky se jedná o sídliště.

⁹ Parametry tepelné energie se transformují v kompaktní předávací stanici. Kompaktní předávací stanice je určena k individuální regulaci dodávek tepla a přípravě teplé užitkové vody pro konkrétní objekt spotřeby. Její výhodou je zpravidla malá prostorová náročnost.

3. ÚČASTNÍCI TRHŮ S TEPLEM

Působení na trzích s teplem je spjaté s užíváním energetických zařízení pro výrobu a rozvod tepelné energie. Podnikatelé, kteří vykonávají uvedené činnosti, musí mít uvedeným zařízením vlastnické nebo užívací právo.¹⁰ Významnými vlastníky energetických zařízení, jež slouží k výrobě a rozvodu tepla, jsou zejména obce. Tyto osoby někdy nemají z různých důvodů zájem uvedená zařízení samy provozovat. Uvedené subjekty přenechávají předmětná zařízení prostřednictvím rozličných právních titulů podnikání jiným osobám. V souvislosti s identifikací jednotlivých trhů s teplem lze proto současně vymezit těmto trhům nadřazený prostor střetu nabídky a poptávky užívacích a požívacích práv k zařízením na výrobu a rozvod tepla (dále jen „trh užívacích práv tepelným zařízením“). Účastníky trhu užívacích práv k tepelným zařízením jsou jejich vlastníci a osoby, jejichž záměrem je využívat uvedená aktiva k výrobě nebo rozvodu tepla.

Účastníky trhu tepelnou energií lze podle energetického zákona vymezit následovně:

- (a) výrobce tepelné energie,
- (b) distributor tepelné energie (držitel licence na rozvod tepelné energie),
- (c) dodavatel tepelné energie,
- (d) odběratel tepelné energie a
- (e) zákazník.

Trhy s teplem mají lokální povahu. Jejich struktura se z pohledu účastníků liší od působení vertikálně integrovaného podniku¹¹ po výkon jednotlivých činností výrobce, držitele licence na rozvod tepelné energie a dodavatele tepelné energie několika podniky. Míra atomizace výkonu činností na trzích teplem se liší v závislosti od zvoleného obchodního modelu a technického systému dodávek tepla.

¹⁰ Srov. § 5 odst. 3 EnerZ.

¹¹ V případě vertikální integrace činností na trzích s teplem vykonává teplárenský podnik současně činnost výroby, rozvodu a dodávky tepla. Působení vertikálně integrovaného podniku neznamená, že činnosti výroby, rozvodu a dodávky tepla nemohou vykonávat na totožném lokálním trhu i další subjekty (včetně případů, kdy se zásobování realizuje z centrálního zdroje tepla).

3.1 CENTRÁLNÍ ZDROJ TEPLA¹²

Výrobu tepelné energie v systému zásobování centrálního zdroje tepla zabezpečuje jeden nebo vícero tepelných zdrojů. Výrobní tepla připojené k rozvodnému tepelnému zařízení mohou být provozovány jedním nebo několika teplárenskými podniky. Držitelé licencí na výrobu tepla dodávají teplo do rozvodného tepelného zařízení. Držitel licence na rozvod tepla je odběratelem tepelné energie.

Jednotlivé části rozvodného tepelného zařízení mohou provozovat odlišné podniky. V případě dopravy tepelné energie tepelným napáječem z přilehlého tepelného zdroje může tepelný napáječ¹³ provozovat držitel licence na rozvod tepla touto částí rozvodného tepelného zařízení (dále jen „držitel licence na rozvod tepelným napáječem“).

Rozvod tepelné energie na území obce zajišťují primární a/nebo sekundární rozvody tepla. Primární rozvody tepla provozuje na území obce jeden nebo několik držitelů licence na rozvod tepla (dále jen „držitel licence na rozvod tepla primárními rozvody“). Na primární rozvody tepla navazují sekundární rozvody tepla. Jejich provozovatelem je držitel licence na rozvod tepla sekundárními rozvody tepla (dále jen „držitel licence na rozvod tepla sekundárními rozvody“).

Tepelná zařízení na rozvod tepla provozovaná samostatně několika držiteli licencí na rozvod tepla tepelným napáječem, primárními rozvody tepla sekundárními rozvody tepla, představují jediné rozvodné tepelné zařízení. Výrobce dodává tepelnou energii tomu držiteli licence na rozvod tepla, k jehož části rozvodného tepelného zařízení je výrobní připojena. Jednotlivé dodávky výrobců tepla držitelům licencí na rozvod tepla jako odběratelům představují vztahy vznikající při výrobě tepla v systému zásobování z centrálního zdroje tepla. Držitelé licencí na rozvod tepelné energie zabezpečují její rozvod do míst spotřeby.

¹² V následujícím výkladu vychází autor předpokladu výkonu jednotlivých činností na trzích s teplem samostatnými podniky.

¹³ Tepelný napáječ představuje potrubní zařízení pro dopravu (a akumulaci) tepelné energie ze zdroje tepla do oblasti jeho spotřeby. Tepelný napáječ vede zpravidla přes nezastavěné území a dopravuje tepelnou energii na vzdálenosti řádu do desítek kilometrů.

Držitel licence na rozvod tepla je oprávněn vykonávat současně několik činností na jednotlivých trzích teplem. Držitel licence na rozvod tepla tepelným napáječem odebírá teplo od výrobce a distribuuje ho tepelným napáječem. V odběrném místě s držitelem licence na rozvod primárními rozvody tepla držitel licence na rozvod tepla tepelným napáječem dodává tepelnou energii dalšímu účastníkovi trhu. Obdobně držitel licence na rozvod primárními rozvody tepla dodává tepelnou energii držiteli licence na rozvod sekundárními rozvody tepla. Právní vztahy dodávky odběru tepelné energie mezi držiteli licencí na rozvod tepelné energie, kdy nedochází ke konečnému využití tepla těmito subjekty, považujeme za *velkoobchodní trh* s tepelnou energií.

Maloobchodního trhu s tepelnou energií se účastní zejména držitel licence na rozvod tepla, který provozuje technicky nejnižší stupeň rozvodného tepelného zařízení.¹⁴ Držitel licence na rozvod tepelné energie sekundárními rozvody tepla odebranou tepelnou energii rozvádí a dodává zákazníkovi. Zákazník má právo poskytovat odebranou tepelnou energii jiné osobě.¹⁵ Náklady na nákup tepelné energie na tyto osoby rozúčtuje. Právní vztahy mezi držitelem licence na rozvod tepla sekundárním rozvodem tepla zákazníkem představují maloobchodní trh s tepelnou energií.¹⁶

3.2 BLOKOVÁ KOTELNA

Výrobu tepelné energie v systému zásobování teplem z blokové kotelny zajišťuje zpravidla jediný zdroj tepla. Produkce tepla je dodávána výrobní tepla do sekundárních rozvodů tepla, odkud se distribuuje a dodává zákaz-

¹⁴ Podle konkrétního technického řešení jde o sekundární nebo primární část rozvodného tepelného zařízení. *Primární rozvody tepla* sestávají z dvojice potrubních vedení. Jedním z vedení je dopravována tepelná energie do míst spotřeby druhým vedením se vrací ochlazené tepelné médium zpět do výrobní tepelné energie. *Sekundární rozvody tepla* představují dva páry potrubních vedení. První z párů zajišťuje dodávku tepla typicky pro vytápění objektu spotřeby. Jedním z potrubí je dodávána teplá voda do radiátorů v objektu spotřeby druhým potrubím se vrací ochlazená voda zpět do předávací stanice, kde se jí předává tepelná energie. Uvedený pár potrubí sekundárního okruhu rozvodů tepla je provozován s nižšími provozními parametry, než je tomu v případě primárních rozvodů tepla. Druhým párem potrubí cirkuluje teplá užitková voda, odebíraná v objektu spotřeby. předávací stanici se odebrané množství vody doplňuje studenou vodou a předává se jí tepelná energie.

¹⁵ Srov. § 77 odst. 8 EnerZ.

níkovi. Zákazník je oprávněn poskytnout a rozúčtovat odebranou tepelnou energii jiným osobám.

Právních vztahů při dodávce tepla z blokové kotelny se obvykle účastní pouze dva subjekty – podnikatel tepelnou energií, který teplo současně vyrábí, rozvádí a dodává, a zákazníci. Zásobování teplem z blokové kotelny lze proto zásadně charakterizovat jako působení vertikálně integrovaného podniku na trzích výroby, rozvodu dodávky tepla zákazníkům na maloobchodním trhu s tepelnou energií.

3.3 DOMOVNÍ KOTELNA

V systému zásobování teplem z domovní kotelny vykonává činnost výrobce a dodavatele tepla jedna osoba. Vyrobené teplo dodává přímo ze zdroje zákazníkovi na maloobchodním trhu. současnosti si zajišťuje výrobu (a dodávku) tepla osoba, která jinak vystupuje v pozici zákazníka, čím dál častěji ve vlastní režii. Produkce tepla z domovní kotelny se uvedeném případě umísťuje na maloobchodní trh s teplem.

4. RELEVANTNÍ TRH

Relevantní trh představuje trh zboží, které je z hlediska jeho charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné, to na území, na němž jsou soutěžní podmínky dostatečně homogenní a zřetelně odlišitelné od sousedících území.¹⁷ Relevantní trh se vymezuje při posuzování existence dohody narušující soutěž, zneužití domi-

¹⁶ Maloobchodního trhu s tepelnou energií se mohou účastnit rovněž držitelé licencí na rozvod tepla tepelným napáječem a primárními rozvody tepla. Převážnou část dodávek tepla na maloobchodním trhu budou této skupiny dodavatelů tvořit dodávky pro velké zákazníky (např. průmyslové závody). *Velkooběr* tepla pro účely konečné spotřeby je třeba ale odlišovat od *velkoobchodního trhu* s tepelnou energií (nikoli pro účely konečné spotřeby). Rozlišení velkooběru a malooběru tepla je založeno na vyšší schopnosti velkých zákazníků změnit dodavatele tepla než je tomu v případě malých zákazníků. rozlišení velkooběru a malooběru v oblasti dodávek plynu viz např. rozhodnutí Komise ve věci COMP/39.317 *E.On Gas* ze dne 4. května 2010, odst. 16 a 17, rozhodnutí Komise ve věci M.4180 *Gas de France/Suez* ze dne 14. listopadu 2006, odst. 60–63.

¹⁷ Srov. § 2 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“ nebo „ZOHS“).

nantního postavení a v případech spojování soutěžitelů. Úroveň podrobnosti jeho vymezení se liší závislosti od jednotlivé oblasti a posuzované věci.¹⁸

Následující výklad poskytuje rozbor postupů při definici relevantních trhů s tepelnou energií. V závislosti od specifik konkrétního případu se lze jednotlivých správních řízeních spokojit s obecnější definicí relevantního trhu.¹⁹

4.1 VĚCNÉ VYMEZENÍ

Věcné vymezení relevantního trhu tvoří výrobky, mezi nimiž existuje soutěž za účelem uspokojení potřeb spotřebitelů.²⁰ Podle sdělení Komise²¹ zahrnuje všechny výrobky a/nebo služby, které jsou spotřebitelem s ohledem na jejich vlastnosti, ceny a zamýšlené použití považovány za zaměnitelné nebo zastupitelné.

Za účelem vymezení výrobkově relevantních trhů souvislosti s realizací dodávek tepla je nutno rozlišit soutěž o trh dodávek tepla (*competition for the market*) a soutěž na vlastním trhu dodávek tepla (*competition in the market*).

4.1.1 SOUTĚŽ TRH

Soutěž o trh představuje přístup, kdy potenciální provozovatelé služby, zpravidla monopolního typu, soutěží o právo poskytovat tuto službu za předem stanovených podmínek a po stanovenou dobu.²² Uvedené koncepci od-

¹⁸ Blíže viz např. ROSE, Vivien; BAILEY, David. *European Union Law of Competition*. 7. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2013. 1431 s. ISBN 978-0-19-966014-8. s. 228 a násl.

¹⁹ Ke vztahu vymezení relevantního trhu pro účely posuzování zneužití dominantního postavení, dohod soutěžitelů a spojování soutěžitelů viz O'DONOGHUE, Robert; PADILLA, Jorge. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. 2. vyd. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2013. 1008 s. ISBN 978-84946-139-9. s. 96, 97.

²⁰ Viz O'DONOGHUE; PADILLA, op. cit., s. 95.

²¹ Viz Sdělení Komise definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, Úř. věst. 97/C 372/03, bod 7.

²² Viz DECKER, Christopher. *Modern Economic Regulation. An Introduction to Theory and Practice*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. 611 s. ISBN 978-1-107-69906-9. s. 67.

povídá České republice soutěž na trhu užívacích práv k tepelným zařízením.

Tepelná zařízení jsou ve vlastnictví osob, které nemají zájem tato zařízení samostatně provozovat a nabízejí jejich užívání a požívání jiným subjektům. Vymezením trhu při realizaci těchto právních vztahů se souvislosti s posuzováním spojení soutěžitelů věnuje rozhodnutí ve věci *Gaz de France/Suez Group*.²³ Komise dospěla k názoru, že produktově relevantním trhem je trh delegované správy soustav zásobování teplem. Z důvodu významných problémů se získáním potřebných znalostí Komise současně vyloučila definice trhu soustavy zásobování teplem provozované obcemi.

4.1.2 SOUTĚŽ NA TRHU

Dodávku tepelné energie lze realizovat z centrálního zdroje tepla, blokové kotelny nebo domovní kotelny. V prvních dvou případech dochází k výrobě tepelné energie centralizovaným způsobem jedním nebo několika zdroji pro vícero objektů spotřeby. Tepelná energie se distribuuje do objektů spotřeby rozvodným tepelným zařízením.

Činnosti výroby a rozvodu tepelné energie nepodléhají pravidlům obdobným právnímu nebo vlastnickému oddělení účastníků trhů s elektrickou energií a plynem. Výrobu, rozvod dodávku tepla lze realizovat v rámci vertikálně integrovaného podniku. Soutěžní orgány uvedená skutečnost v některých případech vede ke směřování trhu výroby a rozvodu tepla do podoby jediného trhu výroby dodávky tepla.²⁴ Hospodářská realita vertikální, diagonální a horizontální koncentrace činností vykonávaných v rámci jedné hospodářské jednotky je soutěžními autoritami v jiných odvětvích striktně

²³ Viz rozhodnutí Komise ve věci COMP/M.4180 *Gaz de France/Suez* ze dne 14. listopadu 2006, odst. 933–942. Viz také odůvodnění rozhodnutí Protimonopolního úřadu Slovenské republiky ze dne 6. února 2009, č. 2009/FV/3/1/003 (dále jen „Cofely“), oddíl 5.2.2.

²⁴ Viz např. rozhodnutí Protimonopolního úřadu Slovenské republiky ze dne 26. dubna 2000, č. 2000/ZK/2/1/94, s. 4; rozhodnutí Protimonopolního úřadu Slovenské republiky ze dne 22. září 2003, č. 2003/FH/3/1/219, s. 8; rozhodnutí Protimonopolního úřadu Slovenské republiky ze dne 6. února 2009, č. 2009/FV/3/1/003, s. 31, 32; opačně viz rozhodnutí Protimonopolního úřadu Slovenské republiky ze dne 31. října 2011, č. 2011/FV/3/1/048, odst. 133.

rozlišována.²⁵ Evropská komise ani Soudní dvůr se problematice vymezení trhů při realizaci dodávek tepla podrobněji nevyjádřily.²⁶ Rozhodovací praxe Komise se v této oblasti omezuje na spojování soutěžitelů. Navzdory doktrinní rovnosti vymezení relevantního trhu pro účely posuzování zneužití dominantního postavení a spojování soutěžitelů existují mezi oběma definicemi významné rozdíly.²⁷

U spojování soutěžitelů se konkrétním případě posuzuje struktura trhu pouze v rozsahu omezeném možnostmi vlivu spojení na hospodářskou soutěž. V případech spojení soutěžitelů působících na trzích dodávek tepla v rozličných obcích může Komise dospět ke zjednodušenému závěru, že produktově relevantním trhem je trh dálkového zásobování teplem.²⁸ Nemůže-li mít uvedené zjednodušení vliv na strukturu trhu, lze jej ohledem na ekonomii řízení aprobovat. V následné rozhodovací praxi nelze uvedené závěry aplikovat mechanicky, ale pouze s důrazem na skutkové okolnosti každého jednotlivého případu. Při vymezení produktově relevantních trhů je třeba z uvedených důvodů vycházet zásadně odlišení oblastí výroby a rozvodu tepelné energie.

4.1.2.1. VÝROBA TEPLA

Výroba tepla se realizuje centralizovaným nebo decentralizovaným způsobem. V prvním případě se vyžaduje pro jeho distribuci rozvodné tepelné zařízení. V soutěžně-právní praxi vede předmětná skutečnost Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále také jen „Úřad“) vymezení věcně relevantního trhu jako trhu dodávek dálkového tepla.²⁹ K obdobným závěrům dospěl slovenský³⁰ a německý³¹ soutěžní úřad. Uvedené úřady odůvodnily své závěry tím, že náhrada dodávek tepla ze systému zásobování teplem

²⁵ K tomu viz např. JONES, Christopher (eds.) et al. *EU Energy Law. Volume II. EU Competition Law and Energy Markets*. 2. vyd. Leuven: CLAEYS & CASTEELS, 2007. 950 s. ISBN 978-90-776-441-02. s. 9 a násl., s. 99 a násl.

²⁶ Jejich pravomoc odvětví je vzhledem k limitovaným možnostem přeshraničních dodávek tepla mezi členskými státy omezená.

²⁷ Blíže viz O'DONOGHUE; PADILLA, op. cit., s. 96.

²⁸ Viz rozhodnutí Komise ve věci COMP/M.2701 *Vattenfall/Bewag* ze dne 4. února 2002, odst. 14; rozhodnutí Komise ve věci COMP/M.2897 *SITA Sverige AB/Sydkraft Ecoplus* ze dne 14. října 2002 ve, odst. 15–17; rozhodnutí Komise ve věci COMP/M.3268 *Sydkraft/Graning* ze dne 30. října 2003, odst. 89–98.

z centralizovaného zdroje je spojena překonáním značných časových a zejména finančních bariér. Z hlediska metodologie vymezení relevantního trhu a posouzení dominantního postavení se nelze uvedeným odůvodněním ztotožnit.

Pro definici výrobkově relevantního trhu je rozhodné hledisko spotřebitele. Je třeba zohlednit, které výrobky či služby považuje spotřebitel vzhledem k jejich vlastnostem, ceně a zamýšlenému užití za shodné, zaměnitelné nebo vzájemně zastupitelné. Fyzikální vlastnosti tepelné energie se s místem výroby centralizovaném nebo decentralizovaném zdroji nemění. Teplo vyráběné v obou typech zdrojů uspokojuje potřeby totožných skupin spotřebitelů stejným způsobem. Tepelná energie bez ohledu na místo její výroby představuje pro dané spotřebitele v zásadě homogenní produkt.³² Fyzikální vlastnosti tepelné energie vylučují existenci substitutu.

Decentrálním způsobem vyráběná tepelná energie může být spotřebovávána jejím výrobcem v místě spotřeby v případě přebytku dodávána prostřednictvím rozvodného tepelného zařízení jiným odběratelům. V případě potřeby špičkového tepelného výkonu³³ lze prostřednictvím rozvodného tepelného zařízení spotřebiteli, který je jinak nezávislý na dodávce tepla

²⁹ Srov. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. prosince 2002, č. j. S 147/02-4363/02, s. 5. K obdobnému závěru dospěl Úřad pro ochranu hospodářské soutěže také rozhodnutí ze dne 9. září 2004, č. j. S 115/04-5000/04-ORP, s. 4, potvrzeno rozhodnutím Předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. srpna 2005, sp. zn. R 4/2004, s. 3, a rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 11. dubna 2006, č. j. 31 Ca 142/2005-58, s. 3, 4.

³⁰ Viz rozhodnutí Protimonopolního úřadu Slovenské republiky ze dne 31. října 2011, č. 2011/FV/3/1/048, odst. 132.

³¹ Viz rozhodnutí Bundesgerichtshof ze dne 9. července 2002, sp. zn. KZR 30/00, NJW, 2002, 3779, 3781; rozhodnutí Bundesgerichtshof ze dne 29. dubna 2008, sp. zn. KZR 2/07, NJW 2008, 2172 f.; rozhodnutí Bundesgerichtshof ze dne 10. prosince 2008, sp. zn. KVR 2/08, NJW 2009, 1212; Bundeskartellamt. *Abschlussbericht Sektoruntersuchung Fernwärme. Zpráva podle § 32e GWB*. srpen 2012, odst. 172–179. Dostupné z: <http://www.bundeskartellamt.de/> (cit. 2015-04-21).

³² V případech odlišného hospodářského využití dodané tepelné energie mohou být fyzikální parametry dodaného tepla významné (dodávka tepla pro přípravu teplé užitkové vody, vytápění chlazení a technologické procesy).

³³ Špičkovou dodávku tepelné energie lze považovat za samostatný produktově relevantní trh maloobchodních dodávek špičkového tepla. Uvedený trh je třeba odlišovat od maloobchodních dodávek tepla, včetně špičkového tepla, které zajišťuje jeden dodavatel tepelné energie.

z centralizovaného zdroje, tepelnou energii dodávat (*prosumer*).³⁴ Rozlišování tepelné energie vyrobené centrálním nebo decentrálním zdroji na odlišné výrobkově relevantní trhy je analogicky k trhu s elektrickou energií neudržitelné. Elektrická energie vyrobená fotovoltaickými panely umístěnými na střešní konstrukci rodinného domu je zastupitelná s elektrickou energií vyrobenou elektrárně velkého instalovaného výkonu. Nebýt odlišných fyzikálních vlastností tepelné energie, které omezují její dodávky na velké vzdálenosti, představuje teplo bez ohledu na místo výroby z ekonomického hlediska komoditu, s níž lze volně obchodovat.

Popsaný přístup soutěžních úřadů při vymezení relevantního trhu směřuje postup vymezení produktově relevantního trhu a posouzení dominantního postavení soutěžitele. Oporu současné praxe nelze nalézt ani v rozhodnutích Komise. případě *Gaz de France/Bewag/Gasag*³⁵ se Komise posouzením vztahu centralizovaně a decentralizovaně vyráběného tepla nezabývala. Předmětem posouzení byla zastupitelnost centralizovaně vyráběného tepla s plynem v pozici paliva pro decentrální výrobu tepla. Apriorní chápání centralizovaně vyráběného tepla jako samostatného výrobkově relevantního trhu vyplývá citovaném případě z předmětu činnosti spájajících se soutěžitelů (dodávky plynu a dodávky tepla ze soustavy zásobování tepelnou energií). Detailní posouzení vztahu centralizovaně a decentralizovaně vyráběného tepla uvedených důvodů v rozhodnutí absentuje.

Rozhodnutí ve věci *Neste/Ivo*,³⁶ na něž bývá v souvislosti s věcným vymezením relevantního trhu odkazováno, nelze ve věci aplikovat. uvedeném případě posuzovala Komise zastupitelnost elektřiny a topných olejů pro vytápění rodinných domů, nikoli zastupitelnost tepla vyráběného v centralizovaném zdroji tepla s jinými způsoby vytápění. Elektřina topné oleje byly posuzovány jako vstupní suroviny pro výrobu tepla v decentrálním zdroji. K argumentaci účastníků řízení vysokými náklady na změnu technologie vytápění a tím souvisejícími náklady na úpravu stavby se Komise ne-

³⁴ Srov. § 77 odst. 4 EnerZ.

³⁵ Viz rozhodnutí Komise ve věci č. 4064/89 *Gaz de France/Bewag/Gasag* ze dne 20. ledna 1999, odst. 27–31.

³⁶ Viz rozhodnutí Komise ve věci IV/M.931 *Neste/IVO* ze dne 2. června 1998, odst. 14–16.

vyjádřila. I v případě jejich prokázání nelze mít obecně za to, že je situace analogická vztahu centralizovaného decentralizovaného zdroje tepla. Konkrétní závěry o dodatečných nákladech na změnu způsobu zásobování zákazníka teplem je třeba opřít o skutková zjištění v každém jednotlivém případě.

Problematiku vymezení produktově relevantního trhu lze uzavřít tím, že výrobci tepla centralizovaných a decentralizovaných zdrojích jsou v soutěžním vztahu.³⁷ Výrobce tepla v centralizovaném zdroji tepla vykonává svou činnost jako podnikatel na základě licence na výrobu tepla.³⁸ Výrobu tepla decentralizovaném zdroji lze realizovat v rámci výkonu podnikatelské činnosti nebo jako vlastník nebo společenství vlastníků zajišťující tepelnou energii v podobě plnění poskytované s užíváním bytů, nebytových prostor nebo technologickým účelům. Výroba tepla v decentrálních zdrojích je předmětem činnosti specializovaných podnikatelských subjektů, včetně výrobců tepla vyráběného centralizovaným způsobem. Výrobci decentrálně vyráběného tepla jsou také vlastníci nebo společenství vlastníků.

Podle zákona o ochraně hospodářské soutěže jsou soutěžiteli fyzické a právnické osoby, jejich sdružení, sdružení těchto sdružení jiné formy seskupování, a to i v případě, že tato sdružení seskupení nejsou právníckými osobami, pokud se účastní hospodářské soutěže nebo ji mohou svou činností ovlivňovat. Uvedené entity jsou ve smyslu citované úpravy soutěžiteli i v případě, že nejsou podnikateli.³⁹ Účastní-li se fyzická nebo právnická osoba, která je spotřebitelem hospodářské soutěže nebo pokud je schopna ji svou činností ovlivňovat, představuje ve smyslu § 2 odst. 1 ZOHS soutěžitele. Nesouhlasí-li Krajský soud Brně případě *Teplárenské společnosti Hlinsko*,⁴⁰ že spotřebitel (zákazník) může působit v pozici soutěžitele s odůvodněním, že je to „zřejmě principiálně nepřijatelné“, nelze než názor krajského soudu jako rozporný se zákonem o ochraně hospodářské soutěži odmítnout. Může-

³⁷ Srov. rozhodnutí Komise ve věci COMP/M.5793 *Dalkia CZ/NWR Energy* ze dne 12. května 2010, odst. 15.

³⁸ Srov. § 4 odst. 1 písm. a) bod 3 EnerZ.

³⁹ Viz § 2 odst. 1 ZOHS.

⁴⁰ Viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. dubna 2006, č. j. 31 Ca 142/2005-58, s. 5 (list 3).

li se spotřebitel účastnit výroby tepla, které mu bylo dosud dodáváno jiným subjektem, je způsobilý účastnit se hospodářské soutěže na trhu výroby tepla. Odpojí-li se zákazník od centralizovaného zdroje tepla poptávku po tepelné energii mu zajistí v rámci výkonu své podnikatelské činnosti jiný subjekt, je považován za soutěžitele. Apriorní odmítání kvalifikace spotřebitele jako soutěžitele ve smyslu ZOHS je v rozporu s výslovným zněním citované právní úpravy principem ekonomického přístupu k uplatňování soutěžního práva.

Z pohledu nauky soutěžního práva vyžaduje korektní vymezení relevantního trhu jeho definici z hlediska věcného, geografického a časového. následném kroku se posoudí s přihlédnutím ke struktuře hospodářské soutěže, včetně překážek vstupu nového soutěžitele, zda soutěžitel disponuje dominantním postavením na trhu či nikoli.⁴¹ Závěr o existenci dominantního postavení musí být založen na posouzení každého jednotlivého případu zvlášť. Výsledek testu nelze předjímat s odkazem na aplikační praxi zahraničních soutěžních orgánů, zajišťujících ochranu hospodářské soutěže odlišných hospodářských a regulatorních podmínkách.⁴²

Výroba tepla se realizuje ve výtopném nebo teplárenském režimu. V prvním případě dochází ve výrobním procesu pouze k produkci tepelné energie. Teplárenský režim charakterizuje naopak současná (kogenerační) výroba elektřiny tepla. Základním principem kogenerace je podmínění výroby elektřiny poptávkou po tepelné energii. Současná výroba elektřiny a tepla dokáže ušetřit 15 až 40 % paliva oproti oddělené výrobě elektřiny a tepla.⁴³ Kogenerační výroba je možná v rámci centralizovaného zásobování teplem, výrobních závodů nebo jednotlivých budov. Kogenerace při vytápění jednotlivých objektů není dosud České republice s ohledem na

⁴¹ Viz Pokyny k prioritám Komise oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, Úř. věst. 2009/C 45/02, bod 12, 16, 17.

⁴² Ke srovnání situace v sektoru zásobování dálkovým teplem v Německu viz např. KÖRBER, Torsten. *Drittzugang zu Fernwärmenetzen: Überlegungen zur Reichweite des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB und zum Verhältnis von Kartell- und Energierecht*. Jena: Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2011. 131 s. ISBN 3-86653-191-5.

⁴³ The European Association for the Promotion of Cogeneration. *What is Cogeneration?* Dostupné z: http://www.cogeneurope.eu/what-is-cogeneration_19.html (cit. 2015-09-11).

podmíněnost výroby elektřiny současnou poptávkou po teple a vysokým fixním nákladům významně rozšířena. V případě centralizovaných zdrojů tepla se naopak kombinovaná výroba podílí České republice na výrobě tepla 75 % podílem.⁴⁴

V zařízeních na výrobu elektřiny a tepla, která jsou technicky navržena na výrobu elektřiny se současným odběrem tepla,⁴⁵ není možné vyrábět teplo bez současné výroby elektrické energie. Kogenerační výroba elektřiny a tepla těchto důvodů vykazuje některé znaky podobné tzv. dvoustranným trhům (*two-sided markets*).⁴⁶ V kogenerační výrobě dochází k současné produkci elektrické a tepelné energie pro odlišné skupiny spotřebitelů. Poptávka po užitečném teple může určovat množství vyrobené elektřiny kogeneračním režimu. Poptávka po elektrické a tepelné energii spolu nesovisí. Provozovatelé zařízení na kombinovanou výrobu elektřiny a tepla (dále jen „KVET“) potřebují získat současně trh výroby elektrické a tepelné energie. rámci své obchodní strategie jsou nuceni zvolit si, který z trhů bude generovat podstatnou část zisku, a který nikoli.⁴⁷ Zvýší-li soutěžitel cenu tepla, může se změna ceny tepla současně projevit ve výrobě elektrické energie tohoto soutěžitele. Zvýšení ceny na jednom z trhů ovlivňuje druhý trh (*indirect network effects*).

Výroby tepla pro dodávku tepla na vymezeném relevantním trhu se mohou účastnit soutěžitelé vyrábějící teplo ve výtopném teplárenském režimu. Uvedená skutečnost způsobuje problém s vymezením výrobkově relevantního trhu. V dané situaci nezůstává podle autora tohoto článku než

⁴⁴ Vysoká škola báňská, Technická univerzita Ostrava, op. cit., s. 11.

⁴⁵ V teplárenském režimu se výroba elektřiny realizuje zpravidla prostřednictvím protitlakové turbíny, která oddělenou výrobu elektřiny tepla neumožňuje.

⁴⁶ Viz O'DONOGHUE; PADILLA, op. cit., s. 139, 140 a ROSE, Vivien; BAILEY, op. cit., s. 263, 264.

⁴⁷ Vedle kogenerační výroby elektrické energie a tepla dochází k uvedeným problémům v souvislosti s rozvíjejícím se obchodním modelem *power to heat*. Výrobce tepla v uvedeném režimu vyrábí tepelnou energii elektřiny v elektrokotli. Teplo se rozvádí a dodává odběratelům. Rozvoj technologie *power to heat* souvisí s rostoucí výrobou elektřiny ve výrobnách elektřiny variabilní produkci. Centralizované zásobování teplem představuje v této situaci možnost uskladnění elektřiny, která je v daném okamžiku na trhu přebytečná, ve formě tepla v rozvodném tepelném zařízení. Teplo je následně dodáváno odběratelům. Výrobce tepla vyrábějící teplo režimu *power to heat* působí současně na trhu poskytování záporné regulační elektrické energie a na trhu výroby tepla.

vymezit výrobkově relevantní trh pro výrobu tepla a výrobu elektřiny samostatně. Současně lze mít za to, že podobné rysy kogenerační výroby elektřiny tepla s dvoustrannými trhy je třeba zohlednit v rámci posouzení dominantního postavení soutěžitele.⁴⁸

4.1.2.2. ROZVOD TEPLA

Tepelná energie vyráběná v centralizovaném zdroji tepla se rozvádí do míst spotřeby závislosti od vzdálenosti místa výroby a spotřeby tepelným napáječem, primárními rozvody tepla a/nebo sekundárními rozvody tepla. Tepelný napáječ, primární rozvody tepla a sekundární rozvody tepla představují zpravidla přirozený monopol pro rozvod a dodávku centralizovaně vyráběného tepla. Uvedené části infrastruktury tvoří pro účely energetického zákona jediné rozvodné tepelné zařízení. Pro vymezení relevantního trhu je třeba rozvod tepla těmito soubory zařízení rozlišovat. Podobně jako případě vybraných plynovodů,⁴⁹ i v určitých případech rozvodů tepla mohou být tyto části soustav soutěžním vztahu.⁵⁰

Rozvod tepla tepelným napáječem, primárními a sekundárními rozvody tepla zajišťuje dopravu tepelné energie pro určitou aglomeraci, její podstatnou část nebo jednotlivý okruh předávací stanice. V případě elektroenergetiky a plynárenství jsou činnosti přenosu / přepravy distribuce elektřiny a plynu považovány z věcného hlediska za samostatné relevantní trhy.⁵¹ Jednotlivé úseky rozvodného tepelného zařízení se, pokud jde o zásobované území, zásadně nepřekrývají. Dopravu tepelné energie zpravidla nelze pro odběratele na jednotlivých úrovních rozvodu tepla zajistit jiným

⁴⁸ K podrobnějšímu výkladu viz část 5. tohoto článku.

⁴⁹ Viz DECKER, op. cit., s. 34, 49, 211, 339, 347.

⁵⁰ Jedná se zejména o případy tepelných napáječů (výjimečně existují případy potenciální konkurence dvou tepelných napáječů pro rozvod tepla do určité obce) a rozvodů tepla do objektů spotřeby na hranicích různých soustav zásobování tepelnou energií.

⁵¹ Viz např. CAMERON, Peter D. *Competition in Energy Markets*. 2. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2007. 708 s. ISBN 978-0-19-928297-5. s. 288, 290; DRAUZ, Götz. *EC Competition Law. Volume II. Mergers and Acquisitions*. Leuven: Claeys & Casteels, 2006. 1208 s. ISBN 90-77644-05-9. s. 841, 842, 850; JONES, Christopher, op. cit., s. 30, 31, 127. elektroenergetice viz např. IV/M.1346 *EDF/London Electricity* ze dne 27. ledna 1999, odst. 12 a COMP/M.1659 *PreussenElektra/EZH* ze dne 30. září 1999, odst. 7. V odvětví plynárenství viz např. rozhodnutí Komise ve věci COMP/M.3318 *ECS/Sibelga* ze dne 19. prosince 2003 a COMP/M.3696 *E.ON/MOL* ze dne 21. prosince 2005, odst. 88, 97, 98.

způsobem.⁵² Realizaci hospodářské činnosti na každé nich je proto třeba považovat za samostatný věcně relevantní trh. V případě nabytí kontroly nad jiným soutěžitelem ovládajícím trh na hierarchicky vyšším nebo nižším trhu rozvodu tepla, zakládá spojení vertikální integraci soutěžitelů.

4.1.2.3. DODÁVKA TEPLA

Dodavatelem tepelné energie je výrobce nebo distributor tepla, který ho dodává jiné osobě. Dodávkou tepelné energie se rozumí dodávka energie tepla nebo chladu k dalšímu využití jinou fyzickou nebo právnickou osobou.

Na trhu dodávek tepla působí v závislosti na struktuře systému centralizovaného zásobování teplem jeden nebo vícero dodavatelů. atomizovaném schématu smluvních vztahů dodávek tepla se nachází hierarchicky nejvýše výrobce tepla. Výrobce tepla vystupuje ve vztahu k držiteli licence na rozvod tepla tepelným napáječem v pozici dodavatele. Nabídka a poptávka těchto subjektů se setkává na *primárním velkoobchodním trhu tepelnou energií*.

Držitel licence na rozvod tepla tepelným napáječem vystupuje ve vztahu k držiteli licence na rozvod tepla primárním rozvodem tepla v pozici dodavatele tepla. Dodávka se realizuje na trhu *velkoobchodních dodávek tepla sekundárního řádu*.

Dodávka tepla ke konečné spotřebě se realizuje ve většině případů ze strany držitele licence na rozvod tepla sekundárními rozvody tepla. Uvedený subjekt nakupuje tepelnou energii od držitele licence na rozvod tepla primárními rozvody tepla na *velkoobchodním trhu dodávek tepla terciárního řádu*. Následně dodává teplo zákazníkům na *maloobchodním trhu s teplem*.⁵³ závislosti na odebíraném množství tepelné energie lze tento trh dále členit na maloobchodní trh *maloobchodu* a maloobchodní trh *velkoobchodu*.

⁵² Srov. např. COMP/M.2586 *CE Electric/Yorkshire Electricity* ze dne 17. září 2001, odst. 9.

⁵³ Podle praxe Evropské komise na trhu elektřinou představuje výroba a velkoobchod s elektřinou jediný trh vymezený jako velkoobchod s elektřinou [blíže viz JONES, Christopher, op. cit., s. 11.]. Podle autora tohoto článku uvedenou praxi na trzích teplem nelze následovat, neboť v případě dodávek tepla může vystupovat výrobce současně jako dodavatel na velkoobchodním trhu (centralizovaná výroba tepla) nebo na maloobchodním trhu s teplem (decentralizovaná výroba tepla).

V obdobné pozici jako držitel licence na rozvod tepla sekundárními rozvody ve vztahu k zákazníkům na konci rozvodného tepelného zařízení mohou být i výše zmínění držitelé licencí na rozvod tepla tepelným napáječem primárním rozvodem tepla. Držitel licence na rozvod tepla tepelným napáječem nebo primárním rozvodem tepla může dodávat teplo na maloobchodním trhu. Vzhledem k charakteru spotřeby zákazníků odebírajícím teplo přímo od držitele licence na rozvod tepla tepelným napáječem nebo primárním rozvodem tepla, se bude jednat zejména o maloobchodní trh velkoobchodních dodávek tepla. Ani v těchto případech ale nelze vyloučit účast uvedených subjektů na maloobchodním trhu maloodběru tepla. Závislosti na vymezení geograficky relevantního trhu je možné, že jednotliví držitelé licencí na rozvod tepla příslušnými částmi rozvodného tepelného zařízení či samotný výrobce tepla budou na maloobchodních trzích s teplem v soutěžním vztahu.

4.2 GEOGRAFICKÉ VYMEZENÍ

Relevantní zeměpisný trh zahrnuje oblast, kde jsou podmínky hospodářské soutěže dostatečně stejnorodé a která může být odlišena od sousedních zeměpisných oblastí, protože zejména podmínky hospodářské soutěže jsou těchto oblastech zjevně odlišné.⁵⁴ V závislosti na míře homogenity podmínek hospodářské soutěže se může jednat o trh celosvětový, regionální, nadnárodní, národní, sub-národní nebo může být vymezen jediným místem.⁵⁵ Tato kapitola pojednává o základních zásadách geografického vymezení produktově relevantních trhů tepelné energetice.

4.2.1 SOUTĚŽ O TRH

V případě *Gaz de France/Suez Group* zjistila Komise z analýzy údajů o zveřejněných tendrech na národní unijní úrovni, že se jich účastní zásadně domácí subjekty. Účastní-li se tendrů zahraniční subjekty, dochází k tomu zejména ve spolupráci s národními provozovateli těchto typů infrastruktury. Komise dospěla k závěru národním trhu užívacích práv k tepelným za-

⁵⁴ Viz Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, Úř. věst. 97/C 372/03, bod 8.

⁵⁵ Viz O'DONOGHUE; PADILLA, op. cit., s. 96.

řízením.⁵⁶ Naopak při posouzení soutěže o koncesi na provoz jednotlivých energetických soustav považoval německý nejvyšší soud z geografického hlediska trh za lokální.⁵⁷ Při vymezení geografického trhu užívacích práv tepelným zařízením je proto třeba rozlišovat, zda se jedná o soutěž na trhu užívacích práv k tepelným zařízením obecně nebo pouze ve vztahu k zařízením určité energetické soustavy.

4.2.2 SOUTĚŽ NA TRHU

Jednotlivé trhy výroby, rozvodu dodávky tepla jsou podmíněny fyzikálními vlastnostmi tepla. Teplo nelze bez významných ztrát dopravovat na velké vzdálenosti. Tyto trhy lze proto považovat za nanejvýš lokální. Od uvedených případů je nezbytné v zásadě odlišit geografické vymezení relevantního trhu pro povolení spojení soutěžitelů. Podniky působící na trzích s teplem vykonávají předmět své podnikatelské činnosti v rámci jedné nebo několika vertikálně propojených činností. Uvedené činnosti mají lokální povahu. Stejný soutěžitel může působit na vícero lokálních trzích současně. případě spojování podniků je třeba rozlišovat situace, kdy:

- (a) *nedochází k vertikální integraci* činností v rámci jednoho lokálního trhu;
- (b) *dochází k vertikální integraci* činností rámci jednoho lokálního trhu nebo
- (c) *dochází k horizontální integraci* činností.

První z případů nemá za následek změnu struktury lokálního trhu s teplem nemůže mít vliv na zachování a rozvíjení účinné hospodářské soutěže.⁵⁸ Ve věci *Sydkraft/Graning* posuzovala Komise spojení uvedených společností působících současně na trzích ve Švédsku a Finsku. Každý ze států považovala za samostatný geograficky relevantní trh.^{59, 60} Komise v rozhodnutí neuvedla podrobnosti, jakým způsobem se podmínky na obou

⁵⁶ Viz rozhodnutí Komise ve věci COMP/M.4180 *Gaz de France/Suez* ze dne 14. listopadu 2006, odst. 943–945.

⁵⁷ Viz rozsudek německého nejvyššího soudu (*Bundesgerichtshof*) ze dne 17. prosince 2013, sp. zn. KZR 65/12, odst. 21, 22 rozsudek *Bundesgerichtshof* ze dne 17. prosince 2013, sp. zn. KZR 66/12, odst. 22, 23.

⁵⁸ Viz např. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. prosince 2002, č. j. S 221/02- 4382/02, s. 3, 4.

tržích lišily. některých zemích Evropské unie je odvětví tepelné energetiky podrobena specifické sektorové regulaci, v jiných nikoli. V rozhodném období nebylo odvětví podrobena sektorové regulaci ani v jednom ze států. Posouzení otázky, zda lze považovat dotčené státy za jediný trh teplem, mohlo být s ohledem na tuto skutečnost věnováno ze strany Komise více pozornosti.

V České republice je sektor tepelné energetiky podroben regulaci energetického zákona. Energetický regulační úřad má pravomoc věcně usměrňovat ceny tepelné energie.⁶¹ Podmínky hospodářské soutěže na tržích s teplem lze proto považovat na území České republiky za dostatečně odlišitelné od sousedních zemí. Posouzení, zda jsou podmínky dostatečně stejnorodé pro vymezení jediného geograficky relevantního trhu, je v každém jednotlivém případě na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

V případech koncentrací sub b) c) zůstává omezení lokálním trhem ve vztahu k trhu dotčenému vertikální nebo horizontální koncentrací zachováno. V těchto situacích je třeba vycházet ze zásad vymezení geografického trhu výroby, rozvodu a dodávky tepla uvedených níže.

4.2.2.1. VÝROBA TEPLA

Při výrobě tepla významnější problémy pohledu ochrany hospodářské soutěže nevznikají. Výrobci tepla působí současně jako dodavatelé tepla na velkoobchodním nebo maloobchodním trhu s tepelnou energií. Z důvodu přehlednosti se článek věnuje problémům uvedených soutěžitelů v části věnované dodávkám tepla.

⁵⁹ Viz rozhodnutí Komise ve věci COMP/M.3268 *Sydkraft/Graninge* ze dne 30. října 2003, odst. 95 a 98. Obdobně viz rozhodnutí Komise ve věci COMP/M.2701 *Vattenfall/Bewag* ze dne 4. února 2002, odst. 14.

⁶⁰ Z komparativního pohledu je třeba odkazem na citované rozhodnutí odmítnout závěry Protimonopolního úřadu Slovenské republiky vyslovené v rozhodnutí *Cofely* (oddíl 5.2.2), že v případě dané koncentrace je nutné vymezit geografický relevantní trh územím, na nichž společnosti nabývané oznamovatelem koncentrace působí. Argumentace oznamovatele a úvahy soutěžního úřadu aplikaci závěru z rozhodnutí *Sydkraft/Graninge* jsou rovněž nepřipadné, neboť se v uvedeném případě nejednalo o soutěž na trhu užívacích práv tepelným zařízením.

⁶¹ Viz § 17 odst. 11 EnerZ.

4.2.2.2. ROZVOD TEPLA

S vymezením geografického trhu rozvodu tepla jednotlivými částmi rozvodného tepelného zařízení se problémy nevyskytují. Trh rozvodu tepla částech rozvodu tepelným napáječem, primárními rozvody tepla a sekundárními rozvody je určen každou z uvedených částí rozvodného tepelného zařízení.

4.2.2.3. DODÁVKA TEPLA

Velkoobchodní trhy s tepelnou energií jsou vázány na rozvod tepla rozvodným tepelným zařízením. Jednotlivé trhy primárního, sekundárního terciárního řádu velkoobchodního trhu s teplem lze z těchto důvodů geograficky vymezit příslušnou částí rozvodného tepelného zařízení. Geograficky tvoří primární velkoobchodní trh s teplem ti dodavatelé (výrobci) tepla, kteří dodávají teplo do tepelného napáječe, resp. primárních rozvodů tepla. Geografické vymezení velkoobchodních relevantních trhů teplem je určováno odběrnými místy dodávky tepla mezi dodavatelem vyššího a nižšího řádu.

Dosavadní praxe geografického vymezení trhu dodávek tepla vycházela z věcné definice trhu dodávek dálkového tepla. Jednotlivá rozhodnutí opomíjela distinkci mezi výrobou, rozvodem a dodávkou tepla jako samostatnými oblastmi věcně relevantních trhů. uvedenými názory se autor tohoto článku neztotožňuje.

Z hlediska vymezení geograficky relevantního trhu je třeba se zabývat závěry, které učinil Úřad v rozhodnutí *Dalkia Morava*.⁶² Úřad posuzoval spojení soutěžitelů *Dalkia Morava, a.s.*, a *Zásobování teplem Ostrava, a.s.*, působících na území statutárního města Ostrava. Společnost *Dalkia Morava* byla držitelem licence na rozvod tepla primárními rozvody tepla vybranými okruhy sekundárních rozvodů tepla. Většinu rozváděného tepla společnost nakupovala od dvou nezávislých výrobců tepla. Společnost působila rovněž na trhu výroby tepla zejména dodávkami špičkového tepla do rozvodů, které sama provozovala. *Dalkia Morava* vystupovala v pozici dodavatele tepla zákazníkům ze svých primárních a sekundárních rozvodů. Na primární roz-

⁶² Viz rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. prosince 2002, č. j. S 147/02-4363/02.

vody tepla navazovaly sekundární rozvody tepla společnosti Zásobování teplem Ostrava, a.s. Uvedená společnost veškerou tepelnou energii nakupovala od Dalkia Morava a dále ji dodávala zákazníkům připojeným na její rozvody. Společnost Zásobování teplem Ostrava současně působila na trhu výroby dodávky tepla prostřednictvím decentralizovaných zdrojů tepla.

Předmětem posouzení ze strany Úřadu bylo nabytí kontroly soutěžitele Dalkia Morava nad soutěžitelem Zásobování teplem Ostrava. Výrobně relevantní trh byl vymezen jako trh dodávek dálkového tepla. Teplo vyráběné v lokálních kotelnách Úřad vyčlenil jako samostatný výrobně relevantní trh. Vymezení relevantních trhů a posouzení vlivu spojení na hospodářskou soutěž je podle autora článku zmatečné a stěží přezkoumatelné.⁶³ Přes uvedené skutečnosti má autor za to, že důvodu koncepce ochrany hospodářské soutěže je nutné posoudit geografické vymezení relevantního trhu, k němuž Úřad v citovaném případě dospěl. Relevantní trh byl z uvedeného hlediska vymezen jako *trh území statutárního města Ostravy, které obsluhují rozvodná zařízení obou soutěžitelů*.

Problém vymezením geograficky relevantního trhu, který se objevuje v rozhodnutí *Dalkia Morava*, má dva aspekty. *Prvním aspektem* je odlišení věcně relevantního trhu dodávky dálkového a lokálního tepla. *Druhý aspekt* spočívá v limitaci geografického vymezení relevantního trhu na dosah rozvodného tepelného zařízení, resp. lokálního zdroje tepla. Přes zaměření tohoto oddílu na geografickou stránku trhu dodávek tepla se jeví vhodné

⁶³ V rozhodnutí se nerozlišuje oblast výroby, rozvodu jednotlivými částmi rozvodného tepelného zařízení a oblast dodávky tepla. V důsledku uvedeného jsou posuzovány vlivy spojení na hospodářskou soutěž oblastech, kde soutěžní prostředí zásadně neexistuje (rozvod tepla) nebo na trhu velkoobchodních dodávek tepla (dodávky tepla pro Dalkia Morava od nezávislých výrobců tepla), jehož se spojení vůbec netýká. Naopak se v rozhodnutí nehodnotí vliv integrace činností dodávky tepla z rozvodného tepelného zařízení a lokálních kotelen, které mají potenciální vliv na hospodářskou soutěž na trhu maloobchodních dodávek tepla. hlediska ochrany hospodářské soutěže bylo v daném případě relevantní posouzení vlivu vertikální integrace na trhu velkoobchodních dodávek tepla a horizontální integrace na trhu maloobchodních dodávek tepla. V oblasti rozvodu tepla působil každý ze soutěžitelů na trhu postavením zásadně přirozeného monopolu a jejich spojení nemohlo mít na hospodářskou soutěž žádný vliv. Obava Úřadu, že v důsledku spojení dojde k omezení přístupu nezávislých výrobců tepla do primárního sekundárního rozvodu tepla, zůstává z uvedených důvodů lichá.

pojednat důvodů těsné propojenosti obou vymezení o předmětné problematice společně.

Interakce věcného a geografického vymezení trhu dodávek dálkového a lokálního tepla

V případě *Teplárenské společnosti Hlinsko* vyšel Úřad ze zjištění, že věcně relevantním trhem je trh dodávek dálkového tepla. Po stránce geografické vymezil trh jako místní, sestávající rozvodů tepla v rámci vymezeného území na rozvod tepla podle licence udělené Energetickým regulačním úřadem. Na základě uvedené definice relevantního trhu dospěl Úřad k závěru, že tržní podíl soutěžitele představuje 100 %. Z ekonomického hlediska má velmi úzké vymezení relevantního trhu ztotožňující věcný geografický relevantní trh s množinou zákazníků soutěžitele absurdní důsledky.⁶⁴

V rozhodnutí ve věci *SOTE* slovenský soutěžní úřad věcně odlišil trh dodávky dálkového a lokálního tepla a prostorově relevantní trh vymezil na základě licencí soutěžitelů.⁶⁵ Úřad rozhodnutí uvedl, že každý z lokálních zdrojů tepla představuje *samostatný a uzavřený systém výroby a dodávek tepla* jde o vzájemně nezávislé trhy. I když se tyto zdroje nacházely geograficky uvnitř území podle licencí udělených soutěžitelům, z posouzení vlivu na spojení je soutěžní úřad vyloučil.

Přístup vymezení geograficky relevantního trhu v rozhodnutích českého a slovenského soutěžního úřadu ve věci *Teplárenské společnosti Hlinsko* a případu *SOTE* se shoduje uplatnění kritéria technické vazby tepelného zařízení dodavatele a zákazníka a ve vzájemné izolovanosti těchto technických celků od jiných zařízení stejného druhu, a to jak hlediska věcného, tak geografického.

V případě *SOTE* měl slovenský soutěžní úřad za to, že jednotlivé trhy lokálního tepla představují samostatné trhy, které jsou mezi sebou vzájemně nezávislé. Z pohledu zajištění ochrany hospodářské soutěže mají uvedené závěry neblahé důsledky. Působí-li soutěžitel na trzích dodávky tepla

⁶⁴ Viz obdobně JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2010. 4. vyd. 1287 s. ISBN 978-0199572731. s. 63.

⁶⁵ Viz rozhodnutí Protimonopolního úřadu Slovenské republiky ze dne 22. září 2003, č. 2003/FH/3/1/219, s. 8.

prostřednictvím lokálních decentrálních zdrojů a dodává teplo svým zákazníkům, lze se domnívat, že zásadně nemůže mít na každém takovýchto relevantních trhu dominantní postavení. Na úzce vymezeném trhu lze předpokládat, že každý zákazník tepla bude disponovat ve vztahu ke svému dodavateli vyrovnávací kupní silou. Důsledkem striktního uplatnění uvedeného kritéria soutěžní úřad zbavuje zákazníka, který odebírá teplo z lokálního zdroje tepla, ochrany právem na ochranu hospodářské soutěže. Celková míra závislosti dodavatele tepla vykonávajícího činnost dodávek tepla z decentrálních zdrojů na jednotlivém zákazníkovi může být obdobná maloobchodnímu dodavateli tepla z rozvodného tepelného zařízení. Technická kritéria rozlišení *geograficky* relevantních trhů maloobchodních dodávek tepla je třeba uvedených důvodů odmítnout.

Obecná doporučení ke geografickému vymezení trhu dodávek tepla

Pro vymezení zeměpisně relevantního trhu je rozhodné kritérium, zda jsou podmínky hospodářské soutěže v dané oblasti dostatečně stejnorodé a zda může být tato oblast odlišena od sousedních zeměpisných oblastí, protože zejména podmínky hospodářské soutěže jsou v těchto oblastech zjevně odlišné. Dodavatelé tepla vykonávají svou činnost zásadně na základě licence na výrobu nebo rozvod tepla. Uvnitř vymezených území mimo ně jsou dodavatelé oprávněni ve vymezených případech vykonávat svou činnost bez licence.⁶⁶ Podmínky hospodářské soutěže se mohou lišit i uvnitř jednoho vymezeného území. Definice geograficky relevantního trhu pomocí vymezeného území podle licence udělené sektorovým regulátorem se z uvedených důvodů jeví jako nedostatečná.⁶⁷ Homogenitu podmínek hospodářské soutěže je nutné v praxi soutěžních úřadů zkoumat každém případě

⁶⁶ Srov. § 3 odst. 4 písm. b) EnerZ.

⁶⁷ Viz rozhodnutí Protimonopolního úřadu Slovenské republiky ze dne 2. března 2001, č. 2001/FH/2/1/063, s. 5.

jednotlivě. Za základní vodítko pro její vymezení lze považovat zejména geografické vymezení cenové lokality ze strany dodavatele tepla.^{68, 69}

4.3 ČASOVÉ VYMEZENÍ

Relevantní trh se vymezuje vedle produktové a geografické stránky rovněž z hlediska času. Časové vymezení relevantního trhu představuje časový souběh nabídky a poptávky po zboží, které je hlediska spotřebitele shodné nebo vzájemně zastupitelné. Časový aspekt relevantního trhu vyjadřuje četnost (pravidelnost a opakovatelnost) střetu nabídky a poptávky a odlišuje jej od střetu nabídky poptávky, k němuž dochází nahodile, nebo jen ojediněle. V některých případech nebývá uvedené hledisko definice relevantního trhu vymezeno samostatně a je zahrnuto ve vymezení výrobově relevantního trhu.

Trh užívacích práv tepelným zařízením je omezen na vyhlášení jednotlivých tendrů. Naopak jednotlivé trhy v rámci výroby, rozvodu a dodávky tepla se považují v zásadě za trvalé.

V případě spojování soutěžitelů se relevantní trh vymezuje obvykle období řízení o povolení spojení. Analýzu je ale třeba zaměřit na vývoj tržních podílů v budoucnosti,⁷⁰ a to zejména hlediska možnosti opuštění trhu a vstupu nových soutěžitelů.

5. DOMINANTNÍ POSTAVENÍ

Dominantní postavení má podle zákona o ochraně hospodářské soutěže soutěžitel nebo společně více soutěžitelů, kterým jejich tržní síla umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebite-

⁶⁸ Viz bod 2.1 cenového rozhodnutí Energetického regulačního úřadu č. 2/2013 ze dne 1. listopadu 2013, k cenám tepelné energie a § 2 odst. 1 písm. b) odst. 2 vyhlášky Energetického regulačního úřadu č. 262/2015 Sb., o regulačním výkaznictví.

⁶⁹ Výsledkem analýzy homogenity hospodářských podmínek v určité oblasti a odlišitelnosti této oblasti od sousedních zeměpisných oblastí může být to, že existují posuzované lokality odlišné hospodářské podmínky pro dodávky tepla z centralizovaných a decentralizovaných zdrojů, skupiny těchto zdrojů nebo pro jednotlivý zdroj. Uvedený závěr nemá za následek popření vymezení výrobově relevantního trhu jako trhu dodávek tepla (centrálního i decentralního), ale pouze jeho vymezení geografickým rozměrem.

⁷⁰ Petr, Michal. Zakázané dohody zneužívání dominantního postavení v ČR. Praha: C. H. Beck, 2010. 607 s. ISBN 978-80-7400-307-3. s. 124.

lich.⁷¹ Tržní síla není absolutní pojem, ale vždy se jedná o určitý stupeň tržní síly, který závisí na okolnostech každého jednotlivého případu. Podle Soudního dvora nelze posuzovat schopnost soutěžitele podle jediného kritéria, ale musí být hodnocena na základě okolností na relevantním trhu.⁷² posouzení dominantního postavení proto nelze přistupovat mechanicky.

Na základě předchozí rozhodovací praxe lze vymezit základní kroky postupu, jak posoudit existenci dominantního postavení.⁷³ Nejdříve je třeba zvážit relativní sílu soutěžitelů působících na relevantním trhu a jejich tržní podíly. Soutěžní úřad následně zhodnotí tlak vyvolaný věrohodnou hrozbou budoucího rozšíření činností skutečných konkurentů nebo vstupu potenciálních konkurentů na trh. V neposlední řadě se posoudí tlak vyvolaný vyjednávací silou zákazníků daného soutěžitele (vyrovnávací kupní síla). Analýza postavení soutěžitele vždy vychází z konkrétních okolností na relevantním trhu. Následující text se proto zaměřuje pouze na diskusi vybraných problémů při posouzení dominantního postavení na trzích teplem.

5.1 SOUTĚŽ O TRH

Trh užívacích práv k tepelným zařízením je v České republice případě veřejných zadavatelů zásadně podřízen právní úpravě koncesního zákona.^{74, 75} V situacích, na které uvedená úprava nedopadá, bude třeba ze strany soutěžního úřadu zvážit, zda nedošlo ze strany vlastníka infrastruktury v rámci soutěže o trh ke zneužití dominantního postavení.⁷⁶

⁷¹ Srov. § 10 odst. 1 ZOHS.

⁷² Srov. rozsudek Soudního dvora ve věci C-27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207, odst. 66, 67.

⁷³ Viz Pokyny k prioritám Komise oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, Úř. věst. 2009/C 45/02, bod 12.

⁷⁴ Viz zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů.

⁷⁵ Srov. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. listopadu 2013, č. j. ÚOHS-S549/2013/VZ-23025/2013/522/LKo, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. prosince 2014, č. j. ÚOHS-R409/2013/VZ-25973/2014/323/BRy. Posledně uvedené rozhodnutí bylo napadeno žalobou Krajského soudu v Brně. Řízení je vedeno pod sp. zn. 29 Af 11/2015.

5.2 SOUTĚŽ NA TRHU

5.2.1 VÝROBA TEPLA

V oblasti výroby tepla se jeví problematické zejména posouzení dominantního postavení výrobců tepla kogeneračních zdrojích a systémech *power to heat*. Kogenerační výrobní elektrárny a tepla (dále také „KVET“) lze pro tyto účely rozlišit na zařízení s vysokoúčinnou KVET zařízení, která podmínku vysokoúčinné KVET nesplňují. Výrobce v rámci každé ze skupin volí obchodní strategii, zda má většinu zisků z provozu zařízení tvořit prodej elektrárny nebo tepla.

Provozovatelé zařízení vysokoúčinné KVET se zaměřují zásadně na výrobu elektrárny. Vyšší výrobní náklady ve srovnání s konvenčními zdroji mohou být kompenzovány formou zelených bonusů.⁷⁷ Podpora elektrárny vyrobené ve vysokoúčinné KVET je podmíněná dodávkou užitečného tepla.⁷⁸ tomto obchodním modelu je zájmem výrobce zvýšení výroby tepla za účelem zvýšení výroby elektrárny v režimu podpory.

Zaměření ziskovosti výroby elektrárny nebo tepla je naopak v případech KVET, které nesplňují podmínku vysokoúčinné výroby, podmíněno dalšími okolnostmi. Zejména dříve budovaná teplárenská zařízení jsou orientována

⁷⁶ Komparativně lze odkázat na rozhodnutí německého soutěžního úřadu (*Bundeskartellamt*) ze dne 21. listopadu 2011, sp. zn. B 10-17/11. Příklad se týkal uzavření koncese na plynárenskou infrastrukturu v obci Markkleeberg. Německé právo v oblasti zadávání veřejných zakázek se na případ neaplikovalo. Obec nabízející užívání a požívání svou energetickou infrastrukturu se účastní hospodářské soutěže. V daném případě měl německý soutěžní úřad za to, že město disponovalo na relevantním trhu dominantním postavením. Podle *Bundeskartellamt* se město dopustilo zneužití dominantního postavení. *Bundeskartellamt* rozhodl o schválení závazků města ve prospěch obnovení účinné hospodářské soutěže. Závěr dominantním postavením města na relevantním trhu potvrdil v případě obcí Heiligenhafen a Berkenthin německý nejvyšší soud v rozsudcích ze dne 17. prosince 2013, sp. zn. KZR 65/12 KZR 66/12. Z recentní rozhodovací praxe viz rozhodnutí *Bundeskartellamt* ve věci obce Titisee-Neustadt ze dne 28. ledna 2015, sp. zn. B8-175/11.

⁷⁷ Viz § 8 odst. 2 zákona č. 165/2012 Sb., o podporovaných zdrojích energie a změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

⁷⁸ Podle § 2 písm. h) zákona č. 165/2012 Sb., o podporovaných zdrojích energie a změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, se užitečným teplem rozumí teplo vyrobené v procesu KVET k uspokojování poptávky po teple chlazení, která nepřekračuje potřeby tepla nebo chlazení a která by byla za tržních podmínek uspokojována jinými procesy výroby energie než KVET.

primárně na výrobu tepla. Výroba elektřiny představuje dodatečný zdroj příjmu. Obdobná může být situace u bývalých elektráren nižší účinností výroby elektřiny, které jsou provozovány v teplotěnském režimu. Naopak dodávka odpadního tepla z výroben elektřiny s vysokým instalovaným elektrickým výkonem může pro tyto zdroje představovat dodatečný zdroj příjmu. uvedený model půjde zejména v případě zařízení vyrábějících elektřinu nezávisle na dodávkách tepelné energie.

Výroba tepla ve zdrojích KVET způsobuje komplikace s příležitým vymezením věcně relevantního trhu. V rámci pojednání definici výrobkově relevantního trhu proto autor dospívá k závěru, že je vhodnější vymezit tyto trhy úžeji výrobou tepla. Výše uvedené specifikum KVET však nelze podle jeho názoru zcela pominout. Posouzení dominance na relevantním trhu není mechanickou aplikací kritérií ukotvených v teorii a praxi soutěžního práva. Podle Komise je třeba při uplatňování obecných zásad posuzování dominantního postavení přihlídnout také ke zvláštním skutečnostem okolnostem jednotlivého případu.⁷⁹ Tato obecná zásada nachází uplatnění rovněž v případech KVET.

5.2.2 ROZVOD TEPLA

V oblasti rozvodu tepla se při definici dominantního postavení vzhledem k jeho zásadní povaze přirozeného monopolu neobjevují významnější problémy. V konkrétním případě může být ale nezbytné posoudit soutěžní vztah provozovatelů jednotlivých částí rozvodného tepelného zařízení. Bude se jednat spíše výjimečné případy, kdy lze například zajistit rozvod tepla do města více než jedním tepelným napáječem.

5.2.3 DODÁVKA TEPLA

Velkoobchodní trhy dodávek tepelné energie determinují fyzikální vlastnosti tepla a vázanost na rozvodné tepelné zařízení. Přes provozování systémů centrálního zásobování teplem několika osobami zůstává počet účastníků na jednotlivých úrovních trhu limitován. Na úrovni primárního,

⁷⁹ Viz Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, Úř. věst. 2009/C 45/02, bod 8.

sekundárního a terciárního relevantního trhu dodávek tepla je proto třeba zkoumat, jaký vliv má na postavení soutěžitele na trhu vyrovnávací kupní síla jeho odběratele. V případě primárního trhu je výrobce tepla nezbytné zohlednit výrobu tepla v režimu KVET.

Na maloobchodních trzích s teplem se praxe potýká zejména s posouzením bariér rozšíření činnosti skutečných konkurentů nebo vstupu potenciálních konkurentů na trh.⁸⁰ Může se jednat překážky fyzické, finanční nebo právní.

Při analýze možnosti změny dodavatele tepla je třeba zvážit, zda lze dodávky tepla prostřednictvím rozvodného tepelného zařízení nahradit individuálním zdrojem tepla. Změna způsobu vytápění vyžaduje posoudit dostupnost dodávky primárního zdroje energie. Soutěžní autorita proto zkoumá věcnou a geografickou dostupnost primárního zdroje pro dotčeného zákazníka.⁸¹

Nebrání-li změně způsobu vytápění fyzické překážky dodávek primárního paliva, posoudí se existence finančních bariér. Vybudování individuálního zdroje tepla je spojeno s poměrně vysokými investičními náklady. Finanční náklady na změnu způsobu vytápění zahrnují zejména náklady na odpojení od rozvodného tepelného zařízení,⁸² investiční náklady na instalaci individuálního zdroje tepla a související administrativní náklady. Náklady spojené odpojením od rozvodného tepelného zařízení tvoří jednorázové náklady spojené s odpojením, a to především technický návrh realizace odpojení, výkopové práce, vypuštění rozvodů, zaslepení potrubí, demontáže armatur a měřicích zařízení, hodnota ztracené teplotnosné látky, tlakové zkoušky, terénní úpravy, vyregulování soustavy po odpojení zákazníka, případně další náklady obdobného typu, pokud skutečně vznikly. Do uvedených nákladů se nezahrnuje změna ekonomické situace dodavatele tepla

⁸⁰ Viz BISHOP, Simon; WALKER, Mike. *The Economics of the EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2. vyd. Londýn: Sweet & Maxwell, 2010. 832 s. IBSN 0-421-83000-X. s. 205 a násl.

⁸¹ Ve vztahu k možnostem nahrazení dodávek ze systému centrálního zásobování teplem výrobou tepla v individuálních plynových zdrojích viz rozhodnutí Komise ve věci č. 4064/89 *Gaz de France/Bewag/Gasag* ze dne 20. ledna 1999, odst. 27–31.

⁸² Viz § 77 odst. 5 EnerZ.

způsobená odpojením zákazníka.⁸³ Investice vynaložené výrobcem nebo držitelem licence na rozvod tepelné energie do výroby tepla nebo rozvodného tepelného zařízení nejsou součástí nákladů spojených odpojením od rozvodného tepelného zařízení.⁸⁴

V případě, že zákazník vynaložil náklady na pořízení tepelné přípojky nebo předávací stanice, které nelze po jeho odpojení pro realizaci dodávky tepla dále využívat, je nezbytné zahrnout hodnotu těchto zařízení do investičních nákladů na změnu způsobu vytápění. Naopak nevynaložil-li zákazník zejména při výstavbě objektu náklady na zajištění vytápění objektu, je nutné uvedenou skutečnost zohlednit.⁸⁵ Z ekonomického pohledu tvoří v popsaném případě investiční náklady na pořízení individuálního zdroje tepla zejména náklady kapitálu.

Při zvažování možnosti změny dodávky tepla je třeba současně posoudit, zda na relevantním trhu působí nebo na něj může vstoupit jiný soutěžitel, který ponese náklady na pořízení individuálního zdroje tepla namísto zákazníka.

Samostatnou skupinu bariér rozšíření činnosti nebo vstupu na trh tvoří právní překážky. pohledu změny způsobu vytápění objektu představují tyto překážky zejména: (a) povinnost využít pro vytápění teplo ze soustavy zásobování tepelnou energií nebo zdroje, který není stacionárním zdrojem,⁸⁶ (b) podmíněnost souladem s územní energetickou koncepcí,⁸⁷ a (c) posouzení možnosti udělení vícero licence pro stejné vymezené území.⁸⁸ Závěr o tom, že soutěžitel je schopen chovat se ve značné míře nezávisle na ji-

⁸³ Před novelou EnerZ zákonem č. 131/2015 Sb. srov. BOUŠOVÁ, Ivanka et al. *Energetická legislativa kostce 3. Komentář k energetickému zákonu, zákonu o hospodaření energií a zákonu podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie včetně prováděcích předpisů k těmto zákonům*. aktual. vyd. Praha: Done, c2009. 879 s. ISBN 978-80-903114-4-2. s. 152 a 153.

⁸⁴ Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. března 2014, sp. zn. 33 Cdo 4273/2013. Viz také usnesení Nejvyššího soudu ze dne 22. prosince 2004, sp. zn. 25 Cdo 2206/2003.

⁸⁵ Bez zajištění vytápění objektu nelze klimatických podmínkách České republiky objekt celoročně řádně užívat.

⁸⁶ Srov. § 16 odst. 7 zákona č. 201/2012 Sb., o ochraně ovzduší, ve znění pozdějších předpisů.

⁸⁷ Srov. § 77 odst. 5 věta první EnerZ.

⁸⁸ Srov. § 8 odst. 3 EnerZ.

ných soutěžitelích nebo spotřebitelích, je založen na posouzení faktických možnostech chování soutěžitele na relevantním trhu. Pojem právní překážky rozšíření činnosti nebo vstupu na trh nelze tohoto důvodu interpretovat formalisticky, ale pouze s ohledem na praktickou aplikaci příslušné právní normy.

Nejvyšší správní soud k povinnosti využití tepla ze soustavy zásobování tepelnou energií uvedl, že podle dotčené právní normy posuzují státní orgány primárně vliv navrhované změny způsobu vytápění na kvalitu ovzduší, nikoli její technickou proveditelnost a ekonomickou přijatelnost.⁸⁹ ochraně uvedeného veřejného zájmu jsou povolány příslušné orgány státní správy. Držitel licence na výrobu nebo rozvod tepla se nemůže podle Nejvyššího správního soudu domáhat ochrany tohoto veřejného zájmu v soudním řízení.⁹⁰ Krajský soud v Ústí nad Labem v této souvislosti jako *obiter dictum* uvedl, že smyslem účastenství držitele licence ve stavebním řízení má být ochrana jeho věcných práv nemovitosti v důsledku umístění jeho rozvodného tepelného zařízení, případně vlastnických práv k němu. Účelem účastenství není ve smyslu citovaného rozhodnutí ochrana jeho podnikatelských záměrů, ekonomických zájmů a dosavadních investic, včetně investic do rekonstrukce části rozvodného tepelného zařízení.⁹¹ Držitel licence na výrobu nebo rozvod tepelné energie není podle soudu oprávněn vznášet ve správním nebo následném soudním řízení proti rozhodnutí, kterým bylo rozhodnuto povolení změny způsobu vytápění v rozporu s územní energetickou koncepcí, námitky týkající se ochrany veřejného zájmu.⁹²

Dále je třeba zkoumat, zda existuje překážka vydání licence na výrobu a rozvod tepla na území totožném vymezeným územím konkurenčního do-

⁸⁹ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. března 2007, sp. zn. 1 As 16/2006. Uvedené závěry přijal Nejvyšší správní soud ve vztahu k § 3 odst. 8 zákona č. 86/2002 Sb., o ochraně ovzduší o změně některých dalších zákonů (zákon o ochraně ovzduší), ve znění pozdějších předpisů. S odkazem na dikci ustanovení interpretovaného rozsudku, odůvodnění rozsudku a text současné právní úpravy lze mít za to, že uvedené závěry nebyly přijetím nové právní úpravy překonány.

⁹⁰ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. dubna 2014, č. j. 5 As 91/2013 – 50, odst. 39, 45.

⁹¹ Viz rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem v rozsudku ze dne 2. dubna 2013, č. j. 59 40/2012 – 46, s. 21, 22.

davatele tepla. Pojem vymezené území používá energetický zákon ve vztahu k distribuci elektřiny, plynu nebo rozvodu tepelné energie. Pro držitele licence na výrobu tepla se vymezené území nestanoví. V licenci na výrobu tepelné energie se určí provozovna.⁹³

Vymezeným územím se v oblasti rozvodu tepelné energie rozumí území, na němž držitel licence na rozvod tepelné energie vykonává licencovanou činnost.⁹⁴ Podle energetického zákona lze na každé výrobní nebo rozvodné zařízení vydat pouze jednu licenci.⁹⁵ Zákaz udělení licence na výrobu tepelné energie ve stejné lokalitě výroby tepla (provozovny) nebo rozvod tepla ve stejném vymezeném území energetický zákon nestanoví. Podle vyhlášky podrobnostech udělování licencí pro podnikání v energetických odvětvích⁹⁶ se v žádosti o udělení licence na výrobu nebo rozvod tepla provozovna nebo vymezené území podrobně identifikuje. Provozovna se žádosti o udělení licence na výrobu tepla určí zejména názvem obce, případně její části a názvem ulice, číslem popisným a orientačním, bylo-li přiděleno, poštovním směrovacím číslem, názvem číselným kódem katastrálního území. Návrh vymezeného území rozvodného tepelného zařízení se v jednotlivých případech liší od specifikace zákresem souvislého území, ve kterém má být činnost vykonávána, do kopie katastrální mapy nebo její zvětšeniny až po určení parcelními čísly pozemků.⁹⁷ Rozhodnutí Energetického regulačního úřadu o udělení licence obsahuje seznam provozoven nebo seznam vymezených území či specifikaci rozvodných zařízení, pro něž se licence uděluje.

Z dlouhodobé ustálené praxe Energetického regulačního úřadu vyplývá, že v licencích je vymezené území geograficky specifikováno zásadně ná-

⁹² Podle výkladu Ministerstva pro místní rozvoj nelze do územně plánovací dokumentace včlenit požadavek na povinné připojení k soustavě zásobování tepelnou energií. Požadavek na povinné připojení k soustavě zásobování tepelnou energií nemůže obsahovat ani územní energetická koncepce (srov. *Odpojování od centralizovaného zásobování teplem. Metodická pomůcka odboru stavebního řádu MMR*. Stavebně správní praxe – příloha časopisu *Urbanismus a územní rozvoj*. 2012. roč. XV, č. 1. ISSN 1212-0855. s. 3–9.).

⁹³ Viz § 7 odst. 8 EnerZ.

⁹⁴ Viz § 2 odst. 1 písm. a) EnerZ.

⁹⁵ Viz § 8 odst. 3 EnerZ.

⁹⁶ Viz vyhláška č. 426/2005 Sb., podrobnostech udělování licencí pro podnikání v energetických odvětvích, ve znění pozdějších předpisů.

⁹⁷ Srov. § 5 a § 6 citované vyhlášky.

zvem a číselným kódem katastrálního území. Z rozhodnutí udělení licence nelze dovozovat, že držitel licence je oprávněn působit a skutečně působí na území celého katastrálního území, které je v něm uvedeno. Je třeba zdůraznit, že licence se uděluje na určité energetické zařízení, nikoli na geografické území. Geografická specifikace vymezeného území plní zejména informační funkci o jeho zeměpisném umístění.⁹⁸ jednom katastrálním územím uvedeném v licenci může být současně uděleno několik licencí stejného druhu.^{99, 100}

Výstavba výroby tepla vyžaduje v omezeném okruhu případů závazné stanovisko Státní energetické inspekce.^{101, 102} Výstavba rozvodného tepelného zařízení uvedenému omezení nepodléhá. Energetický regulační úřad není oprávněn odmítnout udělení licence na výrobu nebo rozvod tepelné

⁹⁸ Z důvodu snížení administrativní náročnosti oznamuje podle § 9 odst. 1 EnerZ držitel licence na rozvod tepelné energie Energetickému regulačnímu úřadu souhrnné změny jím provozovaných energetických zařízení za uplynulý kalendářní rok nově vybudovaných energetických zařízení, získaných energetických zařízení nebo energetických zařízení, která přestal využívat pro svoji licencovanou činnost, a to včetně odstraněných energetických zařízení, pokud se nacházejí na jeho vymezených územích, nejpozději do 30. dubna v rámci regulačních výkazů.

⁹⁹ Uvedené závěry lze názorně demonstrovat na vztahu vymezených území společností zajišťujících distribuci elektřiny na regionální a lokální úrovni. Regionální distribuční společnosti vykonávají činnost distribuce elektřiny mnoha případech na celém katastrálním území, v jehož rámci je specifikováno vymezené území lokální distribuční společnosti.

¹⁰⁰ Jako výlučné jsou vydávány pouze licence na přenos elektřiny, přepravu plynu a činnosti operátora trhu, a to na celé území České republiky (§ 4 odst. 2 EnerZ).

¹⁰¹ V případě výroby tepla celkovém tepelném příkonu nad 20 MW vydává Státní energetická inspekce závazná stanoviska. Při pořizování politiky územního rozvoje a územní plánovací dokumentace, pokud se umísťují výroby tepla o celkovém tepelném příkonu nad 20 MW je Státní energetická inspekce dotčeným orgánem státní správy (§ 13 odst. 2 a 3 zákona č. 406/2000 Sb., hospodaření energií, ve znění pozdějších předpisů).

¹⁰² Komparativně lze odkázat na právní úpravu v tepelné energetice ve Slovenské republice. Podle § 12 odst. 1 zákona č. 657/2004 Z. z., o tepelnej energetike, ve znění pozdějších předpisů, lze uskutečnit výstavbu soustavy zásobování tepelnou energií nebo její části s celkovým tepelným výkonem 10 MW více pouze na základě osvědčení o souladu připravované výstavby soustavy zásobování tepelnou energií nebo její části s Energetickou politikou Slovenské republiky. Osvědčení vydává Ministerstvo hospodářství a je závazné. Podle odstavce 3 citovaného paragrafu Ministerstvo osvědčení nevydává, pokud by se tím snížil odběr tepla existujícího účinného centralizovaného zásobování teplem a jsou současně splněny další podmínky. Obdobná pravidla platí pro povolování výstavby na základě závazného stanoviska obce pro výstavbu tepelných zařízení s celkovým instalovaným tepelným výkonem od 100 kW včetně do 10 MW (§ 12 odst. 8 a 9 citovaného zákona).

energie z důvodu ochrany produkční efektivnosti existujících energetických zařízení (*productive efficiency*).¹⁰³ Podmínění činnosti výroby rozvodu tepelné energie udělením licence nepředstavuje absolutní překážku výstavby a provozu zařízení na výrobu a rozvod tepla v katastrálním území, kde uvedenou činnost vykonává jiný podnik.

V rámci problematiky vyrovnávací kupní síly lze zdůraznit relativně nízký počet zákazníků. Zákazníky jsou na maloobchodním trhu osoby odebírající teplo pro vlastní spotřebu, společenství vlastníků, bytová družstva významní vlastníci objektů spotřeby, kteří teplo jiným osobám dále rozúčtovávají. Dodávka tepla prostřednictvím rozvodného tepelného zařízení je spojena s vysokým podílem fixních nákladů. Z ekonomického hlediska tato skutečnost spolu s omezeným počtem účastníků trhu zakládá relativně vyšší kupní sílu jednotlivého zákazníka.

6. PŘÍSTUP TŘETÍ STRANY ROZVODNÉMU TEPELNÉMU ZAŘÍZENÍ

Soutěžitel v dominantním postavení se může odmítnutím přístupu k nezbytné infrastruktuře dopustit jeho zneužití. Sektor tepelné energetiky není podřízen pravidlům o odděleném výkonu jednotlivých činností (*unbundling*), které se uplatňují na trhu elektřinou a plynem.¹⁰⁴

Teplárenství je v České republice podrobena specifické úpravě energetického zákona. Podřízenost osoby sektorové regulaci vykonávané Energetickým regulačním úřadem pravomoc Úřadu pro ochranu hospodářskou

¹⁰³ Produkční efektivnost slouží zamezení vstupu nového soutěžitele do hospodářského odvětví, jehož výsledkem je duplikace fixních nákladů nebo vstupu soutěžitelů, kteří nenabízejí na trhu nové výrobky nebo výrobní technologie a vstupují na trh za účelem dodávek zboží nebo služby pouze nejvíce ziskové skupině spotřebitelů (tzv. *cream-skimming*) [Blíže viz DECKER, op. cit., s. 45, 47–49.].

¹⁰⁴ K diskuzi o potřebě unbundlingu v tepelné energetice komparativně viz Protimonopolný úřad Slovenskej republiky. *Štúdia fungovaní a problémoch v sektore tepelného hospodárstva v SR so zameraním na systémy CZT pohľadu Protimonopolného úradu SR*, s. 10, 11. Dostupné z: <http://www.antimon.gov.sk/> (cit. 2015-04-21); Bundeskartellamt. *Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle*. 22. červen 2012, s. 23 a násl. Dostupné z: <http://www.bundeskartellamt.de/> (cit. 2015-04-21); Bundeskartellamt. *Abschlussbericht Sektoruntersuchung Fernwärme. Zpráva podle § 32e GWB*. srpen 2012, odst. 277 a násl. Dostupné z: <http://www.bundeskartellamt.de/> (cit. 2015-04-21).

soutěž podle rozhodnutí ve věci *RWE Transgas, a.s.*,¹⁰⁵ nevylučuje.¹⁰⁶ Energetický zákon nelze považovat ve vztahu k ZOHS za zvláštní právní úpravu.¹⁰⁷ Sektorový regulátor energetice je nadán pravomocí k podpoře hospodářské soutěže v energetických odvětvích.¹⁰⁸ Pravomoc soutěžního úřadu zahrnuje její podporu a ochranu.¹⁰⁹ Podpora hospodářské soutěže je činnost směřující do budoucna. Ochrana zahrnuje možnost *ex post* hodnotit minulé děje, napravovat jejich následky a povolávat jejich původce k odpovědnosti.

Rozsah působnosti sektorového regulátora a soutěžní autority se liší. Sankční pravomoc soutěžního úřadu je ve srovnání se sektorovým regulátorem podstatně širší. Soutěžní úřad je nadán pravomocí ke komplexní ochraně hospodářské soutěže, zatímco činnost Energetického regulačního úřadu se omezuje na její podporu. Závěry Nejvyššího správního soudu rozhodnutí *RWE Transgas* jsou v souladu s pozdějšími rozhodnutími Soudního dvoru ve věci *Deutsche Telekom*.¹¹⁰ Podle soudu se právo na ochranu hospodářské soutěže aplikuje i případně, kdy sektorová regulace zachovává možnost hospodářské soutěže, kterou mohou podniky samostatným jednáním vyloučit, omezit nebo narušit.^{111, 112}

S potřebou současné citlivé aplikace sektorové regulace a soutěžního práva v energetických odvětvích se nelze než ztotožnit. české aplikační praxi zůstává ale dosud nevyřešena otázka, zda může národní právo na

¹⁰⁵ Viz usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 18. prosince 2007, č. j. Komp 3/2006-511.

¹⁰⁶ K rozhodovací praxi ve Slovenské republice viz komparativně ORŠULOVÁ, Andrea. *(Ne)končiaca diskusia nad slovenskou rozhodovacou praxou: vymedzenie právomocí hranice sektorového regulátora súťažnej autority*. Antitrust. roč. 2010, č. 2. ISSN 1804-1183. s. 17–21 nebo z recentní rozhodovací praxe viz rozhodnutí Rady Protimonopolního úřadu Slovenské republiky ze dne 29. června 2012, č. 2012/DZ/R/2/030, odst. 28.

¹⁰⁷ K povaze sektorové regulace jako *lex specialis* k soutěžnímu právu viz BERGH, Caroline van den. In TALUS, Kim et al. (eds.). *EU Energy Law and Policy Issues. Volume 3*. Cambridge: Intersentia, 2012, 395 s. ISBN 978-1-78068-048-4. s. 191–193.

¹⁰⁸ Srov. § 17 odst. 4 EnerZ.

¹⁰⁹ Srov. § 1 odst. 1 zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.

¹¹⁰ Viz rozhodnutí Soudního dvoru ve věci T-271/03 *Deutsche Telekom Commission* [2008] ECR II-477, a C-280/08P *Deutsche Telekom v Commission* [2010] ECRI-9555, [2010] 5 CMLR 1485.

¹¹¹ Tamtéž, T-271/03, odst. 106–120, a C-280/08P, odst. 80–90.

ochranu hospodářské soutěže sloužit také jako nástroj pro liberalizaci trhů nad rámec úpravy sektorové regulace.^{113, 114} V situaci, kdy není vztah energetického zákona a ZOHS detailněji upraven, lze argumentovat ve prospěch každého z řešení. Za uvedených podmínek představuje následující text analýzu potenciální aplikace doktríny *essential facilities*¹¹⁵ na trhy zásobování teplem České republiky.

6.1 ROZHODOVACÍ PRAXE

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže připustil možnost přístupu třetí strany na trh dodávek tepla na základě práva na ochranu hospodářské soutěže v rozhodnutí *Dalkia Morava*. Úřad v rozhodnutí uvedl, že ustanovení § 11 odst. 1 písm. f) ZOHS umožňuje nezávislému výrobcí tepla dodávat prostřednictvím rozvodného tepelného zařízení provozovaného jinou oso-

¹¹² Ke srovnání rozhodovací praxe orgánů Evropské unie ve Spojených státech amerických viz např. MONTI, Giorgio. *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*. Competition Law Review. roč. 4, č. 2. s. 121–145.; ARENA, Amedeo. *The Relationship between Antitrust and Regulation in the US and the EU: Can Legal Tradition account for the Differences?* Cambridge Journal of International and Comparative Law. roč. 3 (2014), č. 2. s. 330–356.

¹¹³ Komparativně lze odkázat na německé rozhraničení působnosti sektorové úpravy v elektroenergetice a plynárenství na straně jedné a národního práva na ochranu hospodářské soutěže na straně druhé. Vztah obou oblastí upravují § 130 odst. 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. S. 1750, 3245) a § 111 odst. 1 Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621). Podle citované úpravy se přístup k elektrizační plynárenské soustavě řídí sektorovou regulací, nad jejíž aplikací bdí sektorový regulátor (*Bundesnetzagentur*). Oblast výroby a dodávky elektřiny a plynu podléhá úpravě zákona o ochraně hospodářské soutěže, unijním soutěžním předpisům kompetencím soutěžního úřadu. Trh zásobování teplem není v Německu *ex ante* regulován.

¹¹⁴ K diskuzi o podřízení potenciálně konkurenčních činností v síťových odvětvích sektorové regulaci viz např. NEWBERY, David. *The Relationship between Regulation and Competition Policy for Network Utilities*. Dostupné z: <http://www.eprg.group.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2008/11/eprg0611.pdf> (cit. 2015-04-22).

¹¹⁵ Pojem *essential facilities* označuje zejména infrastrukturu, kterou nelze technických, environmentálních nebo ekonomických důvodů duplikovat a pokud je přístup k ní nezbytný pro vstup nových soutěžitelů na dolní (odběratelské) trhy (*downstream markets*). Vyjma energetického sektoru jsou typickými příklady uvedeného konceptu letiště, námořní přístavy, účastnické vedení v telekomunikacích (*local loop*). Koncept *essential facilities* se nevztahuje pouze na infrastrukturu, ale může se týkat například informací nezbytných k vstupu na dolní (odběratelské) trhy [viz JONES, Christopher, op. cit., s. 282.].

bou teplo zákazníkům na maloobchodním trhu s teplem.¹¹⁶ detailnějšímu posouzení uvedeného řešení se Úřad nevyjádřil.

Slovenský soutěžní úřad aplikaci doktríny *essential facilities* ve věci *Cofely* s odkazem na sektorovou právní úpravu v odvětví a praxi regulačního úřadu odmítl.¹¹⁷

Německý soutěžní úřad přístup třetích stran do rozvodného tepelného zařízení souladu s doktrínálními závěry¹¹⁸ připouští.¹¹⁹ Výroba tepla je optimalizována jeho spotřebě v zásobovaném území. Přístup třetí strany k rozvodnému tepelnému zařízení bude mít proto podle německé soutěžní autority výjimečnou povahu.

Žádný uvedených soutěžních úřadů se ale dosud uvedenou problematikou v konkrétním řízení nezabýval.

6.2 SEKTOROVÁ REGULACE A ESSENTIAL FACILITIES

Přístup třetí strany k rozvodnému tepelnému zařízení je podle sektorové úpravy omezený. Držitel licence na rozvod tepelné energie je povinen vykupovat teplo vyrobené obnovitelných zdrojů a za tím účelem umožnit připojení výroby tepla k rozvodnému tepelnému zařízení za stanovených podmínek zákonem o podpoře obnovitelných zdrojů¹²⁰ (*single buyer model*).¹²¹

Povinnost výkupu se vztahuje pouze na množství tepla, které neohrozí spolehlivý bezpečný provoz dotčené soustavy zásobování tepelnou energií nebo její části. Povinný výkup tepla nesmí omezit využití obnovitelných

¹¹⁶ Viz sub 62, s. 7–9.

¹¹⁷ Viz sub 23, s. 42 a 43.

¹¹⁸ Viz KÖRBER, op. cit.

¹¹⁹ Viz Bundeskartellamt. *Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle*. 22. červen 2012, s. 23 a násl. Dostupné z: <http://www.bundeskartellamt.de/> (cit. 2015-04-21). Je třeba zdůraznit, že na rozdíl od českého slovenského teplařství není německý trh zásobování teplem podroben sektorové regulaci.

¹²⁰ Viz zákon č. 165/2012 Sb., o podporovaných zdrojích energie a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „POZE“).

¹²¹ Naopak držitel licence na výrobu nebo rozvod tepelné energie má za stanovených podmínek kontraktační povinnost uzavřít smlouvu dodávce tepla, pokud o ni oferent požádá (§ 76 odst. 1 EnerZ).

zdrojů v jiném zdroji tepelné energie připojeném k rozvodnému tepelnému zařízení.

Držitel licence na rozvod tepla je oprávněn připojení výroby tepla a výkupu tepla od nezávislého výrobce odmítnout, pokud není výrobcem tepla držitelem licence podle energetického zákona nebo pokud je rozvodné tepelné zařízení součástí účinné soustavy zásobování tepelnou energií. Povinnost výkupu tepla nevzniká také, pokud by tím došlo ke zvýšení celkových nákladů na pořízení tepla pro stávající odběratele držitele licence na rozvod tepelné energie, nebo pokud parametry teplotnosné látky neodpovídají parametrům rozvodným tepelným zařízením soustavy zásobování tepelnou energií v místě připojení.¹²² Držitel licence na rozvod tepelné energie není povinen vykupovat teplo nebo umožnit přístup výrobce do rozvodného tepelného zařízení pro teplo, které nepochází z obnovitelných zdrojů.¹²³

Soudní dvůr vytvořil v rozhodnutí ve věci *Bronner*¹²⁴ test pro posouzení, zda odmítnutí přístupu nezbytné infrastruktury představuje zneužití dominantního postavení. Podle soudu musí (a) odmítnutí přístupu vést pravděpodobně k vyloučení veškeré soutěže na trhu; (b) přístup soutěžitele k nezbytné infrastruktury je nepostradatelný k jeho působení na trhu neexistuje k němu žádný skutečný ani potenciální substitut; a (c) odmítnutí přístupu nelze objektivně ospravedlnit.¹²⁵ Soudní dvůr dále dovodil, že o nezbytnou

¹²² Srov. § 27 odst. 1 a 2 POZE.

¹²³ Podle úpravy § 33 zákona č. 222/1994 Sb., o podmínkách podnikání o výkonu státní správy v energetických odvětvích a Státní energetické inspekci ve znění zákona č. 83/1998 Sb. existovala povinnost výkupu tepla z kombinované výroby tepla a elektřiny, tepla získaného jako vedlejší produkt při technologických procesech.

¹²⁴ Viz rozhodnutí ve věci C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG a Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co KG* [1998] ECR I-7791, odst. 41.

¹²⁵ V rozhodnutí ve věci *IMS* Soudní dvůr dále uvedl, že podmínkou aplikace doktríny *essential facilities* je také skutečnost, že odmítnutí přístupu brání uvedení nového produktu na trh {rozhodnutí ve věci C-418/01 *IMS Health GmbH & Co OHG NDC Health GmbH & Co KG* [2004] ECR-I 5039, odst. 49.}. Uvedené kritérium je nutno omezit na aplikaci v případech nehmotných statků a práva duševního vlastnictví. oblasti energetických odvětví lze mít za to, že se uvedené kritérium neaplikuje (viz KOTLOWSKI, Alexander. *Third-party Access Rights in the Energy Sector: A Competition Law Perspective*. Utilities Law Review. roč. 16, č. 3. ISSN 1099-1808. s. 107, 108.).

infrastrukturu se nejedná, pokud existují ve vztahu předmětnému zařízení alternativní výrobky nebo služby, a to i v případě, že jsou méně výhodné. aplikaci doktríny nepostačuje, že duplikace zařízení je složitá. Duplikace zařízení musí být neodůvodněná.¹²⁶ Doktrínu *essential facilities* tudíž nelze aplikovat, pokud existuje k zařízení alternativní řešení, a to i případě, že uvedená alternativa způsobuje znevýhodnění v hospodářské soutěži.

Klasifikace zařízení jako *essential facility* nevyžaduje, aby se jednalo o monopol. Porušení práva na ochranu hospodářské soutěže se případě odmítnutí přístupu k nezbytné infrastruktuře může dopustit soutěžitel v dominantním postavení. K posouzení, zda zařízení představuje *essential facility* či nikoli je třeba přistupovat každém případě individuálně. Při tomto hodnocení se vychází z vymezení relevantního trhu.

Sektorová právní úprava a předpisy o ochraně hospodářské soutěže vedou při stanovení podmínek přístupu třetích stran energetické soustavy k liberalizaci trhu s tepelnou energií. *Ex ante* úprava přístupu třetí strany k energetické soustavě zajišťuje plnění uvedeného cíle pohledu sektorové regulace, zatímco doktrína *essential facilities* z hlediska ochrany hospodářské soutěže. Sektorová regulace představuje specifickou a specializovanou právní úpravu s cílem otevření energetických trhů. Úloha práva na ochranu hospodářské soutěže je užší neobsahuje specializované nástroje regulace přístupu do soustavy. Jejím cílem je zejména *ex post* identifikovat a ukončit jednání zakládající zneužití dominantního postavení.¹²⁷ Soutěžně-právní praxe přistupuje k zohledňování jiných hodnot než ochrany svobody soutěže zdrženlivě.

Na rozdíl od trhu s elektřinou plynem je sektorová regulace v teplárenství založena na povinném výkupu tepelné energie. Úroveň liberalizace dodávek tepla prostřednictvím rozvodného tepelného zařízení nedosahuje stupeň otevření trhu v elektroenergetice a plynárenství. Podle důvodové

¹²⁶ Viz rozhodnutí ve věci C-418/01 *IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG* [2004] ECR-I 5039, odst. 28.

¹²⁷ Viz DIATHESOPOULOS, Michael D. *Competition Law and Sector Regulation in the European Energy Market after the Third Energy Package: Hierarchy and Efficiency*. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, s. 40, 41. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2026607> (cit. 2015-05-17).

zprávy právní úpravě zavádějící povinnost výkupu tepla¹²⁸ je účelem uvedené povinnosti šetření primárních zdrojů energie a ochrana životního prostředí. V případě elektroenergetiky a plynárenství je účelem sektorové regulace naopak liberalizace trhu. Vztah sektorové právní úpravy přístupu třetích stran energetické soustavy a práva na ochranu hospodářské soutěže na jedné straně v teplotárenství a na druhé straně elektroenergetice a plynárenství nelze z uvedených důvodů srovnávat.

Pro posouzení aplikace doktríny *essential facilities* v tepelné energetice jsou rozhodná první dvě kritéria vymezená rozsudkem *Bronner*. Je třeba odpovědět na otázku, zda (a) může odmítnutí přístupu vést pravděpodobně k vyloučení veškeré soutěže na trhu, a (b) zda je přístup soutěžitele k nezbytné infrastruktuře nepostradatelný jeho působení na trhu.

Rozlišují se velkoobchodní a maloobchodní trhy s tepelnou energií. Tepelnou energii vyrobenou v centralizovaném nebo decentralizovaném zdroji považuje autor tohoto článku za stejný produkt. Velkoobchodní trhy tepelnou energií jsou vázány na infrastrukturu rozvodného tepelného zařízení. Odmítnutí přístupu k rozvodnému tepelnému zařízení může zpravidla vést k vyloučení veškeré soutěže na relevantním trhu.¹²⁹ Naopak v oblasti maloobchodních dodávek tepla bude třeba závislosti na možnostech decentralizované výroby tepla v dané lokalitě posoudit, zda odmítnutí přístupu do rozvodného tepelného zařízení za účelem dodávek tepla zákazníkům může potencionálně vyloučit na trhu veškerou soutěž, tj. zda vstup a působení na trhu umožňuje v daném případě výroba tepla individuálním zdroji tepla.¹³⁰

Doktrína *essential facilities* je z pohledu soutěžního práva aplikovatelná rovněž na trzích s tepelnou energií. Právní úprava v energetice předpisy

¹²⁸ Viz sněmovní tisk 1113/0 ze dne 16. srpna 1994, vládní návrh zákona podmínkách podnikání a o výkonu státní správy energetických odvětvích (volební období 1992–1996). Dostupné z: <http://www.psp.cz/> (cit. 2015-04-21).

¹²⁹ Aplikace doktríny *essential facilities* v uvedeném případě zajišťuje rozvod tepla rozvodným tepelným zařízením na velkoobchodní úrovni trhu s teplem. Umožňuje střet nabídky a poptávky jednotlivých soutěžitelů. Povinnost umožnit přístup soustavě ale implicitně nezakládá povinnost odběratele na velkoobchodním trhu k výkupu tepla od třetí strany. Případné zneužití dominantního postavení v podobě obecného *refusal to deal* je nutno posoudit nezávisle na aplikaci doktríny *essential facilities*.

soutěžního práva v České republice mají podobu zákona a neexistuje mezi nimi vztah hierarchie. Důsledkem aplikace doktríny *essential facilities* nemůže být z uvedeného důvodu rozpor se sektorovou regulací. Použitelnost doktríny sektoru tepelné energetiky tak může být limitována.

Ke zneužití dominantního postavení odmítnutím přístupu k rozvodnému tepelnému zařízení může dojít zejména při smlouvě o dodávce tepelné energie mezi účastníky velkoobchodních trhů s teplem, jejichž tepelná zařízení nejsou fyzicky bezprostředně propojena.¹³¹ Uvedení účastníci trhu jsou oprávněni uzavřít smlouvu dodávce tepla a držitel licence na rozvod tepla,¹³² propojující jejich licencovaná zařízení je povinen zajistit její rozvod. Kontraktační povinnost držitele licence na rozvod tepla¹³³ ale praktickou aplikaci uvedené konstrukce omezuje na výjimečné okolnosti.

Ve vztahu k aplikaci doktríny *essential facilities* na maloobchodních trzích s teplem je významné vymezení účastníků trhu tepelnou energií.¹³⁴ Pro posouzení možnosti vstupu soutěžitelů na nižší úrovni trhu je pod-

¹³⁰ Centrální a decentrální výroba tepelné energie mohou představovat mezi sebou navzájem plně zastupitelné alternativy způsobu výroby tepla. Na rozdíl od decentrální výroby elektřiny je decentrální výroba tepla schopna plně pokrýt potřeby zákazníka. případě decentrální výroby elektřiny jsou v současnosti schopné podobnou situaci zajistit zpravidla pouze výroby elektřiny s instalovaným výkonem odpovídající maximální příkonu, který zákazník požaduje. Uvedené řešení se objevuje zejména ve velkých průmyslových areálech. V ostatních případech není decentrální výroba elektřiny tepla vzhledem na problémy se skladováním elektřiny srovnatelná. Komise se v minulosti zabývala možností substituce zemního plynu dodávaného prostřednictvím plynárenské soustavy, a zkapalněného zemního plynu (dále jen „LNG“) na velkoobchodních trzích. V případech dostatečné importní kapacity LNG Komise uzavřela, že na velkoobchodních trzích jsou LNG zemní plyn importovaný plynovým potrubím v soutěžním vztahu (viz rozhodnutí Komise IV/M.1573 *Norsk Hydro/Saga* ze dne 5. července 1999, odst. 11; rozhodnutí Komise ve věci COMP/M.4545 *Statoil/Hydro* ze dne 3. května 2007, odst. 14; nebo COMP/M.6477 *BP/Chevron/Eni/Sonangol/Total/JV* ze dne 16. května 2012, odst. 17, 18.). Autorovi tohoto článku není známo rozhodnutí Komise, které by pojednávalo o vymezení maloobchodního trhu se zemním plynem, dodávaným plynárenskou soustavou, ve vztahu ke LNG.

¹³¹ Jako příklad lze uvést nezávislého výrobce tepelné energie v centrálním zdroji tepla, připojeném na primární rozvod tepla. Uvedený výrobce tepelné energie držitel licence na rozvod tepla sekundárními rozvody tepla jsou oprávněni uzavřít smlouvu o dodávce tepla.

¹³² Vzhledem k omezení činnosti dodavatele tepla licencí, z níž je postavení dodavatele odvozeno, lze dovodit, že odběrné místo se musí nacházet na předmětu licencované činnosti (např. na výstupu ze zdroje).

¹³³ Srov. § 76 odst. 1 EnerZ.

¹³⁴ Viz část 3. tohoto článku.

statná zejména definice pojmu dodavatel. Dodavatelem může být výrobce nebo distributor tepelné energie, který dodává tepelnou energii jiné osobě. Vstup osoby, která některou z uvedených podmínek nesplňuje, je vyloučen. Výroba a rozvod tepelné energie jsou licencovanými činnostmi. Rozsah oprávnění je vymezen výrobním nebo rozvodným tepelným zařízením, resp. jeho částí, k němuž se licence uděluje. Pro výkon činnosti dodávky tepla zákon licenci nevyžaduje. Dodavatelem tepla může být jeho výrobce nebo distributor.¹³⁵ uvedené skutečnosti lze dovodit, že výkon činnosti dodavatele je omezen rozsahem příslušné licence. Možnost přímé dodávky tepla zákazníkovi ze strany výrobce v centrálním zdroji tepla přes rozvodné tepelné zařízení jiného soutěžitele je třeba z uvedeného důvodu odmítnout.

7. ZÁVĚR

Trh s tepelnou energií se vyznačuje přes svoji lokální povahu komplikovanou strukturou právních vztahů technických řešení. Při posuzování existence dominantního postavení soutěžitelů, kteří na trhu působí, se aplikuje obecná teorie soutěžního práva.

V rámci věcného vymezení trhu je třeba dbát o striktní rozlišení soutěže o trh soutěže na předmětném trhu. Na účastníky trhu s teplem se na rozdíl od sektoru elektroenergetiky a plynárenství nevztahuje povinnost právního nebo vlastnického oddělení činností. Uvedená skutečnost nebrání pro účely posouzení dominantního postavení vertikálně integrovaného soutěžitele samostatnému vymezení jednotlivých trhů, na nichž soutěžitel působí. Obecně je třeba rozlišovat věcně trh výroby, rozvodu a dodávky tepla. Tepelná energie bez ohledu na formu centralizované nebo decentralizované výroby představuje jediný produkt, který nelze substituovat. oblasti rozvo-

¹³⁵ Podle § 2 odst. 2 písm. c) bodu 1 EnerZ je distributorem osoba, která má vlastnické nebo užívací právo rozvodnému tepelnému zařízení, kterým se tepelná energie dopravuje nebo transformuje a dodává k dalšímu využití jiné fyzické či právnické osobě. Podle doslovného výkladu vymezení dodavatele by jím mohl být současně vlastník i pachtýř rozvodného tepelného zařízení. Pachtýř rozvodného tepelného zařízení je držitelem licence na rozvod tepelné energie. Vlastník přenechal svá užívací požívací práva pachtýřovi a sám není držitelem licence na rozvod tepla. Podle názoru autora tohoto článku je proto třeba vykládat vymezení dodavatele tepelné energie restriktivně, a to tak, že dodavatel může být pouze výrobce nebo držitel licence na rozvod tepelné energie.

du tepelné energie lze identifikovat trhy rozvodu jednotlivými částmi rozvodného tepelného zařízení. V závislosti na charakteru dodávek mezi jednotlivými účastníky trhu rozlišujeme velkoobchodní a maloobchodní trh dodávek tepla.

Při geografické definici trhu autor odmítá vymezení trhů dodávek tepla v závislosti na technickém řešení jednotlivých systémů zásobování teplem. Pro vymezení zeměpisně relevantního trhu je rozhodné obecné kritérium, zda jsou podmínky hospodářské soutěže dané oblasti dostatečně stejnorodé, a zda může být tato oblast odlišena od sousedních zeměpisných oblastí, protože zejména podmínky hospodářské soutěže jsou v těchto oblastech zjevně odlišné.

Hodnocení existence dominantního postavení soutěžitele na trhu s teplem vyžaduje zohlednit, zda se výroba realizuje ve výtopeném režimu nebo zda probíhá procesu kombinované výroby elektřiny a tepla. Teorie soutěžního práva vyžaduje, aby se v rámci uvedeného stádia zhodnotily také možnosti přechodu odběratelů k jinému dodavateli, případně vstup nových soutěžitelů na relevantní trh.

Obecná aplikovatelnost soutěžního práva regulovaných odvětvích umožňuje, že se soutěžitel může dopustit zneužití dominantního postavení odmítnutím přístupu k rozvodnému tepelnému zařízení. Velkoobchodní trhy s tepelnou energií jsou vázány na infrastrukturu rozvodného tepelného zařízení a odmítnutí přístupu ní může proto zpravidla vést k vyloučení veškeré soutěže na relevantním trhu. Naopak u maloobchodních dodávek tepla je třeba důkladně posoudit možnost decentralizované výroby tepla v určité lokalitě. případě alternativy výroby tepla v individuálním zdroji nelze mít za to, že odmítnutí přístupu k rozvodnému tepelnému zařízení by mohlo vést k vyloučení veškeré soutěže na relevantním trhu.

Z analýzy vyplývá, že pohledu soutěžního práva může doktrína *essential facilities* najít uplatnění také v oblasti tepelné energetiky. V případě vztahů mezi účastníky velkoobchodních trhů s teplem zakotvuje ale sektorová regulace jejich kontraktační povinnost. ohledem na její preventivní působení lze předpokládat, že následná ochrana právem na ochranu hospodářské soutěže se bude omezovat spíše na výjimečné okolnosti. V oblasti malo-

obchodních trhů s teplem limituje možnost dodávek tepla zákazníkům vymezení pojmu dodavatel. Výkon činnosti dodavatele je omezen rozsahem licence na výrobu nebo rozvod tepelné energie. Alternativu přímé dodávky tepla zákazníkovi například ze strany výrobce v centrálním zdroji tepla přes rozvodné tepelné zařízení jiného soutěžitele je proto třeba důvodu bezrozměrného výkladu právního řádu odmítnout.

8. SEZNAM LITERATURY

- [1] ARENA, Amedeo. *The Relationship between Antitrust and Regulation in the US and the EU: Can Legal Tradition account for the Differences?* Cambridge Journal of International and Comparative Law. roč. 3 (2014), č. 2. s. 330–356.
- [2] BERGH, Caroline van den. In TALUS, Kim et al. (eds.). *EU Energy Law and Policy Issues. Volume 3*. Cambridge: Intersentia, 2012, 395 s. ISBN 978-1-78068-048-4
- [3] BISHOP, Simon; WALKER, Mike. *The Economics of the EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2. vyd. Londýn: Sweet & Maxwell, 2010. 832 s. ISBN 0-421-83000-X
- [4] BOUŠOVÁ, Ivanka et al. *Energetická legislativa kostce 3. Komentář k energetickému zákonu, zákonu o hospodaření energií a zákonu podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie včetně prováděcích předpisů k těmto zákonům. aktual. vyd.* Praha: Done, c2009. 879 s. ISBN 978-80-903114-4-2. s. 152 a 153.
- [5] Bundeskartellamt. *Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle*. 22. červen 2012, s. 23 a násl. Dostupné z: <http://www.bundeskartellamt.de/> (cit. 2015-04-21)
- [6] Bundeskartellamt. *Abschlussbericht Sektoruntersuchung Fernwärme. Zpráva podle § 32e GWB*. srpen 2012, odst. 277 a násl. Dostupné z: <http://www.bundeskartellamt.de/> (cit. 2015-04-21)
- [7] CAMERON, Peter D. *Competition in Energy Markets*. 2. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2007. 708 s. ISBN 978-0-19-928297-5
- [8] DECKER, Christopher. *Modern Economic Regulation. An Introduction to Theory and Practice*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. 611 s. ISBN 978-1-107-69906-9
- [9] DIATHESOPOULOS, Michael D. *Competition Law and Sector Regulation in the European Energy Market after the Third Energy Package: Hierarchy and Efficiency*. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, s. 40, 41. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2026607> (cit. 2015-05-17)
- [10] DRAUZ, Götz. *EC Competition Law. Volume II. Mergers and Acquisitions*. Leuven: Claeys & Casteels, 2006. 1208 s. ISBN 90-77644-05-9
- [11] JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2010. 4. vyd. 1287 s. ISBN 978-0199572731

- [12] JONES, Christopher (eds.) et al. *EU Energy Law. Volume II. EU Competition Law and Energy Markets*. 2. vyd. Leuven: CLAEYS & CASTEELS, 2007. 950 s. ISBN 978-90-776-441-02
- [13] KÖRBER, Torsten. *Drittzugang zu Fernwärmenetzen: Überlegungen zur Reichweite des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB und zum Verhältnis von Kartell- und Energierecht*. Jena: Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2011. 131 s. ISBN 3-86653-191-5
- [14] KOTLOWSKI, Alexander. *Third-party Access Rights in the Energy Sector: A Competition Law Perspective*. Utilities Law Review. roč. 16, č. 3. ISSN 1099-1808. s. 107, 108.
- [15] MONTI, Giorgio. *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*. Competition Law Review. roč. 4, č. 2. s. 121–145.
- [16] NEWBERY, David. *The Relationship between Regulation and Competition Policy for Network Utilities*. Dostupné z: <http://www.eprg.group.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2008/11/eprg0611.pdf> (cit. 2015-04-22)
- [17] O'DONOGHUE, Robert; PADILLA, Jorge. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. 2. vyd. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2013. 1008 s. ISBN 978-84946-139-9
- [18] *Odpojování od centralizovaného zásobování teplem. Metodická pomůcka odboru stavebního řádu MMR*. Stavební správní praxe – příloha časopisu Urbanismus a územní rozvoj. 2012. roč. XV, č. 1. ISSN 1212-0855
- [19] ORŠULOVÁ, Andrea. *(Ne)končiaci diskusia nad slovenskou rozhodovacou praxou: vymedzenie právomocí hranice sektorového regulátora a sítěžnej autority*. Antitrust. roč. 2010, č. 2. ISSN 1804-1183
- [20] PETR, Michal. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Praha: C. H. Beck, 2010. 607 s. ISBN 978-80-7400-307-3
- [21] Protimonopolný úrad Slovenskej republiky. *Štúdiá o fungovaní a problémoch v sektore tepelného hospodárstva v SR so zameraním na systémy CZT z pohľadu Protimonopolného úradu SR*, s. 10, 11. Dostupné z: <http://www.antimon.gov.sk/> (cit. 2015-04-21)
- [22] ROSE, Vivien; BAILEY, David. *European Union Law of Competition*. 7. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2013. 1431 s. ISBN 978-0-19-966014-8
- [23] The European Association for the Promotion of Cogeneration. *What is Cogeneration?* Dostupné z: http://www.cogeneurope.eu/what-is-cogeneration_19.html (cit. 2015-09-11)
- [24] Vysoká škola báňská, Technická univerzita Ostrava. *Studie stavu teplárenství*, s. 11. Dostupné z: <http://www.mpo.cz/dokument85256.html> (cit. 2015-09-10)
- [25] Vysoká škola ekonomická, Národohospodářská fakulta. *Studie stavu teplárenství*, s. 11. Dostupné z: <http://www.mpo.cz/dokument85256.html> (cit. 2015-09-11).

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

SERVICE LEVEL AGREEMENTS V KONTEXTU SOFTWAROVÝCH SMLUV

MGR. ET MGR. OLIVER CHORVÁT*

ABSTRAKT

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

KLÍČOVÁ SLOVA:

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

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

ABSTRACT

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

KEYWORDS:

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

1. ÚVOD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. NÁLEŽITOSTI SOFTWAROVÝCH SMLUV

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

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

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

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

2.1 TYPIZACE SOFTWAROVÝCH SMLUV

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

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

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

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

2.2 VYMEZENÍ PŘEDMĚTU SMLOUVY

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

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

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

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

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

2.2.1 O JAKÉ FORMY SOFTWARE SE JEDNÁ?

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

2.2.2 CO VŠECHNO PATŘÍ POD POJEM SOFTWARE?

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

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

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

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

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

2.3 VYMEZENÍ ZÁVAZKU

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

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

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

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

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

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

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

3. DOLOŽKY O ÚROVNI POSKYTOVANÝCH SLUŽEB (SLA)

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

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

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

⁷ *Ibid.*, s. 299 – 301.

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

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

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

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

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

⁹ *Ibid.*, s. 799.

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

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

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

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

3.1 MOŽNÉ DEFINICE SLA

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

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

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

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

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

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

V tomto kontextu ustupují do pozadí aspekty subjektů¹³ a také případných sankcí,¹⁴ podstatná je hlavně definice služby včetně parametrů, které musí být plněny. V případě jejich neplnění pak nejsou zahájeny právní kroky, ale mohou být spuštěny jiné kroky, které již nejsou v SLA upraveny. SLA také vůbec nemusí být obsažena v dokumentu. Její obsah může být vyjádřen například v konfiguračním souboru formou nastavení prahu, od kdy už je třeba nedostatečnou úroveň služby považovat za chybu.

3.2 DEFINICE A VYMEZENÍ SLUŽBY - KONCEPT SLUŽEB VE SVĚTĚ SOFTWARE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.1 UŽÍVÁNÍ SOFTWARE FORMOU SAAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.2 OUTSOURCING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Další zajímavou a specifickou otázkou jsou pracovněprávní souvislosti outsourcingu. Jak bylo uvedeno v úvodu této kapitoly, outsourcingem se zpravidla rozumí přesunutí jistých aktivit ven z podniku. Toto v sobě zahrnuje předpoklad, že daná činnost byla do té doby vykonávána vlastními silami daného podniku, tedy nejen vlastními technickými prostředky, ale také vlastními zaměstnanci. V případě, kdy by takováto činnost měla být přesunuta k jinému podniku, může podle okolností situace dojít k naplnění hypotézy normy obsažené v § 338 odst. 2 zákoníku práce²³ o takzvaném přechodu zaměstnanců, resp. přechodu práv a povinností z pracovněprávních vztahů. V praxi by to znamenalo, že poskytovatel outsourcingu by měl přejmout zaměstnance uživatele, kteří outsourcovanou činnost původně zajišťovali. Pochopitelně si lze představit, že toto nebude v zájmu poskytovatele, jelikož tento bude mít k zajišťování dané činnosti své vlastní zaměstnance. Podrobnější řešení této problematiky je mimo rámec tohoto článku, lze ovšem uvést, že se samozřejmě nejedná o problém neřešitelný. V praxi se lze například setkat s tím, že poskytovatel outsourcingu všechny zaměstnance původního oddělení zaměstná po nějakou minimální dobu, kdy jim umožní si najít nové zaměstnání, případně si část zaměstnanců i po uplynutí této doby ponechá.²⁴

3.2.3 DALŠÍ IT SLUŽBY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3 VYMEZENÍ ÚROVNĚ SLUŽBY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.1 DOSTUPNOST

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

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

2. The ratio of available time to total time for a system in a given period.“³⁰

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

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

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

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

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

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

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

3.3.2 DALŠÍ PARAMETRY

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

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

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

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

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

3.3.3 MONITOROVÁNÍ ÚROVNĚ SLUŽBY

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

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

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

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

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

3.4 USTANOVENÍ SOUVISEJÍCÍ S POSKYTOVÁNÍM SLUŽEB

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

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

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

3.4.1 OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ

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

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

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

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

³⁷ § 4 zákona o ochraně osobních údajů.

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

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

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

3.4.2 ÚPRAVA BEZPEČNOSTI DAT

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

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

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

³⁹ Anglicky Confidentiality, Integrity, Availability, spolu označovány jako triáda CIA.

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

dů. Pro poskytovatele služby pak bude použití standardu výhodné zpravidla tehdy, pokud je již držitelem certifikace pro daný standard. V tom případě mu v souvislosti s bezpečností nevzniknou žádné další povinnosti a bude moci službu poskytovat v souladu s jeho dosavadní praxí. Mezi nejznámější a nejpoužívanější takovéto standardy patří například standardy z řady ISO/IEC 27000.⁴¹ Odkázání na takovýto standard samo o sobě ale ještě neznamená, že ve smlouvě již není třeba věnovat bezpečnosti žádnou další pozornost. V závislosti od poskytované služby může být nutná volba konkrétních bezpečnostních mechanismů, anebo alespoň určení odpovědných, respektive kontaktních osob na obou stranách.

3.4.3 POSTUP PŘI UKONČENÍ SMLOUVY

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

⁴¹ Série norem Mezinárodní organizace pro normalizaci zabývající se prakticky všemi aspekty informační bezpečnosti.

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

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

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

4. VYNUITELNOST SLA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1 NÁROKY PŘI PORUŠENÍ SMLOUVY

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1.1 SLEVA Z CENY SLUŽBY

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

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

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

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

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

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

4.1.2 SMLUVNÍ POKUTA A NÁHRADA ŠKODY

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

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

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

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

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

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

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

Pro zajímavost lze uvést, že vztah mezi smluvní pokutou a náhradou škody je poněkud odlišný v německém právu. I podle německého občanského zákoníku je možné požadovat náhradu škody za nesplnění smluvní povinnosti. Tato možnost je upravena v § 280 německého občanského zákoníku,⁴⁸ přičemž odst. 1 tohoto paragrafu obsahově rámcově odpovídá § 2913 občanského zákoníku českého – obsahem normy je, že pokud jedna strana smluvní povinnost poruší, strana druhá má nárok na náhradu škody tím vzniklé. Vztah takovéto náhrady škody k smluvní pokutě je však značně odlišný. Český občanský zákoník, jak bylo uvedeno výše, obsahuje pravidlo⁴⁹ konzumace náhrady škody smluvní pokutou, což znamená, že v případě ujednání smluvní pokuty pro případ porušení smluvní povinnosti věřitel nemá právo na náhradu škody vzniklé z porušení této povinnosti. Naproti tomu § 340 odst. 2 německého občanského zákoníku stanoví, že takto sjednanou smluvní pokutu lze požadovat jako minimální výši škody, přičemž uplatnění další škody není vyloučeno. Za těchto okolností pak může být i v případě sjednané smluvní pokuty pro uživatele výhodné po případné nedostupnosti služby, respektive po jiném nedodržení parametrů SLA, se pokusit vyčíslit škodu mu vzniklou přerušením provozu, které bylo touto nedostupností zapříčiněno. V případě, že skutečná škoda hodnotu smluvní pokuty převyšuje, může se uživatel vedle smluvní pokuty domáhat další náhrady škody.⁵⁰

4.1.3 ODSTOUPENÍ OD SMLOUVY

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

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

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

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

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

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

⁵¹ Lze přeložit například jako „právo zakročít“.

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

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

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

4.2 UPLATŇOVÁNÍ NÁROKŮ

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

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

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

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

5. ZÁVĚR

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

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

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

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

6. POUŽITÁ LITERATURA A ZDROJE

6.1 MONOGRAFIE, PUBLIKACE, SBORNÍKY, ODBORNÉ ČLÁNKY

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

6.2 DOKUMENTY A PRÁVNÍ PŘEDPISY

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

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

6.3 SOUDNÍ ROZHODNUTÍ

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

6.4 ELEKTRONICKÉ PRAMENY

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

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

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 <https://journals.muni.cz/revue/about/submissions>.

DEADLINES FOR CONTRIBUTIONS SUBMISSIONS

For the summer issue: 31th of March

For the winter issue: 30th of September

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 <https://journals.muni.cz/revue> and <http://revue.law.muni.cz> under Creative Commons BY-SA 4.0 (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>).

REVIEW OF LAW AND TECHNOLOGY

VOLUME 6 | YEAR 2015 | NUMBER 12

DISCUSSION

- Pavel Loutocký:** The Specifics of Electronic Evidence in Out-of-Court Dispute Resolution.....3
Jakub Míšek, Jakub Harašta: IP addresses in Cyber Security.....21

ANNOTATIONS

- Jan Dohnal:** Right to Distribute the Protected Work.....43
Pavel Loutocký: Formation of "click-wrap" contracts and prorogation clause.....49
Jakub Harašta, Pavel Loutocký, Jakub Míšek, Matěj Myška, Anna Slánská, Lucie Straková: Current Case Law II/2015.....55

TOPICS

- Viktor Szabo:** Protection of Competition in the Heating Sector.....79
Oliver Chorvát: Service Level Agreements in the Context of Software Contracts.....125

Review of Law and Technology

reviewed scientific journal for technological fields of law and jurisprudence, listed in the List of non-impact peer-reviewed journals published in the Czech Republic and ERIH PLUS database.

Only the contributions submitted for the Discussion and Topic sections are peer-reviewed.

Published bi-annually. This issue was published on 31. 12. 2015.

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, Ph.D., 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 | <https://journals.muni.cz/revue>, www.revue.law.muni.cz.

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

Editorial Secretary: Bc. Anna Slánská.

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 Loebel, 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, Ph.D.

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

The publication of this issue of the Review of Law and Technology was funded by the project „Právo a technologie III“, MUNI/A/1320/2014.

© 2015 Masarykova univerzita.



MASARYKOVA UNIVERZITA PRÁVNICKÁ FAKULTA ÚSTAV PRÁVA A TECHNOLOGIÍ

si dovoluje poděkovat svým partnerům
za podporu konferencí a workshopů
v roce 2015



Wolters Kluwer



PRÁVNÍ PROSTOR



eGOV.cz
NEZÁVISLÝ INFORMAČNÍ PORTÁL



Diskuze

Pavel Loutocký: **Specifika elektronického dokazování při mimosoudním řešení sporů**

Jakub Míšek, Jakub Harašta: **IP adresy v kybernetické bezpečnosti**

Anotace

Jan Dohnal: **Právo na rozšiřování chráněného díla**

Pavel Loutocký: **Uzavírání “click-wrap” smluv a prorogační doložka**

Jakub Harašta, Pavel Loutocký, Jakub Míšek, Matěj Myška, Anna Slánská, Lucie Straková:

Přehled aktuální judikatury II/2015

Téma

Viktor Szabo: **Ochrana hospodářské soutěže v tepelné energetice**

Oliver Chorvát: **Service Level Agreements v kontextu softwarových smluv**

muni
PRESS

