



Josef Bejček, Pavel Koukal,
Josef Šilhán, Jiří Valdhans (eds.)

DNY PRÁVA 2018

DAYS OF LAW 2018

Část IV.

Dopady digitalizace do oblasti soukromého práva

Sborník z konference

**MASARYKOVA
UNIVERZITA**

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS IURIDICA
EDITIO SCIENTIA

MUNI
PRESS

MUNI
LAW

DNY PRÁVA 2018 – DAYS OF LAW 2018

Část IV. – Dopady digitalizace do oblasti soukromého práva

Josef Bejček, Pavel Koukal, Josef Šilhán, Jiří Valdhans (eds.)



Masarykova univerzita

Brno 2019

Recenzenti:

JUDr. Zuzana Adamová, Ph.D.

doc. JUDr. Bohumil Havel, Ph.D.

JUDr. Pavel Koukal, Ph.D.

JUDr. Jaromír Kožiak, Ph.D.

JUDr. Jan Lasák, LL.M., Ph.D.

Ondřej Mikula

JUDr. Vlastimil Pihera, Ph.D.

JUDr. Iva Šťavíková Řezníčková, Ph.D.

© 2019 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-9328-7 (online : pdf)

Obsah

Skuteční majitelé kapitálových společností s listinnými účastnickými cennými papíry	7
<i>Michal Antoš</i>	
Možnosti využití algoritmů při rozhodování statutárních orgánů kapitálových společností	24
<i>Zuzana Dvořáková</i>	
Rozhodování per rollam u společnosti s ručením omezeným a pořízení notářského zápisu	43
<i>Ondřej Málek</i>	
Mobilní aplikace ve smluvním právu.....	55
<i>Štěpán Richter</i>	
The End of Geo-blocking?.....	71
<i>Laura Rózenfeldová</i>	
Je blockchain sexy řešením pro kolektivní správu?	87
<i>Lucie Straková</i>	
Úvod k smart kontraktům v podnikatelských vztazích	105
<i>Roman Šafář</i>	
Dopady digitalizace do autorského práva.....	120
<i>Jan Zibner</i>	

Skuteční majitelé kapitálových společností s listinnými účastnickými cennými papíry

Michal Antoš

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Príspevok sa zaoberá nově vzniklou povinností obchodní korporace zapsat do elektronické evidence svého skutečného vlastníka, a to ve vztahu ke společnostem s listinnými účastnickými cennými papíry, u nichž právní úprava umožňuje, aby jejich vlastnická struktura zůstala po určitou dobu skryta. Pozornost je věnována zejména důsledkům pro společnost a jejich společníky při uvedení nepravdivých údajů v evidenci. Posouzena bude též efektivita zavedené evidence skutečných majitelů vč. předpokládaných důsledků přijetí tzv. V. AML směrnice.

Keywords in original language

Skutečný majitel obchodní korporace; evidence skutečných majitelů; transparentnost; listinný cenný papír; kmenovýlist; akcienajméno; AML směrnice.

Abstract

This paper deals with the new obligation of a business corporation to register its beneficial owner into the Beneficial Ownership Register in relation with companies with participating securities in certificated form that are enabled by legal regulation to hide their owners. Particular attention is given to consequences for the company and their shareholders connected with invalid record in the register. Effectiveness of the established Beneficial Ownership Register will be also assessed, including the expected consequences of the adoption of the V. AML Directive.

Keywords

Beneficial Owner of Business Corporation; Beneficial Ownership Register; Transparency; Security; Common Certificate; Registered Share; AML Directive.

1 ÚVOD¹

Účastnické cenné papíry kapitálových společností vydané v listinné podobě, za podmínky, že jsou převoditelné bez souhlasu orgánu obchodní korporace, umožňují po jistou dobu skrytí vlastnické struktury kapitálové společnosti. Jelikož jejich převod není evidován, získává nabyvatel anonymitu, které se může vzdát pouze vlastním rozhodnutím. Tímto efektem se v poslední době v praxi proslavily zejména kmenové listy vydávané společnostmi s ručením omezeným,² obdobně je však možné užít i listinné akcie na jméno. Nedostatek transparentnosti společností, které vydaly předmětné cenné papíry, je nicméně problematický, a to zejména v případě rozdělování veřejných financí.

S účinností od 1. 1. 2018 ovšem došlo ke vzniku elektronické evidence údajů o skutečných majitelích, do které se zapisují údaje o skutečném majiteli právnické osoby zapsané do veřejného rejstříku a svěřenského fondu zapsaného do evidence svěřenských fondů.³ Nejen obchodním korporacím tak vznikla povinnost znát a evidovat svého skutečného majitele, jímž se rozumí fyzická osoba, která má fakticky nebo právně možnost vykonávat přímo nebo nepřímo rozhodující vliv v právnické osobě (§ 4 odst. 4 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, dále jen „AML zákon“). Jsou to přitom právě společníci disponující rozhodným podílem na základním kapitálu společnosti, kdo v prostředí kapitálové společnosti pravidelně vykonává rozhodující vliv.

Účelem tohoto příspěvku je posoudit, zda může nová právní úprava AML zákona ovlivnit anonymitu společníků vlastnicích kmenové listy a listinné akcie na jméno a nastinit očekávaný vývoj, který přinese tzv. V. AML směrnice⁴, jež má být členskými státy transponována do vnitrostátních právních řádů nejpozději 10. ledna 2020.

¹ Tento příspěvek byl napsán v rámci projektu Vnější systémové vazby regulace obchodních korporací II č. MUNI/A/0720/2017.

² Viz např. PAULY, J. *Teoretické a legislativní základy cenných papírů*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 260.

³ Na základě zákona č. 368/2016 Sb., kterým se mění zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2018/843 ze dne 30. května 2018, kterou se mění směrnice (EU) 2015/849 o předcházení využívání finančního systému k praní peněz nebo financování terorismu a směrnice 2009/138/ES a 2013/36/EU.

2 ANONYMITA SPOLEČNÍKŮ SPOLEČNOSTÍ S LISTINNÝMI ÚČASTNICKÝMI CENNÝMI PAPIŘY

Listinné účastnické cenné papíry, s nimiž je spojen podíl na základním kapitálu nebo hlasovacích právech kapitálové společnosti, bezpochyby usnadňují převod účasti na společnosti. Jejich převod pravidelně není podmíněn souhlasem orgánu společnosti, ani není evidován třetí osobou, jako je tomu u zaknihovaných cenných papírů. Jelikož se navíc k účinnosti převodu nevyžaduje ani informování společnosti o učiněném právním jednání, mohou mít povědomí o převodu cenného papíru pouze smluvní strany, původní vlastník cenného papíru a jeho nabyvatel, čímž ovšem společnost ztrácí na přechodnou dobu povědomí o svých aktuálních společnících.⁵ Prokázáním převodu cenného papíru formou oznámení změny osoby společníka a předložením účastnického cenného papíru společnosti se sice převod stává účinným vůči společnosti, avšak nabyvatel se stává společníkem již samotným převodem cenného papíru. To platí jak v případě kmenového listu (§ 210 odst. 2 ZOK), tak i listinné akcie na jméno (§ 269 odst. 2 ZOK).

Kmenové listy, jakož i listinné akcie na jméno jsou cennými papíry na řad. K jejich převodu je tedy vyžadován rubopis⁶ a smlouva, k převodu dochází k okamžiku předání kmenového listu (§ 1103 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník). K vyloučení anonymity společníků tak má společnost značně omezené prostředky. V případě listinných akcií na jméno je situace jednodušší, neboť převoditelnost akcií lze stanovami omezit (§ 270 ZOK). Pokud stanovy podmíní převod akcií souhlasem orgánu společnosti, pak smlouva o převodu akcií nenabyde účinnosti dříve, než společnost souhlas udělí (§ 271 ZOK). Tímto způsobem může společnost zajistit, že bude

⁵ Za evidování či informování společnosti nemusí být podmínkou ani u podílů nevtělených do cenného papíru. V těchto případech však anonymizace vlastnické struktury spíše nehrozí, neboť převodce podílu se při jednání se společností neprokazuje cenným papírem. Druhým důvodem je evidování společníka v obchodním rejstříku. Jelikož podíl není představován cenným papírem, mohl by převodce svůj podíl převést vícekrát a první nabyvatel by se vystavoval situaci, kdy vůči společnosti bude za společníka považována zcela jiná osoba.

⁶ Podrobné náležitosti rubopisu nejsou v případě účastnických cenných papírů stanoveny. Uplatní se proto úprava rubopisů v zákoně směnečném a šekovém, avšak nikoli v plném rozsahu, neuplatní se zejména problematika blankoindosamentů a blankotradice. K tomu více POKORNÁ, J. § 210. In: LASÁK, J., J. POKORNÁ a kol. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář. I. díl*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 1075–1076.

mít vědomí o svých akcionářích již v okamžiku, kdy se nabyvatel akcií stane akcionářem společnosti. Kmenové listy však lze vydat pouze k podílu, jehož převoditelnost není omezena ani podmíněna (§ 137 odst. 2 ZOK). Společníci tak nemají možnost ovlivnit, na koho bude kmenový list převeden.⁷ Na druhou stranu nelze opomenout, že jak listinné akcie na jméno, tak i kmenové listy mohou být vydány jako imobilizované cenné papíry.⁸

Má-li nabyvatel cenného papíru zájem skrýt informaci o vlastnictví svého podílu na společnosti, postačí, pokud neinformuje společnost o skutečném převodu. Jelikož však převod cenného papíru není do doby prokázání převodu účinný vůči společnosti, nemůže se společník, který neodhalil společnosti svoji totožnost, domáhat práv, která společníkům náleží. Na rozdíl od převodu podílu neinkorporovaného do cenného papíru platí, že podpis indosanta nemusí být v případě rubopisu úředně ověřen. Z rubopisu tedy nemusí být ani zřejmé, kdy k převodu cenného papíru došlo. Kromě toho, ač je v rubopisu nezbytné identifikovat nabyvatele (§ 210 odst. 1 ZOK; § 269 odst. 1 ZOK), není nutné, aby identifikaci provedl samotný převodce. Cenný papír tak může kolovat i s pouhým blankorubopisem původního převodce, který bude doplněn až v případě potřeby. Je ovšem třeba poznamenat, že blankorubopis není pro převod kmenového listu dostatečný, proto až do jeho vyplnění k řádnému převodu kmenového listu nedojde. Z pohledu AML zákona je ovšem významné, že nový společník má možnost se odhalit společnosti až v nezbytně nutnou dobu, aby mu mohl být vyplacen podíl na zisku, a následně cenný papír opět převést. Případně má možnost převést na přechodnou dobu cenný papír na třetí osobu.⁹

K zastření společníků společnosti nadto může přispět i statutární orgán společnosti v situaci, kdy mu nabyvatel cenného papíru převod oznámí a cenný papír předloží, avšak statutární orgán z jakéhokoli důvodu nezmění zápis v seznamu společníků/akcionářů, případně nepodá návrh na zápis nového vlastníka kmenového listu do obchodního rejstříku. Jednateli totiž není stanovena žádná

⁷ Stanovit podmínky převodu kmenových listů lze bezpochyby ve vedlejší dohodě mezi společníky. Nedodržení stanovených podmínek však na převod kmenových listů nebude mít vliv, pouze založí odpovědnost převodce vůči ostatním smluvním stranám dohody.

⁸ PAULY, J. *Teoretické a legislativní základy cenných papírů*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 260.

⁹ Obdobně MOKRÝ, L. Kmenové listy jako anonymizace společníka, s. r. o. *Portal.poboda.cz* [online]. STORMWARE, s. r. o., publikováno 17. 3. 2017 [cit. 10. 3. 2019].

sankce pro případ prodlení se zápisem této skutečnosti do obchodního rejstříku, ač jeho jednání jistě není v souladu s péčí řádného hospodáře.

2.1 Transparentnost akcionářů s listinnými akciemi

S účinností od 1. 1. 2014 došlo na základě zákona č. 134/2013 Sb., o některých opatřeních ke zvýšení transparentnosti akciových společností a o změně dalších zákonů, ke zrušení listinných akcií na majitele převoditelných prostou smlouvou a předáním. Tím bylo dosaženo zániku nejméně transparentní struktury akciových společností. V současnosti má akciová společnost možnost emitovat v listinné podobě pouze akcie na jméno, tedy ve formě cenného papíru na řad.

Způsobem uvedeným výše se však i akcionářská struktura společnosti s listinnými akciemi na jméno může stát do značné míry anonymní. Transparentnosti nepřispívá ani skutečnost, že akcionáři akciové společnosti nejsou zapisováni do obchodního rejstříku, určení akcionářů neobsahují ani statuty společnosti (§ 250 odst. 2 ZOK). Akcionáři se tedy evidují pouze v seznamu akcionářů, který však není veřejně dostupný.

Omezená netransparentnost listinných akcií na jméno má zásadní dopad ve vztahu k veřejným financím, především v otázce přidělování veřejných zakázek. Zadavatel veřejné zakázky může právě z důvodu netransparentnosti listinných akcií vyloučit účastníka zadávacího řízení, jedná-li se o akciovou společnost, která nemá vydány výlučně zaknihované akcie (§ 48 odst. 7 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek; dále jen „ZZVZ“). Zadavateli je přitom odňata možnost uvážení, zda účastníka skutečně vyloučí, či nikoli (§ 48 odst. 9 ZZVZ). Zejména v případě, že by vlastnická struktura byla zjištělná např. ze seznamu akcionářů, se zdá být automatické vyloučení příliš přísným následkem. Jelikož však ani seznam akcionářů či jiný dokument nezaručuje pravdivost údajů o skutečných majitelích, považují postup zákonodárce za obhajitelný.

2.2 Transparentnost společníků s kmenovými listy

Institut kmenových listů byl do českého právního prostředí zaveden až s účinností zákona o obchodních korporacích (§ 137 odst. 3 ZOK). Zavedení kmenových listů se u odborné veřejnosti setkalo s rozporuplnými

reakcemi,¹⁰ neboť bylo zřejmé, že půjde o zásah do transparentnosti vlastnické struktury, která byla před účinností zákona o obchodních korporacích společností s ručením omezeným imanentní. Spolu se zavedením této úpravy se začaly objevovat i názory, že zákon tímto způsobem umožnil zavedení společností s anonymní vlastnickou strukturou,¹¹ čímž by paradoxně navázal na předrekodifikační úpravu zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, který pomocí listinných akcií na doručitele umožňoval anonymní strukturu akciových společností zřídit.

Zákon o obchodních korporacích se dle důvodové zprávy inspiroval zejména návrhem nařízení o evropské soukromé společnosti (dále jen „SPE“),¹² který využití účastnických cenných papírů připouští. Motivem zákonodárce bylo dle důvodové zprávy zachovat společnost s ručením omezeným podle českého práva konkurenceschopnou, v opačném případě by mohlo hrozit, že čeští podnikatelé budou volit právě SPE.¹³ Druhým důvodem byla tradice, jelikož listinné vyjádření podílu na společnosti s ručením omezeným byla umožněno již zákonem č. 58/1906 Sb. z. a n., o společnostech s ručením omezeným, který je dodnes platný na území Rakouska.

Důsledkem byl ovšem vznik cenných papírů, které se v mnohém neliší od listinných akcií na jméno.¹⁴ V době velké kritiky a následného ústupů listinných akcií na majitele pro neprůhlednost a možné skrytí vlastníků akciových společností se zavedení kmenových listů zdá přinejmenším nekonzistentní se soudobými požadavky na transparentnost korporátní struktury. Pokud jde o tradici, která též v souvislosti s kmenovými listy bývá vyzdvihována, nelze než konstatovat, že požadavky na transparentnost se za posledních

¹⁰ Viz např. PELIKÁN, R. Několik poznámek k úpravě společnosti s ručením omezeným v novém zákoně o obchodních korporacích. *Obchodněprávní revue*, 2012, roč. 4, č. 3, s. 76–79.

¹¹ PAULY, J. *Teoretické a legislativní základy cenných papírů*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 260. Možnost anonymizace vlastnické struktury společnosti, která vydá kmenové listy, si uvědomoval i B. Havel, ač ze skutečnosti, že se vlastník podílu vždy zapisuje do seznamu společníků, resp. do obchodního rejstříku, dovozoval, že kmenový list k těmto účelům sloužit nemůže, viz HAVEL, B. Společnost s ručením omezeným na úsvitu rekodifikace. *Obchodněprávní revue*, 2011, roč. 3., č. 12, s. 352–354.

¹² Návrh Nařízení Rady o statutu evropské soukromé společnosti KOM (2008) 396 v konečném znění 2008/0130 (CNS) [online]. [cit. 5. 1. 2019].

¹³ Sněmovní tisk 363/0, část č. 1/2, Vládní návrh zákona o obchodních korporacích. *Poslanecká sněmovna 2010–2013* [online]. S. 40 [cit. 10. 1. 2019].

¹⁴ Obdobně PELIKÁN, 2012, op. cit.

sto let zejména díky elektronizaci rejstříků právnických osob významně zvýšily, a tento argument proto již jen těžko ob stojí. Navíc, ačkoli bylo možné na základě zákona č. 58/1906 Sb. z. a n. k podílu ve společnostech s ručením omezeným vydat listinu, která osvědčovala vlastnictví podílu na společnosti, k převodu podílu na společnosti, která tuto listinu vydala, se vyžadovala (a v současné době se v Rakousku stále vyžaduje) veřejná listina.¹⁵ Navíc vzhledem k tomu, že v současné době, tedy jedenáct let po uvedení návrhu nařízení o SPE, stále nebylo nařízení přijato, lze uvažovat, zda mají kmenové listy v současné podobě stále v právním řádu místo.

2.2.1 Kmenové listy dnešním pohledem

Omezení míry transparentnosti společností, které vydaly kmenové listy, je sice jednoznačné, to je však pouze vedlejší efekt, který se s kmenovými listy váže. Kmenové listy si získaly svoji oblibu i ze zcela odlišných důvodů. Ačkoli kmenové listy nemohou být veřejně nabízeny (§ 137 odst. 4 ZOK), pro jednoduchost jejich převodu mohou najít uplatnění např. při crowdfundingovém či jiném nebankovním financování projektů.

Jak však již bylo naznačeno, kmenové listy jsou značně problematické, má-li být společnost financována i z veřejných prostředků. Zejména v oblasti dotací je totiž vlastnická struktura společnosti významným ukazatelem pro přidělení finančních prostředků. Například Ministerstvo průmyslu a obchodu již od června 2018 neposkytuje dotace žadatelům, kteří mají formu společnosti s ručením omezeným, kde k podílům společníků byl vydán kmenový list.¹⁶

V této souvislosti je však třeba konstatovat, že ani do budoucna zákonodárce nepočítá s výraznějšími zásahy do úpravy kmenových listů vydávaných společnostmi s ručením omezeným. Navrhovaná novela zákona o obchodních korporacích obsahuje pouze drobné změny ve vztahu ke kmenovým listům, neřeší ani obtíže spojené se zákazem jejich veřejného nabízení. V systému právní úpravy by tak kmenové listy měly nadále zůstat zachovány v současné podobě.¹⁷

¹⁵ Ust. § 76 odst. 2 RGBL. Nr. 58/1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung. K tomu více BUČKOVÁ, I. a S. KALSS. Převod akcií a obchodních podílů, s. r. o. v Rakousku a v České republice. *Právní rozhledy*, 1996, roč. 4, č. 3, s. 107–111.

¹⁶ Oznámení pro žadatele dotace programů OP PIK o zavedení opatření pro zvýšení transparentnosti v oblasti dotací [online]. Publikováno 23. 3. 2018 [cit. 8. 1. 2019].

¹⁷ Sněmovní tisk 207/0, část č. 1/10, Novela z. o obchodních korporacích – EU. *Poslanecká sněmovna, 8. volební období, od 2017* [online]. S. 18 [cit. 10. 1. 2019].

3 EVIDENCE SKUTEČNÝCH MAJITELŮ PRÁVNICKÝCH OSOB

Evidence skutečných majitelů vznikla jako reakce na současný trend v Evropě, kterým je transparentnost právních struktur.¹⁸ Evidence byla zavedena na základě tzv. IV. AML směrnice,¹⁹ která potřebu evidence skutečných majitelů hájila tím, že je nezbytné zjistit totožnost kterékoli fyzické osoby, která vlastní právnickou osobu nebo nad ní vykonává kontrolu.²⁰ Tyto informace jsou totiž klíčovým faktorem při sledování pachatelů trestných činů, kteří by jinak mohli skrýt svou identitu za korporátní strukturu.²¹ Ačkoli institut skutečného majitele byl zaveden z důvodu předcházení praní peněz a financování terorismu, nachází své uplatnění i v dalších veřejnoprávních odvětvích.²²

Právnická osoba, která je povinna zapisovat údaje o skutečném majiteli do evidence, je povinna mít aktuální údaje ke zjištění a ověření totožnosti svého skutečného majitele včetně údajů o skutečnostech, na jejichž základě je určená osoba považována za skutečného majitele (§ 29 b AML zákona). Skutečným majitelem právnické osoby se dle § 4 odst. 4 AML zákona rozumí fyzická osoba, která má fakticky nebo právně možnost vykonávat přímo nebo nepřímo rozhodující vliv v právnické osobě. Je stanovena vyvrátitelná domněnka, že za splnění této podmínky je skutečným majitelem obchodní korporace:

- a) osoba, mající sama nebo s osobami jednajícími ve shodě více než 25% podíl na hlasovacích právech nebo podíl na základním kapitálu větší než 25 %;
- b) osoba, která sama nebo společně s osobami jednajícími s ní ve shodě ovládá společníka uvedeného pod písm. a)
- c) osoba, která má být příjemcem alespoň 25 % zisku společnosti.

¹⁸ RONOVSÁ, K. Evidence skutečných majitelů „v mlze“. *Bulletin advokacie*, 2018, č. 4, s. 30.

¹⁹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/849 ze dne 20. května 2015 o předcházení využívání finančního systému k praní peněz nebo financování terorismu, o změně nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 648/2012 a o zrušení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/60/ES a směrnice Komise 2006/70/ES.

²⁰ Recitál č. 12 IV. AML směrnice.

²¹ Recitál č. 14 IV. AML směrnice.

²² Nachází jej zejm. v oblasti veřejných zakázek nebo v insolvenčním právu, k tomu více viz SIGMUND, A. Kdo, kdy a proč musí odhalit skutečného majitele korporace. *Bulletin advokacie*, 2017, č. 6, s. 40–43.

Teprve nelze-li skutečného majitele určit podle předchozích bodů, nebo skutečný majitel neexistuje, запиše se do evidence jako skutečný majitel obchodní korporace člen statutárního orgánu, zástupce právnické osoby v tomto orgánu anebo v postavení obdobném postavení člena statutárního orgánu. Pravidelně tedy bude skutečným majitelem jeden nebo více společníků, nejinak tomu bude i ve společnostech s listinnými účastnickými cennými papíry.

Samotná evidence skutečných majitelů je v České republice upravena zákonem č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob a o evidenci svěřenských fondů (dále jen „ZVŘ“). Je informačním systémem veřejné správy, který je veden v elektronické podobě rejstříkovými soudy (§ 118 b odst. 2 a 3 ZVŘ). Nejedná se o veřejný rejstřík, a proto se pro evidenci skutečných majitelů neuplatní principy, kterými jsou vedeny veřejné rejstříky, tedy zejména principy materiální a formální publicity (§ 118c ZVŘ). Zápis údajů do evidence skutečných majitelů provádí na návrh rejstříkový soud, případně notář. Ohledně zápisu do evidence není vedeno žádné řízení, není vydáváno rozhodnutí a proti zápisu nejsou přípustné opravné prostředky. Proces zápisu údajů do evidence skutečných majitelů tak je výrazně jednodušší než klasické rejstříkové řízení. Samotný návrh na zápis skutečného majitele musí být učiněn bez zbytečného odkladu po vzniku rozhodné skutečnosti (§ 118e odst. 2 ZVŘ). Jakmile se tedy právnická osoba dozví, kdo je jejím skutečným majitelem, nebo se dozví o změně údajů evidovaných o jejím skutečném majiteli, je povinna bezodkladně tuto změnu promítnout i v evidenci. Neuvedení údajů o skutečném majiteli v evidenci nebo uvedení nepravdivých údajů není v České republice v současné době žádným způsobem sankcionováno. Tento přístup však není přijímán jednotně v členských státech Evropské unie.²³

Podkladem pro zápis skutečného majitel rejstříkovým soudem je zvláštní formulář, který je možné vyplnit pouze elektronicky. Návrh je možné zaslat rejstříkovému soudu v elektronické či listinné podobě (§ 118e odst. 3 ZVŘ). Návrh na zápis údajů o skutečném majiteli, ale i jeho změnu nebo výmaz

²³ Např. v Rakousku je neuvedení údajů o skutečném majiteli Bundesanstalt Statistik Österreich sankcionováno pokutou až do výše 200 000 €, viz § 15 BGBl. I Nr. 136/2017, Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz.

může podat osoba, která je oprávněna podat návrh na zápis do veřejného rejstříku, v případě kapitálových společností tedy samotná společnost. Neuplatní se přitom výjimka stanovená na základě § 11 odst. 3 ZVŘ, podle které může při nesplnění povinnosti podání návrhu ve lhůtě 15 dnů ode dne vzniku této povinnosti návrh na zápis podat každý, kdo doloží právní zájem. To znamená, že oprávnění podat návrh na zápis do evidence skutečných majitelů má výlučně kapitálová společnost a neučiní-li tak, nemůže skutečný majitel sám navrhnout zápis své osoby do evidence.

Jednotlivé zapisované údaje o skutečném majiteli musí být doloženy listinami, které tyto skutečnosti prokazují. Otázka, jaké listiny má obchodní korporace předložit, aby dostala své povinnosti, není zákonem řešena. Taxativní výčet těchto listin však již z povahy věci není možné uvést, neboť vlastnické struktury obchodních korporací bývají v praxi velmi různorodé. Je tedy ponecháno na obchodních korporacích, jaké listiny k prokázání tvrzení o svých skutečných majitelích doloží. Patrně nejčastěji bude k prokázání údajů o skutečném majiteli předkládán výpis z obchodních rejstříku tuzemských či zahraničních právnických osob, ze kterého bude patrná daná vlastnická struktura, resp. vliv vykonávaný konkrétní fyzickou osobou.²⁴ Pro zápis skutečného vlastníka, akcionáře ve společnosti, která vydala listinné akcie, nebude pro prokázání naplnění podmínek AML zákona výpis z obchodního rejstříku ze zřejmých důvodů dostačující. Výpis z obchodního rejstříku však nebude dostatečný ani pro prokázání skutečného majitele ve společnosti s ručením omezeným s kmenovými listy, neboť zápis změny ve struktuře společníků do obchodního rejstříku má pouze deklaratorní povahu. Vyžaduje se proto doložení seznamu společníků/akcionářů, který je považován za dostatečně průkazný dokladový dokument, avšak současně je nutné trvat na prohlášení společnosti, že seznam společníků/akcionářů je jediný existující, úplný, aktuální a pravdivý.²⁵ Rejstříkový soud ani notář nicméně není oprávněn provádět materiální přezkum daných listin, není povinen zkoumat, zda zapisované údaje odpovídají skutečnému stavu.²⁶

24 VONDRÁČEK, O. *Příručka pro rozkrývání vlastnických struktur a skutečných majitelů* [online]. Transparency International – Česká republika, o.p.s., s. 138–139.

25 *Ibid.*, s. 151 – 153.

26 OUZKÁ, T. Evidence skutečných majitelů – koho a jak vlastně u obchodních korporací zapisovat? *Ad notam*, 2018, roč. 24, č. 2, s. 9.

K převodům listinných akcií a kmenových listů však dochází bez vědomí obchodní korporace, proto ani samotný seznam společníků/akcionářů nemůže společnosti poskytnout jistotu o skutečné vlastnické struktuře společnosti. Jedinými skutečně průkaznými dokumenty, které osvědčují vlastnickou strukturu těchto společností, budou nade vší pochybnost samotné účastnické cenné papíry. Proto bude navíc nutné ověřit u osob, které jsou uvedeny na seznamu společníků/akcionářů jako společníci s rozhodným podílem, zda je jejich jméno uvedeno jako jméno posledního majitele na listině představující kmenový list/akcii.²⁷ Teprve poté bude mít obchodní korporace jistotu o svém skutečném majiteli.

Ačkoli při dodržení uvedeného postupu budou v době zápisu, resp. před zápisem do evidence skutečných majitelů, údaje o skutečném majiteli společnosti pravdivé a aktuální, převodem cenného papíru, se kterým je spojen rozhodující podíl, ztrácí zapsaná informace svoji hodnotu, neboť skutečným vlastníkem se převodem cenného papíru může stát osoba odlišná od osoby v evidenci uvedené. Zajištění aktuálnosti je přitom obtížné. Na společnostech jistě nelze vyžadovat, aby pravidelně požadovaly předložení účastnických cenných papírů ke kontrole jen z toho důvodu, aby zjistily, zda v mezidobí nedošlo k jejich převodu. Nadto společníci nemají žádnou zákonnou povinnost tomuto případnému požadavku vyhovět. Konečně ve vztahu ke společnosti je převod cenného papíru účinný teprve prokázáním převodu, společnosti tedy ani nemusí mít zájem nabyvatele cenného papíru znát, neboť vůči němu nemají žádná práva ani povinnosti.

3.1 Skuteční majitelé společnosti při neprokázání převodu účastnického cenného papíru

Je-li s účastnickým cenným papírem spojeno právo v takovém rozsahu, že jeho vlastník je považován za skutečného majitele společnosti, pak převodem cenného papíru dosavadní vlastník o toto postavení přichází. Ač stále zapsaný na seznamu společníků/akcionářů, převodce cenného papíru nemá po převodu cenného papíru možnost vykonávat rozhodující vliv ve společnosti a nespĺňuje tak podmínky § 4 odst. 4 AML zákona.

²⁷ VONDRÁČEK, O. *Příručka pro rozkrývání vlastnických struktur a skutečných majitelů* [online]. Transparency International – Česká republika, o.p.s., s. 152.

Cenné papíry přecházejí na nabyvatele spolu se všemi právy, které jsou do cenného papíru inkorporovány, tedy včetně hlasovacích práv a práva na podíl na zisku společnosti. Převodem cenného papíru, se kterým jsou spojena práva v rozsahu požadovaném AML zákonem, dojde bezpochyby ke splnění podmínky § 4 odst. 4, písm. a) bod 1 a 3 AML zákona nabyvatelem. Nabyvatel cenného papíru však do prokázání převodu cenného papíru, a tedy do svého odhalení společnosti, nemá možnost hlasovací ani jiná práva spojená s podílem vykonávat, neboť vůči společnosti není převod až do jeho prokázání účinný. To má ovšem za následek, že ani nabyvatel účastnického cenného papíru nemá možnost vykonávat ve společnosti rozhodující vliv, což je nezbytnou podmínkou pro získání statusu skutečného majitele. Ač zákon uvádí i jen pouhou možnost vykonávat přímo nebo nepřímou rozhodující vliv v právnické osobě, domnívám se, že ustanovení bude nutné vykládat v tom smyslu, že za skutečného majitele bude považována nejen osoba vykonávající rozhodující vliv, ale též osoba, která bez nutnosti splnění jakýchkoli dalších podmínek rozhodujícím vlivem disponuje, pouze jej ze své vůle neuplatňuje.

Od okamžiku převodu cenného papíru do prokázání převodu společnosti nebude ve společnosti osoba, která by měla právně možnost vykonávat přímo ani nepřímou rozhodující vliv. Nebude-li zde jiná osoba, která by splňovala podmínky pro nabytí statusu skutečného majitele, pak společnost skutečného majitele podle § 4 odst. 4, písm. a) bodů 1. – 3. AML zákona mít nebude, a bude proto třeba za skutečného majitele považovat členy statutárního orgánu společnosti anebo osoby v postavení obdobném [§ 4 odst. 4, písm. a) bodů 4. AML zákona].

Na uvedeném případě lze demonstrovat vadné provedení transpozice IV. AML směrnice do českého právního řádu. V čl. 3 odst. 6 IV. AML směrnice je totiž skutečný majitel vymezen odlišně, a to jako „*fyzická osoba nebo osoby, které v konečném důsledku vlastní nebo kontrolují klienta, nebo fyzická osoba nebo osoby, jejichž jménem se transakce nebo činnost provádí*“. Lze se tedy domnívat, že dle IV. AML směrnice by nabyvatel listinného účastnického cenného papíru, který převod společnosti neprokázal, měl být považován za skutečného majitele, neboť společnost, resp. rozhodný podíl na ní, vlastní. Při výkladu ustanovení § 4 odst. 4, písm. a) AML zákona je namísto uvažovat

o jeho eurokonformním výkladu. Jeho znění je nicméně natolik odlišné od uvedeného ustanovení IV. AML směrnice, že si lze jen obtížně představit, že by byl onen eurokonformní výklad rovnocennou výkladovou variantou jazykového výkladu uvedenému výše, a bylo by jej proto možné užít.

4 V. AML SMĚRNICE

Přestože IV. AML směrnice byla přijata 20. května 2015 a členské státy byly povinny uvést své právní a správní předpisy do dosažení souladu s touto směrnicí nejpozději 26. června 2017, Evropský parlament a Rada přijaly již 30. května 2018 revidující, V. AML směrnici.

Motivace k přijetí revidující směrnice pramenila především z teroristických útoků, ke kterým došlo v době přijímání IV. AML směrnice a krátce po jejím přijetí ve Francii. Právě tyto útoky odhalily některé nedostatky úpravy IV. AML směrnice, zejména ve vztahu k povinným osobám a nástrojům k financování terorismu, jako např. anonymním předplaceným kartám.²⁸ Nakonec se však V. AML směrnice rozrostla do mnohem větších rozměrů a zasahuje do více otázek upravených IV. AML směrnicí, včetně evidence skutečných majitelů.

Ve vztahu k evidenci skutečných majitelů je zřejmá snaha o zajištění a následné udržování aktuálních informací o skutečných majitelích obsažených v evidenci. Revidován je nedostatek v podobě absence sankce při nedodržení povinnosti znát svého skutečného majitele. V. AML směrnice již explicitně stanoví:

„Členské státy zajistí, aby společnosti a jiné právnické osoby zapsané v rejstříku na jejich území měly povinnost získat a mít adekvátní, přesné a aktuální informace o svém skutečném majiteli, včetně podrobností o účasti skutečného majitele. Členské státy zajistí, aby porušení tohoto článku podléhala účinným, přiměřeným a odrazujícím opatřením nebo sankcím.“²⁹

Nově by tedy uvedení nepravdivých údajů o skutečných majitelích (ať již úmyslné či nedbalostní) nebo nerefluktování změny skutečného majitele mělo mít za následek sankci pro právnickou osobu, která má mít především

²⁸ Recitál č. 2 a č. 14. V. AML směrnice.

²⁹ Čl. 1 odst. 15 písm. a) podbod i) V. AML směrnice.

odrazující charakter. Ve vztahu ke společností s listinnými účastnickými cennými papíry by ona sankce mohla být do jisté míry motivační v situaci, kdy k neuvedení aktuálního skutečného majitele společnosti dojde z důvodu pochybení statutárního orgánu, nebo jeho člena, který by zbytečně prodléval se zápisem skutečného majitele poté, co mu bude prokázán převod cenných papírů.

Směrnice však nachází východisko i pro případ, že by nabyvatel cenného papíru v pozici skutečného majitele neměl zájem svoji totožnost společnosti odhalit a hodlal by zůstat v anonymitě. Směrnice totiž současně určuje:

„Členské státy vyžadují, aby skuteční majitelé společností nebo jiných právnických osob, mimo jiné prostřednictvím akcí, hlasovacích práv, vlastnického podílu, akcí na majitele či kontroly prováděné jinými prostředky, poskytly těmto subjektům veškeré informace potřebné k tomu, aby společnost nebo jiná právnická osoba splnila požadavky podle prvního pododstavce.“³⁰

Nejenže tedy bude povinnost udržovat aktuální informace o svých skutečných majitelích stanovená právnickým osobám zajištěna státem stanovenou sankcí. Současně bude vyžadováno, aby skuteční majitelé poskytli právnickým osobám veškeré informace, aby společnost dostala své povinnosti získat a mít adekvátní, přesné a aktuální informace o svém skutečném majiteli. Lze se domnívat, že tato povinnost by měla zahrnovat též informování obchodní korporace ze strany nabyvatele obchodního podílu, že se stal jejím skutečným majitelem. Jak vidno, skuteční majitelé nejsou pro případ porušení uvedené povinnosti stiženi žádnou sankcí. Není proto zcela zřejmé, jakým způsobem bude daná povinnost vynucována, regresní nárok společnosti by nicméně měl být zachován. Právě tato otázka bude stěžejní k řešení problematiky skutečných majitelů společností s účastnickými cennými papíry, v České republice však pouze za předpokladu, že současně dojde ke zpřesnění zákonné definice skutečného majitele v souladu s IV. AML směrnici.

5 ZÁVĚR

Evidence skutečných majitelů by v evropském měřítku měla zaručit transparentnost struktur nejen obchodních korporací. Ve vztahu ke společností,

³⁰ Čl. 1 odst. 15 písm. a) podbod ii) V. AML směrnice.

jejichž výhodou je právě možnost skrytí vlastnické struktury prostřednictvím listinných účastnických cenných papírů, může znamenat zásadní průlom, avšak pouze ve vztahu ke společníkům, které by bylo možné považovat za skutečné majitele společnosti. V českém právním prostředí však definice skutečného majitele neodpovídá evropskému pojetí, což rozkrytí anonymních struktur společností s účastnickými cennými papíry a určení jejich skutečného majitele v podstatě znemožňuje.

Dosavadní úprava navíc není dostatečně motivující. Stanovení sankcí za uvedení neaktuálních informací v evidenci skutečných majitelů a jejich případné přenesení přímo na skutečného majitele by však mohlo být dostatečně efektivní k tomu, aby sami nabyvatelé rozhodného podílu oznámili bez odkladu společnosti, že se stali novými skutečnými majiteli. Způsob dosažení povinností stanovených V. AML směrnici však bude záležet v konečném důsledku na způsobu implementace směrnice v českém právním prostředí a především na úpravě definice skutečného majitele, která je podle všeho nezbytná.

Literature

- BUČKOVÁ, I. a S. KALSS. Převod akcií a obchodních podílů, s. r. o. v Rakousku a v České republice. *Právní rozhledy*, 1996, roč. 4, č. 3, s. 107–111. ISSN 1210-6410.
- HAVEL, B. Společnost s ručením omezeným na úsvitu rekodifikace. *Obchodněprávní revue*, 2011, roč. 3., č. 12, s. 351–355. ISSN 1803-6554.
- LASÁK, J., J. POKORNÁ a kol. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář. I. díl*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, 1608 s. ISBN 978-80-7478-537-5.
- MOKRÝ, L. Kmenové listy jako anonymizace společníka, s. r. o. *Portal.pohoda.cz* [online]. STORMWARE, s. r. o., publikováno 17. 3. 2017 [cit. 10. 3. 2019]. Dostupné z: <https://portal.pohoda.cz/zakon-a-pravo/legislativa-pro-podnikatele/kmenove-listy-jako-anonymizace-spolecnika-s-r-o/>
- OUZKÁ, T. Evidence skutečných majitelů – koho a jak vlastně u obchodních korporací zapisovat? *Ad notam*, 2018, roč. 24, č. 2, s. 7–11. ISSN 1211-0558.
- PAULY, J. *Teoretické a legislativní základy cenných papírů*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, 424 s. ISBN 978-80-7552-421-8.

PELIKÁN, R. Několik poznámek k úpravě společnosti s ručením omezeným v novém zákoně o obchodních korporacích. *Obchodněprávní revue*, 2012, roč. 4, č. 3, s. 76–79. ISSN 1803-6554.

RONOVSKÁ, K. Evidence skutečných majitelů „v mlze“. *Bulletin advokacie*, 2018, č. 4, s. 30–34. ISSN 1210-6348.

SIGMUND, A. Kdo, kdy a proč musí odhalit skutečného majitele korporace. *Bulletin advokacie*, 2017, č. 6, s. 40–43. ISSN 1210-6348.

VONDRÁČEK, O. *Příručka pro rozkrývání vlastnických struktur a skutečných majitelů* [online]. Transparency International – Česká republika, o.p.s., 201 s. Dostupné z: <https://www.transparency.cz/wp-content/uploads/Příručka-pro-rozkrývání-vlastnických-struktur-a-skutečných-majitelů-ČJ.pdf>

Oznámení pro žadatele dotace programů OP PIK o zavedení opatření pro zvýšení transparentnosti v oblasti dotací [online]. Publikováno 23. 3. 2018 [cit. 8. 1. 2019]. Dostupné z: <https://www.mpo.cz/cz/podnikani/dotace-a-podpora-podnikani/oppik-2014-2020/vyzvy-op-pik-2017/oznameni-pro-zadatele-dotace-programu-op-pik-o-zavedeni-opatreni-pro-zvyseni-transparentnosti-v-oblasti-dotaci--235748/>

Sněmovní tisk 363/0, část č. 1/2, Vládní návrh zákona o obchodních korporacích. *Poslanecká sněmovna 2010–2013* [online]. [cit. 10. 1. 2019]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=363&CT1=0>

Sněmovní tisk 207/0, část č. 1/10, Novela z. o obchodních korporacích – EU. *Poslanecká sněmovna, 8. volební období, od 2017* [online] [cit. 10. 1. 2019]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=8 & CT=207 & CT1=0>

RGBl. Nr. 58/1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

BGBl. I Nr. 136/2017, Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz.

Návrh Nařízení Rady o statutu evropské soukromé společnosti KOM (2008) 396 v konečném znění 2008/0130 (CNS).

Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/849 ze dne 20. května 2015 o předcházení využívání finančního systému k praní peněz nebo financování terorismu, o změně nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 648/2012 a o zrušení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/60/ES a směrnice Komise 2006/70/ES.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2018/843 ze dne 30. května 2018, kterou se mění směrnice (EU) 2015/849 o předcházení využívání finančního systému k praní peněz nebo financování terorismu a směrnice 2009/138/ES a 2013/36/EU.

Zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob a o evidenci svěřenských fondů, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích), ve znění pozdějších předpisů.

Contact – e-mail

micHAL.antos@law.muni.cz

Možnosti využití algoritmů při rozhodování statutárních orgánů kapitálových společností

Zuzana Dvořáková

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Príspevok sa zaoberá možnosťmi zapojení algoritmů a počítačových systémů do rozhodovacích procesů statutárních orgánů kapitálových společností, a to podle toho, zda se jedná o systémy určené k vyhledávání informací, nebo o automatizované či autonomní systémy oprávněné činit samostatně rozhodnutí v rámci stanovených mezí. V návaznosti na možnosti jejich využití se dále zabývá konkrétními povinnostmi, které by měl člen statutárního orgánu při jejich využití plnit, a to v rámci své povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře.

Keywords in original language

obchodní společnost; statutární orgán; algoritmus; umělá inteligence; péče řádného hospodáře; vertikální delegace; horizontální delegace

Abstract

In the paper, the author discusses possibilities of using algorithms in the conduct of business corporations, especially a possibility of delegating certain decisions to these algorithms or their use as a support in decision-making of members of statutory bodies. The part of the attention is focused on the duty of care and the responsibility of statutory bodies in case of use of algorithms, whether for their use in general or their possible incorrect decisions or recommendations.

Keywords

Business Corporations; Algorithm; Digitization; Statutory Bodies; Duty of Care.

1 VÝCHODISKA

Digitalizace se v právu obchodních korporací i běžném životě obchodních korporací promítá v mnoha oblastech – od naprosto běžné elektronické komunikace přes vzdálený přístup do obchodního rejstříku a evidenci skutečných majitelů až k využití technických prostředků při hlasování na valné hromadě. Vedle těchto dnes již spíše tradičních forem digitalizace v životě obchodních korporací lze uvažovat i o využití méně běžných nástrojů, a to algoritmů a systémů umělé inteligence. V bankovní a investičním sektoru je ostatně zapojení algoritmů již běžnou věcí.¹ Je proto zřejmě jen otázkou času, kdy začnou algoritmy využívat statutární orgány při vedení obchodních korporací.

V roce 2014 jmenovala Deep Knowledge Ventures, kapitálová společnost z Hongkongu, do svého představenstva algoritmus označený zkratkou VITAL (zkratka pro „Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences“). Podle médií měl tento algoritmus plné hlasovací právo a mohl spolurozhodovat o investicích společnosti VITAL, konkrétně byl oprávněn hlasovat, stejně jako jiný člen představenstva, zda společnost investuje do určité společnosti či nikoli. Důvodem, proč byl VITAL jmenován do představenstva, byla jeho schopnost automatizovat due diligence a za pomoci historických datových souborů odhalit trendy, které nejsou lidem na první pohled zřejmé. VITAL pomohl schválit dvě investiční rozhodnutí, konkrétně do společnosti Insilico Medicine, která rozvíjí počítačově asistované metody pro vývoj léků proti stárnutí, a Pathway Farmaceutika, které na základě platformové technologie vybírá a ohodnocuje individualizované terapie proti rakovině. VITAL však nedostal rovnocenný hlas pro všechna finanční rozhodnutí činěná společností. Neobdržel ani status korporátního ředitele ve smyslu korporátních práv Hongkongu. Bylo s ním zacházeno jako s členem představenstva, který má status dohlížejícího. Nicméně VITAL byl široce uznán jako první ředitel umělé inteligence.²

¹ Zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, zavádí pojem algoritmičké obchodování a zvláště upravuje povinnosti obchodníka s cennými papíry pro případ, který provádí algoritmičké obchodování. Tato úprava byla do zákona zakotvena novelou provedenou zákonem č. 204/2017 Sb., která je transpozicí směrnice MIFID II, a to s účinností od 3. 1. 2018.

² MÖSLEIN, F. Digitalisierung im Gesellschaftsrecht: Unternehmensleitung durch Algorithmen und künstliche Intelligenz? *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2018, č. 5, s. 205.

Použití algoritmu VITAL, byť jako dohlížejšího člena představenstva, tak podnítilo základní otázku, a to, zda autonomní algoritmy mohou podporovat obchodní vedení nebo jej dokonce převzít.

V českém právním prostředí není zapojení algoritmu (systému umělé inteligence) jako plnohodnotného člena statutárního orgánu prozatím reálné. Členem statutárního orgánu může pouze být fyzická nebo právnická osoba (dle § 46 zákona č. 90/2012 Sb., zákon o obchodních korporacích, dále jen ZOK, ve spojení s § 152 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, dále jen OZ), tedy osoba mající právní osobnost. V případě fyzické osoby musí být tato osoba dále podle § 152 odst. 2 OZ svéprávná a podle § 46 ZOK bezúhonná ve smyslu zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání. Je-li členem orgánu právnická osoba, má povinnost určit podle § 152 odst. 3 OZ jako svého zástupce fyzickou osobu, která bude splňovat stejné podmínky, jaké jsou kladeny na fyzickou osobu, která má být sama členem statutárního orgánu. Jinou možností, tedy že by členem statutárního orgánu byl někdo jiný, resp. něco jiného, než fyzická či právnická osoba, zákon nepřipouští. Ačkoli lze zaznamenat diskuze o tom, zda programům a systémům umělé inteligence přiznat či nepřiznat právní osobnost a svéprávnost, jedná se prozatím o otázku budoucnosti.³ De lege lata chybí algoritmu jako počítačovému systému základní předpoklad pro to, aby se mohl stát členem orgánu obchodní korporace.

Avšak využití algoritmů jako podpory při přijímání rozhodnutí statutárními může mít dnes již reálnou podobu. O tom, že se otázka svěřením určitých činností algoritmům, stává otázkou aktuální, svědčí několik článků, které byly na toto téma publikovány německými autory.⁴ Tyto texty podnítily vznik tohoto příspěvku a příspěvek z nich v mnoha ohledech vychází.

³ Diskuze, zda umělé inteligenci přiznat právní osobnost se vedou ve vztahu k dílčím oblastem práva a k jednotlivým složkám osobnosti. Je to např. v oblasti autorského práva, viz ZIBNER, Jan. Akceptace právní osobnosti v případě umělé inteligence. *Revue pro právo a technologii*, 2018, č. 17, s. 19–49; v návaznosti na odpovědnost za škodu způsobenou autonomním vozidlem, viz MIKEŠ, Stanislav. Vybrané otázky odpovědnosti za škodu způsobenou autonomním vozidlem. *Právní rozhledy*, 2018, č. 13–14, s. 471–479; nebo KRAUSOVÁ, Alžběta. Status elektronické osoby v evropském právu v kontextu českého práva. *Právní rozhledy*, 2017, č. 20, s. 700–704.

⁴ MÖSLEIN, 2018, op. cit.; WEBER, R., A. KEIFER a S. JOOBST. Künstliche Intelligenz und Unternehmensführung. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2018, č. 29, s. 1131; SPINDLER G. Gesellschaftsrecht und Digitalisierung. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*. 2018, č. 1, s. 17.

Příspěvek si klade za cíl nastínit možné zapojení algoritmů do rozhodovacích procesů statutárních orgánů kapitálových společností v závislosti na tom, zda se jedná o systémy poloautomatizované či plněautomatizované. Dále popisuje jednotlivé povinnosti, které by měl člen statutárního orgánu při využití takových systémů dodržet tak, aby jednal s péčí řádného hospodáře. Věnuje se i otázce, zda by člen statutárního orgánu neměl mít povinnost přenést určité činnosti na algoritmy, a to v důsledku dílčí povinnosti péče řádného hospodáře – povinnosti jednat informovaně. Cílem příspěvku však není hloubková analýza těchto otázek, ale spíše snaha na tyto otázky a problémy upozornit a nastínit jejich možná řešení. Na úvod bude stručně popsán rozdíl mezi poloautomatizovanými, plněautomatizovanými a autonomními systémy. Následující kapitola se bude zabývat otázkou, zda je možné těmto systémům svěřit některé činnosti statutárních orgánů. V návaznosti na možnost zapojení těchto systémů do rozhodovacích procesů statutárních orgánů se bude příspěvek věnovat povinnostem statutárního orgánu při využití těchto systémů. Poslední část se bude zabývat případnou povinností statutárních orgánů využívat poloautomatizované systémy jako zdroje informací.

2 SYSTÉMY, KTERÉ OPATŘUJÍ INFORMACE VS. ROZHODUJÍCÍ SYSTÉMY

Mezi poloautomatizované systémy lze zařadit takové systémy, které pouze opatřují informace. Stejně jako všechny doposud existující formy umělé inteligence simulují inteligentní jednání a pro svého uživatele vyřizují určité úlohy. Přitom dosahují takového stupně inteligence, který jim umožňuje provádět jejich úkoly částečně autonomně, učit se a smysluplně komunikovat se svým okolím. Částečně automatizované systémy, které pouze opatřují informace, nečiní samy žádná rozhodnutí. Jejich úloha spočívá ve sběru a zpracování informací a na základě nich získávání poznatků, které jsou následně předloženy statutárnímu orgánu. Na základě těchto podkladů pak statutární orgán může přijmout rozhodnutí – např. zda se bude řídit doporučením systému a investici provede či nikoli. Kompetence učinit poslední rozhodnutí, tedy rozhodnutí, zda informace nebo znalost získaná systémem bude využita či nikoli, tak zůstává statutárnímu orgánu.⁵

⁵ WEBER, KEIFER, JOBST, 2018, op. cit.

Plně automatizované/autonomní systémy již přeměňují získané znalosti přímo v jednání, aniž by musel v jednotlivých případech statutární orgán rozhodnout, zda bude získané poznatky aplikovat, nebo ignorovat. Systémy jsou schopny přijmout rozhodnutí a provést je ve vnějším světě nezávisle na externím řízení nebo ovlivňování. Plně automatizované systémy přijímají rozhodnutí samostatně v rámci hranic nastavených uživatelem, čímž se odlišují od autonomních systémů, které mohou díky schopnosti samostatně se učit hranice definované uživatelem překročit.⁶

3 HORIZONTÁLNÍ A VERTIKÁLNÍ DELEGACE

Pokud by byly systémy svépřípravou osobou, byla by delegace opatřování informací, podle německých autorů, bezproblémová. Německý akciový zákon rozlišuje mezi obchodním vedením (Geschäftsführung) a obchodní řízením (Geschäftsleitung). Zatímco úkoly z oblasti obchodního vedení lze v souladu s § 77 AktG delegovat, a to jak horizontálně, tedy na jiného člena představenstva, tak vertikálně, tedy na jiného podřízeného spolupracovníka, řízení obchodů podle § 78 AktG delegovat zásadně možné není. Řízení obchodů je součástí obchodního vedení a zahrnuje vytyčování cílů společnosti, její směřování a účel, nastavení politiky, tedy zcela zásadní koncepční otázky společnosti. To však neznamená, že by úkoly spadající do řízení obchodů muselo vyřizovat představenstvo zcela osobně. Přípravné a prováděcí opatření může delegovat na jiné osoby, musí mu být však zachována možnost činit konečná rozhodnutí.⁷

Působnost statutárních orgánů lze rozdělit na působnost vnější a vnitřní. Vnější působnost je dána tím, že jsou tyto orgány prohlášeny zákonem za statutární orgány příslušných obchodních společností, vnitřní působnost pak spočívá na tom, že je těmto orgánům svěřeno obchodní vedení.⁸ Jednatelské oprávnění nemůže přecházet, až na zákonné výjimky, na jiný orgán společnosti.⁹ Pokud jde o obchodní vedení, náleží statutárnímu orgánu výlučná působnost, jiný orgán tedy není oprávněn v záležitostech obchodního vedení

6 WEBER, KEIFER, JOOBST, 2018, op. cit.

7 WEBER, KEIFER, JOOBST, 2018, op. cit.

8 FILIP, Václav a Jan LASÁK. § 435 (Působnost představenstva). In: LASÁK, Jan a kol. *Zákon o obchodních korporacích: komentář. II. díl.* Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 1992.

9 FILIP, LASÁK, 2014, op. cit., s. 1996.

rozhodovat. Obchodní vedení zahrnuje rozhodování o organizačních záležitostech, tedy o řízení podnikatelské činnosti zahrnující zejména rozhodování o personálních záležitostech, o finančních záležitostech, o obchodních a provozních záležitostech nebo rozhodování o podnikatelských záměrech společnosti.¹⁰ „Součástí rozhodování o obchodním vedení společnosti může být rozhodnutí o rozdělení působnosti v rámci představenstva mezi jednotlivými členy, nebo pověření výkonem řízení jen některých členů anebo osob stojících vně představenstva. (...) Rozsah záležitostí, které náležejí pod obchodní vedení, je ohraničen působností, kterou zákon svěřuje ostatním orgánům společnosti, tj. valné hromadě, dozorčí radě, přřpř. výboru pro audit.“¹¹ Naopak rozhodování o dlouhodobých strategických záměrech společnosti součástí obchodního vedení nebude a toto rozhodování bude náležet valné hromadě.¹²

České právo mezi pojmy obchodní vedení a řízení s ohledem na možnosti jejich delegace nerozlišuje. Horizontální delegaci (vnitřní delegaci), tedy rozdělení působnosti mezi jednotlivé členy kolektivního orgánu, umožňuje § 156 odst. 2 OZ. Zákon předpokládá rozdělení působnosti statutárního orgánu podle oborů, výslovně neupravuje, že by některé činnosti statutárního orgánu nemohly být delegovány vůbec. Odborná literatura však dovozuje, že některé záležitosti musí představenstvo (statutární orgán) vykonávat jako celek, tedy že ne všechny záležitosti mohou být delegovány pouze na některé členy. L. Josková mezi ně řadí činnosti, které nelze ve smyslu § 156 odst. 2 OZ označit za obor, a to např. „úkony související s vnitřním uspořádáním společnosti a vzájemnými vztahy mezi orgány a jejich členy [svolání valné hromady (...), posouzení důvodů pro odmítnutí vysvětlení (...), jmenování náhradních členů představenstva či sboru jednatelů (...)]“: Dále dovozuje, že „výsledkem rozdělení působnosti mezi člena představenstva nemůže být uspořádání, kdy někteří členové rozhodují o záležitostech společnosti (prakticky tedy o obchodním vedení) a ostatní tyto členy pouze kontrolují“.¹³ V rámci delegace tak mohou být například rozděleny činnosti

¹⁰ FILIP, LASÁK, 2014, op. cit., s. 1996; K pojmu obchodního vedení blíže viz HAVEL, Bohumil. Quo vadis obchodního vedení. *Obchodněprávní revue*, 2010, č. 3, s. 70–74.

¹¹ FILIP, LASÁK, 2014, op. cit., s. 1994.

¹² ŠTENGLOVÁ, Ivana. § 435 [Postavení představenstva]. In: ŠTENGLOVÁ, Ivana a kol. *Zákon o obchodních korporacích: komentář*. 2. vyd Praha: C. H. Beck, 2017, s. 777.

¹³ JOSKOVÁ, Lucie. Rozdělení působnosti v rámci kolektivního orgánu a jeho dopad na odpovědnost. *Bulletin advokacie*, 2014, č. 7–8, s. 48.

jako obchodní vedení, vedení účetnictví, personalistika nebo pracovněprávní záležitosti.¹⁴

Vedle delegace horizontální je možná i delegace vertikální (vnější) na osobu odlišnou od statutárního orgánu. „Nemá-li člen znalosti, dovednosti či schopnosti potřebné pro výkon některých z činností svěřených do jeho působnosti (např. vedení účetnictví), popř. není-li z jiných důvodů (např. pro časové zaneprázdnění plynoucí z plnění ostatních činností) schopen určitou činnost osobně vykonávat, musí jejím výkonem pověřit třetí osobu (odborníka).“¹⁵ Stejně jako horizontální delegace, má i vertikální delegace své hranice. Při zvažování, jaké činnosti je možné delegovat na osoby stojící vně statutárního orgánu, je třeba poukázat na to, že je možné delegovat pouze činnosti svěřené statutárnímu orgánu. Pokud zákon např. rozhodování o dlouhodobých strategických záměrech společnosti svěřuje valné hromadě, je z podstaty věci vyloučeno, aby tato činnost byla vnější delegací přenesena na osobu stojící vně statutárního orgánu. Domnívám se, že stejně tak nebude možné delegovat ani ty činnosti, které není možné svěřit pouze jednomu členu statutárního orgánu v rámci horizontální delegace, a to např. právě svolání valné hromady. Rozsah delegace by měl představovat kompromis mezi dvěma krajnostmi delegace – koncentrací rozhodování o všem v jedné ruce a oportunním přesunem veškerého rozhodování na nižší úroveň.¹⁶ „Prvnímu brání fakticita podnikové struktury, druhému § 66 odst. 2 ObchZ zavazující členy orgánů společnosti k osobnímu výkonu funkce.“¹⁷ Omezené možnosti vertikální delegace připouští i V. Pihera, podle nějž „(z)ásadní strategické otázky týkající se řízení kapitálové společnosti musí zůstat vždy pouze na bedrech toho orgánu, jemuž je v konečném důsledku svěřeno obchodní vedení.“¹⁸

¹⁴ ČECH, P. a P. ŠUK. *Právo obchodních společností v praxi a pro praxi*. Praha: Bova Polygon, 2016, s. 113.

¹⁵ ČECH, ŠUK, 2016, op. cit., s. 162; Stejný závěr pak vyplývá i z judikatury, např. z rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 29. 8. 2013, sp. zn. 29 Čdo 2869/2011 „(...) člen statutárního orgánu (a tudíž ani likvidátor) nemusí být vybaven všemi odbornými znalostmi, schopnostmi či dovednostmi, potřebnými pro výkon veškerých činností spadajících do působnosti statutárního orgánu (likvidátora). Nicméně nemá-li pro zařazení záležitosti spadající do výkonu jeho funkce potřebné odborné znalosti, je povinen zajistit její posouzení osobou, která potřebné znalosti má; součástí péče řádného hospodáře je přitom schopnost rozpoznat, které činnosti již není s to vykonávat či které potřebné znalosti a dovednosti nemá.“ Vertikální delegace není tedy pouze možností, ale i povinností v těch případech, kdy člen statutárního orgánu nemá potřebné znalosti.

¹⁶ ELIÁŠ, K. Hodnotový výklad zákona a inspirace ze starých textů. *Bulletin advokacie*, 2010, č. 9, s. 25.

¹⁷ ELIÁŠ, 2010, op. cit., s. 25.

¹⁸ PIHERA, V. Glosa k problematice souběhů. *Obchodněprávní revue*, 2014, č. 6, s. 173.

Ve prospěch omezené možnosti vertikální delegace hovoří i ustanovení § 159 odst. 2 OZ upravující povinnost osobního výkonu funkce. I přesto je však okruh činností a úkolů, které mohou být delegovány, široký. I v rámci vertikální delegace lze delegovat obchodní vedení, v judikatuře se pak často objevují případy delegování vedení účetnictví¹⁹, vyžádání si právních stanovisek či provádění stavebních prací²⁰.

4 VYUŽITÍ POLOAUTOMATIZOVANÝCH, PLNĚ AUTOMATIZOVANÝCH A AUTONOMNÍ SYSTÉMŮ JAKO VERTIKÁLNÍ DELEGACE?

Jak již bylo uvedeno výše, lze na osoby stojící vně statutárního orgánu delegovat pouze takové činnosti, které spadají do vnitřní působnosti statutárního orgánu, nejedná se o úkony související s vnitřním uspořádáním společnosti a vzájemnými vztahy mezi orgány a jejich členy a současně se nejedná o zásadní strategické otázky svěřené k rozhodování statutárnímu orgánu. Lze tedy jistě najít činnosti, které by bylo možné svěřit systému umělé inteligence - např. sběr informací, kam by měla společnost investovat, případně rozhodování o tom, kam investovat a takové rozhodnutí přímo provádět.

Poloautomatizované systémy, které opatřují a vyhodnocují informace, v podstatě pouze nahrazují osoby, které shromažďují informace a připravují podklady. Delegaci obchodního vedení i obchodního řízení na tyto systémy tedy podle autorů R. Weber, A. Keifer a S. Joobst nic nebrání. Překážkou podle nich není ani chybějící právní osobnost těchto systémů. Otázkou v případě využití těchto systémů není totiž delikttní způsobilost systému, ale povinnosti představenstva. Dovození proto, že delegace obchodního vedení na tyto systémy při dodržení zásad delegace možná je. Pokud jde o obchodní řízení, i zde autoři zapojení plně automatizovaných systémů připouští s odůvodněním, že představenstvu náleží pouze odpovědnost za poslední rozhodnutí, které je v případě těchto systémů zabezpečeno tím, že představenstvo, ještě předtím než systém sesbírá a vyhodnotí informace, stanoví hranice, v jejichž rámci může systém činit rozhodnutí. V případě

¹⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 1. 2012, sp. zn. 29 Cdo 134/2011.

²⁰ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 3. 2005, 8 Tdo 124/2005, uveřejněn pod číslem 18/2006 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek.

autonomních systémů je však rizikové, že tyto systémy mohou stanovené hranice překonat.²¹

O využití systémů umělé inteligence nelze již z podstaty věci uvažovat jako o horizontální delegaci, neboť jak bylo uvedeno již na úvod, algoritmus nemůže být plnohodnotným členem statuárního orgánu. V úvahu tedy přichází pouze delegace vertikální. Avšak i spojení využití poloautomatických, automatických či autonomních systémů s označením vertikální delegace naráží na problém absence osobnostního prvku těchto systémů, tedy na skutečnost, že tyto systémy nemají právní osobnost. Vertikální delegace, ačkoli její legální definice chybí, bývá chápána jako svěření určité činnosti osobě stojící vně statuárního orgánu. Německá odborná literatura se s tímto problémem vypořádává argumentem, že není rozhodující deliktivní odpovědnost systému, ale povinnosti představenstva. Otázkou je, zda i v českém právu lze využití poloautomatických, automatických či autonomních systémů označit jako vertikální delegaci. S ohledem na chybějící osobnost těchto systémů se domnívám, že jejich využití není vertikální delegací v pravém slova smyslu, tedy ve smyslu svěření určité činnosti jiné osobě. Současně se však využití těchto systémů vertikální delegaci velmi blíží. Systémy jsou schopny vyhledat a zpracovat informace a na základě jejich vyhodnocení získat poznatky, provádět na základě získaných informací rozhodnutí, ale i samostatně se učit. Tyto systémy mohou být natolik sofistikované, že se jejich zapojení spíše než využití jednoduchého přístroje bude blížit situaci, kdy by danou činností byla pověřena určitá osoba. Ačkoli tedy nemají tyto systémy právní osobnost, a při jejich využití se tedy nejedná o vertikální delegaci v pravém slova smyslu (ve smyslu pověření jiné osoby určitou činností), jejich využití se vertikální delegaci se velmi přibližuje. Činnosti svěřené v rámci vertikální delegaci určitým osobám lze totiž zajistit i za pomoci těchto systémů, které mohou, v některých případech, zabezpečit i efektivnější výkon svěřené činnosti.

Jak dovozuje německá literatura, rozhodující při využití těchto systémů (ať již jejich využití bude označeno jako delegace či nikoli), je odpovědnost statuárního orgánu za jejich využití. Jinak řečeno, jaké povinnosti by měl statuární orgán v rámci povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře při jejich používání dodržovat. S ohledem na skutečnost, že využití systémů

²¹ WEBER, KEIFER, JOBST, 2018, op. cit.

umělé inteligence se velmi přibližuje vertikální delegaci, lze při posuzování odpovědnosti a povinností při využití těchto systémů vyjít z odpovědnosti a povinností statutárního orgánu, které má v případě vertikální delegace.

5 OBECNĚ K POVINNOSTEM STATUTÁRNÍHO ORGÁNU V PŘÍPADĚ DELEGACE

Kdo přijme funkci člena voleného orgánu, zavazuje se ve smyslu § 159 odst. 1 OZ, že tuto funkci bude vykonávat s nezbytnou loajalitou a s potřebnými znalostmi a pečlivostí, tedy s péčí řádného hospodáře. Statutární orgán se ani přenesením výkonu části své působnosti jen na některé své členy nezbavuje odpovědnosti vést společnost s péčí řádného hospodáře.²² Pokud člen statutárního orgánu tuto povinnost poruší, vzniká mu povinnost nahradit způsobenou újmu. Otázka, zda je porušení péče řádného hospodáře, porušením smluvní či zákonné povinnosti, a tedy zda odpovědnost za porušení péče řádného hospodáře je odpovědností subjektivní či objektivní, je stále předmětem diskuzí.²³ Povinnost jednat s péčí řádného hospodáře není odpovědností za výsledek, ale za úsilí.²⁴

Povinnost jednat s péčí řádného hospodáře vychází z duality požadavku náležité péče²⁵ a požadavku loajality.²⁶ Povinnost loajality zahrnuje povinnost jednat v nejlepším zájmu obchodní korporace,²⁷ povinnost jednat s náležitou péčí kumuluje povinnost jednat pečlivě s potřebnými znalostmi. Pravidlo

²² FILIP, LASÁK, 2014, op. cit., s. 1994.

²³ Srov. HOUDEK, Zdeněk. Nad charakterem porušení fiduciárních povinností člena voleného orgánu. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2016, č. 4, s. 541–553.

²⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 8. 2013, sp. zn. 29 Cdo 2869/2011, rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 4. 2013, sp. zn. 29 Cdo 2363/2011.

²⁵ K rozlišení mezi odbornou a náležitou péčí usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 3. 2008, sp. zn. 5 Tdo 1412/2007, k vymezení náležité péče usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 11. 2005, sp. zn. 5 Tdo 1143/2005.

²⁶ POKORNÁ, Jarmila. 4. Pravidla jednání členů orgánů. In: POKORNÁ, Jarmila a kol. *Obchodní společnost a družstvo*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 93.

²⁷ Porušení povinnosti loajality se dopustil žalovaný, který jako jednatel pozdější úpadkyně upřednostnil svůj osobní zájem na zaplacení své promlčené pohledávky za pozdější úpadkyní. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 2. 2014, sp. zn. 29 Cdo 2974/2012. Porušením povinnosti loajality je situace, kdy jednatel dává při rozhodování v působnosti statutárního orgánu přednost zájmům společníka, který jej do funkce vahou svých hlasů prosadil, před zájmy společnosti, a nechá se při výkonu působnosti jednatele tímto společníkem ovlivňovat. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 24. 2. 2019, sp. zn. 29 Cdo 3864/2008.

jednat s péčí řádného hospodáře pak doplňuje § 51 odst. 1 ZOK, který stanoví, že „*(p)ěčlivě a s potřebnými znalostmi jedná ten, kdo mohl při podnikatelském rozhodování v dobré víře rozumně předpokládat, že jedná informovaně a v obhajitelném zájmu obchodní korporace; to neplatí, pokud takovéto rozhodování nebylo učiněno s nezbytnou loajalitou.*“ Toto ustanovení, označované jako pravidlo podnikatelského úsudku, je ve své podstatě definičním ustanovení, které „*(...) vymezuje obsah části fiduciárních povinností, a to povinnosti péče (duty of care), respektive v terminologii zákona o obchodních korporacích povinnosti jednat pečlivě a s potřebnými znalostmi ve smyslu § 159 odst. 1 NOZ.*“²⁸ Pravidlo podnikatelského úsudku tak, jak je zakotveno v § 51 odst. 1 ZOK, je tedy třeba interpretovat tak, že „*(...) povinnost péče řádného hospodáře splní ten, kdo mohl při podnikatelském rozhodování v dobré víře rozumně předpokládat, že jedná informovaně a v obhajitelném zájmu obchodní korporace.*“²⁹ J. Kožiak pak formuluje tříprvkový test pravidla podnikatelského úsudku – „*zkeoumá se, zda statutární orgán jedná i) v dobré víře, ii) mohl rozumně předpokládat, že jedná informovaně, a iii) mohl rozumně předpokládat, že jedná v obhajitelném zájmu obchodní korporace.*“³⁰ Pokud statutární orgán splní při svém jednání tyto tři podmínky, nebude odpovědný za újmu.

Povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře pak statutární orgán nezabavuje ani delegace.³¹ Pokud jde o delegaci horizontální, § 156 odst. 2 OZ ukládá ostatním členům statutárního orgánu, na které nebyla působnost delegována, povinnost dohledu nad tím, jak jsou záležitosti právnické osoby

28 HOUDEK, Zdeněk. Hodný, zlý a ošklivý nového korporátního práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2015, č. 3, s. 206; Ke stejnému závěru se přiklání i R. Ruban a F. Cileček. Viz RUBAN, Radek a Filip CILEČEK. Nejvyšší soud České republiky: K některým kritériím posuzování standardu péče řádného hospodáře. *Obchodněprávní revue*, 2017, č. 4, s. 115.

29 BORSÍK, Dan. Péče řádného hospodáře a pravidlo podnikatelského úsudku bez legend. *Obchodněprávní revue*, 2015, č. 7–8, s. 201.

30 KOŽIAK, Jarek. Pravidlo podnikatelského úsudku v návrhu zákona o obchodních korporacích (a zahraničních právních úpravách). *Obchodněprávní revue*, 2012, č. 4, s. 111.

31 Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. 11. 2006 sp. zn. 29 Odo 70/2005. Za naplnění povinnosti žalovaných postupovat s náležitou péčí při zařizování záležitostí družstva nelze považovat to, že „*dali na doporučení ředitele družstva Ing. J., který měl jejich důvěru a který pro ně (vzhledem k funkci, kterou zastával) představoval dostatečnou záruku, že záležitost byla kvalifikovaně posouzena. Akceptace takového právního závěru by totiž v podstatě znamenala vyloučení odpovědnosti členů představenstva družstva za škodu způsobenou družstvem pouze na základě jejich subjektivního názoru na „důvěryhodnost a kvalifikovanost“ předsedy družstva.*“

spravovány.³² Pro vertikální delegaci dovodila judikatura a odborná literatura trojici povinností, které je povinen statutární orgán splnit, pokud má být delegace v souladu s péčí řádného hospodáře.³³

První z těchto povinností je povinnost kontroly, dozoru. Statutární orgán má povinnost sledovat a dohlížet, jakým způsobem jsou svěřené činnosti realizovány, a to namátkovými kontrolami, v případech pochybností kontrolami důkladnými.³⁴ Tak např. v případě delegace stavebních prací mělo představenstvo povinnost kontrolovat, zda osoba pověřená provedením stavebních prací postupuje podle stavebního povolení (nebo zda vůbec toto stavební povolení má), podle projektové dokumentace a zda náležitě zajistila realizace stavby pověřenou osobou.³⁵

Další povinností je povinnost výběru. V případě horizontální delegace bude tato povinnost znamenat povinnost svěřit delegované úkoly tomu členovi orgánu, který pro ně má nejlepší předpoklady. V případě delegace vertikální se bude jednat o povinnost zajistit, aby delegovanou činnost vykonávala kvalifikovaná osoba.³⁶ „*Při jejím výběru je povinen postupovat řádně (tak jak by ji vybrala jiná rozumně pečlivá osoba) (...)*“³⁷ Je třeba doplnit, že ve smyslu § 52 odst. 1 ZOK se jedná o jinou rozumně pečlivou osobu v obdobném postavení (v postavení člena orgánu obchodní korporace) a v obdobné situaci.

Třetí povinností je povinnost za součinnost, za základní zadání nebo koncepcí povinnost. „*Pověří-li statutární orgán vedením účetnictví jinou osobu, je jeho povinností nejen prověřit, zda jde o osobu kvalifikovanou a vytvořit jí podmínky pro výkon funkce, ale také výkon svěřené působnosti efektivně kontrolovat. (...) K tomu je ještě třeba dodat, že k vytvoření předpokladů pro výkon svěřené působnosti – vedení účetnictví – patří i zajištění toho, že podmínky, které pověřená osoba dostane, jsou úplné, správné a pravdivé.*“³⁸

³² Blíže k povinnosti kontroly v případě horizontální delegace JOSKOVÁ, Lucie. Dělná působnost v kolektivním orgánu a její dopad na odpovědnost. In: HURYCHOVÁ, Klára a Daniel BORSÍK (ed.). *Corporate governance*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 190.

³³ ČECH, ŠUK, 2016, op. cit., s. 113.

³⁴ ELIÁŠ, 2010, op. cit., s. 25.

³⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 3. 2005, sp. zn. 8 Tdo 124/2005, uveřejněné pod číslem 18/2006 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek.

³⁶ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 6. 5. 2008, sp. zn. 29 Odo 1773/2006.

³⁷ ČECH, ŠUK., 2016, op. cit., s. 162.

³⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 1. 2012, sp. zn. 29 Cdo 134/2011.

Pokud tedy statutární orgán deleguje určitou činnost na třetí osobu, nezba-
vuje se tím povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře. Tuto povinnost
však plní prostřednictvím povinnosti výběru, kontroly a součinnosti. „*Pouze
tehdy, postupuje-li člen statutárního orgánu jakožto řádný hospodář při výběru, vedení
(součinnosti) i kontrole osoby, na niž deleguje některou z činností spadajících do své působ-
nosti, neponese odpovědnost za případnou újmu způsobenou při výkonu takto delegované
činnosti.*“³⁹

6 POVINNOSTI STATUTÁRNÍHO ORGÁNU V PŘÍPADĚ VYUŽITÍ ALGORITMŮ

Z povinností, které judikatura a odborná literatura dovodila v případě verti-
kální delegace, lze pak podle mě vyjít i v případě stanovení povinností v pří-
padě využití algoritmů. Do těchto konkrétních povinností se však promítnou
specifika těchto systémů a případná rizika, která s jejich použitím souvisí.

Odpovědnost za výběr, tedy za to, že záležitosti budou svěřeny tomu, kdo
pro ně má předpoklady, bude mít při delegaci vyhledávání informací na algo-
ritmus podobu povinnosti přezkoumat v konkrétním případě, zda je sys-
tém vhodný k danému účelu, tedy k obstarávání dat a získávání poznatků.
V rámci této povinnosti bude člen statutárního orgánu rovněž povinen,
bude-li to možné, přizpůsobit systém před jeho uvedením do provozu kon-
krétním poměrům společnosti (např. rizikový profil).⁴⁰ V rámci této povin-
nosti by měl statutární orgán zvažovat i zkušenosti dodavatele tohoto sys-
tému, reference apod.

Povinnost dozoru bude mít při využití algoritmu podobu povinnosti hod-
notit a dozorovat jeho pracovní postupy, tzn. algoritmy a modely, které jsou
základem vyhledávání informací. K efektivnímu dozoru musí statutární
orgán znát pracovní postupy a hodnotit proces získávání znalostí. Alespoň
na začátku by měl tedy statutární orgán znát způsob fungování systému.⁴¹
Současně by však tato povinnost neměla vést k tomu, že statutární orgán

³⁹ ČECH, ŠUK., 2016, op. cit., s. 162.

⁴⁰ Konkrétní podoba povinnosti kontroly v případě poloautomatizovaných systémů byla
zpracována podle kapitoly 3 a) WEBER, KEIFER, JOOBST, 2018, op. cit.

⁴¹ Konkrétní podoba povinnosti kontroly v případě poloautomatizovaných systémů byla
zpracována podle kapitoly 3 a) WEBER, KEIFER, JOOBST, 2018, op. cit.

bude povinen detailně kontrolovat postup systému, jednotlivé logické kroky apod. Ostatně sledovat jednotlivé kroky systémů nebude v mnohých případech ani reálně možné. Nadto, pokud by člen statutárního orgánu měl povinnost přezkoumávat každý logický krok systému v každém jednotlivém případě, nebylo by využití systémů ani praktické, ani efektivní.

V rámci koncepční odpovědnosti má statutární orgán povinnost mimo jiné zajistit, aby osoba, která vykonává delegovanou činnost, měla úplné a správné údaje. Pokud je vyhledávání informací svěřeno systému, měl by statutární orgán dále přezkoumat základy, na nichž systém pracuje, a zajistit, že informace, se kterými systém pracuje, jsou dostatečně kvalitní. Kvalita toho, co se systém naučil, se odvíjí od množství poznatků zahrnutého do procesu poznávání. Čím je větší množství informací a údajů, tím přesnější jsou poznatky získané systémem. Velké, komplexní a rozmanité soubory dat různých zdrojů a kvality, které jsou v krátkém čase generována, ukládána a analyzována (big data), však nejsou testována na pravdivost jejich obsahu. Systémy jsou proto odkázány v takovém případě na dobrou kvalitu dat, neboť nesprávná data mohou vést k nesprávným předpovědím. Zajistit kvalitu údajů tak může představovat pro statutární orgán podstatné problémy, neboť volí mezi množstvím dat a jejich dostatečnou kvalitou.⁴²

Při využití algoritmů by měl mít statutární orgán dále povinnost podrobit zprávy od těchto systémů kontrole věrohodnosti. Základním předpokladem delegace určitých činností na poloautomatický systém je vhodnost tohoto systému k přípravě podnikatelských rozhodnutí. Odborně kvalifikovaný systém může být, ačkoli byl ustanoven statutárním orgánem, nezávislým pouze pokud není statutárním orgánem ovlivněno zpracování informací a hledání rozhodnutí. Pokud by se systém učil i ze zpětné vazby dané statutárním orgánem, mohl by v budoucnu navrhnout taková řešení, která by byla v zájmu statutárního orgánu, resp. řešení, která by mohla být pouze v zájmu statutárního orgánu, nikoli v zájmu obchodní korporace.⁴³

⁴² Konkrétní podoba povinnosti kontroly v případě poloautomatizovaných systémů byla zpracována podle kapitoly 3 a) WEBER, KEIFER, JOOBST, 2018, op. cit.

⁴³ V takovém případě by mohla být dotčena i povinnost loajality, tedy povinnost jednat v nejlepším zájmu společnosti.

Aby se však statutární orgán mohl na poskytnuté informace spolehnout a dodržel povinnost jednat s péčí řádného hospodáře, musí, obdobně jako v případě delegace činností na jinou osobu, dodržet povinnost kontroly, a dále odpovědnost za výběr a koncepční odpovědnost, odpovědnost za součinnost. V případě poloautomatizovaného systému se budou tyto povinnosti promítat do konkrétních povinností výběru vhodného systému a jeho případnému přizpůsobení poměrům společnosti, zvážení okruhu informací, které má systém sbírat a vyhodnocovat, zejména s ohledem na problém s jejich pravdivostí, a v neposlední řadě i zabezpečení, aby systém nezohledňoval preference statutárního orgánu.

Automatizované systémy však mohou přinášet v důsledku schopnosti samostatného učení i rizika spočívající v tom, že i bezchybná databáze může vést k chybným poznatkům, který plněautonomní systém dovodí. Důsledkem toho může být porušení požadavku zákonnosti. Systém může mít například tendence k odsuzování, které nebylo jeho vývojářem naprogramováno. Může mít např. tendence v rámci své vlastní volby vyrazovat uchazeče na základě pohlaví, věku nebo jejich sociálního či národního původu. Užití těchto systémů tedy může mít dopady i v oblasti porušení veřejného práva (zákaz diskriminace).⁴⁴

Pokud má statutární orgán dodržet při zavedení a dalším využívání systémů dodržet péči řádného hospodáře, měl by si být těchto rizik vědom a učinit příslušná opatření tak, aby těmto rizikům zabránil. Jak již bylo uvedeno výše, jednotlivé povinnosti, které má statutární orgán v rámci povinnosti péče řádného hospodáře, lze dovodit z povinností v případě, že statutární orgán deleguje určitou činnost na třetí osobu. Inspirací pro konkrétní podobu povinností v případě zavedení a využití těchto systémů pak mohou být i povinnosti, které zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, zakotvuje při algoritmičtém obchodování.⁴⁵ Statutární orgán my tak měl povinnost zavést kontrolu rizik, aby bylo zajištěno, že systémy jsou odolné, mají dostatečnou kapacitu, že rozhodnutí jimi učiněná budou učiněna pouze

⁴⁴ WEBER, KEIFER, JOOBST, 2018, op. cit.

⁴⁵ MÖSLEIN, 2018, op. cit., s. 204; WEBER, KEIFER, JOOBST, 2018, op. cit.; Autoři odkazují na příslušná ustanovení zákona o cenných papírech (Wertpapierhandelsgesetz). Jedná se o úpravu přijatou na základě směrnice MIFID, která se promítla i v českém zákoně č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, v § 17c a násl. tohoto zákona.

v rámci stanovených parametrů a že systém není používán k nezákonným účelům. K těmto povinnostem by pak patřila i povinnost přijmout nouzová opatření a zdokumentování změn v systému.⁴⁶

7 POVINNOST DELEGACE A INFORMOVANÉ ROZHODNUTÍ

I přes popsaná rizika se nabízí otázka, zda by statutární orgán neměl mít povinnost pověřit získáváním informací a poznatků poloautomatizovaný systém. „*Abby dostál požadavku péče řádného hospodáře, je jednatel společnosti s ručením omezeným povinen jednat při výkonu své funkce (mimo jiné) s potřebnými znalostmi, a tedy i informovaně, tj. při konkrétním rozhodování využít rozumně dostupné (skutkové i právní) informační zdroje a na jejich základě pečlivě zvážit možné výhody i nevýhody (rozpoznatelná rizika) existujících variant podnikatelského rozhodnutí.*“⁴⁷

Statutární orgán má tedy povinnost v rámci péče řádného hospodáře využívat rozumně dostupné (skutkové i právní) informační zdroje. R. Ruban a F. Cileček k citovanému rozsudku Nejvyššího soudu uvádějí, že „*(p)ožadavek, aby členové volených orgánů před podnikatelskými rozhodnutími zvážili (a tedy i získali) všechny dostupné informační zdroje, je totiž neúměrně tvrdý a jako takový neplní svůj primární účel. (...) Z tohoto důvodu Nejvyšší soud formuloval požadavek potřebné pečlivosti (duty of care) mírněji, a to tak, že je při konkrétním rozhodování nezbytné využít rozumně dostupné (skutkové i právní) informační zdroje.*“⁴⁸ Dále upozorňují na praxi, kdy se členové statutárních orgánů „*pouze obklopují nejrůznějšími (objektivně nepotřebnými) informacemi, které mají sloužit jako alibi pro případ sporů, v nichž mohou být jejich rozhodnut zpochybnována (nikoli jako podklad reálného rozhodování).*“⁴⁹ K závěru, že je třeba upřednostnit volnější standard hodnocení informovanosti rozhodnutí před požadavkem, aby si člen statutárního orgánu opatřil veškeré dostupné informace, se přiklání i J. Kožíak.⁵⁰

Pokud má statutární orgán povinnost využít pouze rozumně dostupné zdroje, nelze dovést, že statutární orgán má již dnes povinnost zavést systémy k obstarávání informací. Statutární orgán nemá povinnost rozhodnout

46 WEBER, KEIFER, JOBST, 2018, op. cit.

47 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 10. 2016, sp. zn. 29 Cdo 5036/2015.

48 RUBAN, CILEČEK, 2017, op. cit.

49 RUBAN, CILEČEK, 2017, op. cit.

50 KOŽIAK, 2012, op. cit.

na základě nejlepších možných nebo vyčerpávajících informací. Přiměřenost zdroje a množství informací se bude odvíjet od druhu a závažnosti rozhodnutí, od výsledku porovnávání mezi náklady na získání informací a jejich užitkem. Informované rozhodnutí tak nebude rozhodnutí učiněné na základě nepřehledného množství informací, aniž by statutárním orgánem byla hodnocena jejich kvalita či relevance, a jediným důvodem, proč by se mělo v konkrétním případě jednat o informované rozhodnutí, bude množství informací.⁵¹

To však nevylučuje, že v budoucnu se získávání informací prostřednictvím těchto systémů nestane měřítkem informovanosti rozhodnutí a statutární orgán, pokud bude chtít učinit informované rozhodnutí, měl povinnost tyto systémy využívat. Čím rozsáhlejší je množství dat, které jsou k dispozici, tím vyšší budou požadavky na podklady pro podnikatelská rozhodnutí. Vzdání se použití takových technologií, pokud budou k dispozici přijatelným způsobem (což se bude odvíjet i od velikosti společnosti), tak obchodní vedení jen stěží odůvodní.⁵²

8 SHRnutí

Využití algoritmů statutárními orgány představuje do budoucna velkou výzvu. Již nyní je možné, aby statutární orgán, v rámci delegace, využil poloautomatizované systémy ke shromažďování informací a získávání poznatků ke svým rozhodnutím. Využití takového systému jej však nezabavuje povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře. Povinnost jednat s péčí řádného hospodáře se mění v povinnost kontroly, odpovědnost za výběr a koncepční odpovědnost. Statutární orgán má v takovém případě mimo jiné povinnost vybrat vhodný systém, upravit jej na konkrétní poměry obchodní korporace a dozorovat postupy takého systému např. tak, aby bylo zabezpečeno, že systém nebude zohledňovat preference rozhodnutí statutárního orgánu. Možnost zapojení poloautomatizovaného systému však neznamená povinnost takový systém využít k přijímání informovaných rozhodnutí.

Statutární orgán může využít i plněautomatizované systémy či systémy autonomní. V případě využití autonomních systému se však s ohledem na schopnost systému vymanit se v důsledku schopnosti učit se z hranic nastavených

⁵¹ Blíže viz BORSÍK, 2015, op. cit.

⁵² SPINDLER, 2018, op. cit., s. 43; MÖSLEIN, 2018, op. cit., s. 210.

jejich uživatelem, a proto s jejich využitím rostou rizika, která by měla být statutárním orgánem zabezpečena.

Literature

- BORSÍK, D. Péče řádného hospodáře a pravidlo podnikatelského úsudku bez legend. *Obchodněprávní revue*, 2015, č. 7–8, s. 193–205.
- ČECH, P. a P. ŠUK. *Právo obchodních společností v praxi a pro praxi*. Praha: Bova Polygon, 2016, 373 s.
- ELIÁŠ, K. Hodnotový výklad zákona a inspirace ze starých textů. *Bulletin advokacie*, 2010, č. 9, s. 25 - 31.
- FILIP, Václav a Jan LASÁK. § 435 (Působnost představenstva). In: LASÁK, Jan a kol. *Zákon o obchodních korporacích: komentář. II. díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, 2814 s.
- HAVEL, Bohumil. Quo vadis obchodního vedení. *Obchodněprávní revue*, 2010, č. 3, s. 70–74.
- HOUDEK, Zdeněk. Hodný, zlý a ošklivý nového korporátního práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2015, č. 3, s. 205–208. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/5289>
- HOUDEK, Zdeněk. Nad charakterem porušení fiduciárních povinností člena voleného orgánu. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2016, č. 4, s. 541–553. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/6246>
- JOSKOVÁ, Lucie. Dělbá působnosti v kolektivním orgánu a její dopad na odpovědnost. In: HURÝCHOVÁ, Klára a Daniel BORSÍK (ed.). *Corporate governance*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, 280 s.
- JOSKOVÁ, Lucie. Rozdělení působnosti v rámci kolektivního orgánu a jeho dopad na odpovědnost. *Bulletin advokacie*, 2014, č. 7–8, s. 46–50.
- KOŽIAK, Jarek. Pravidlo podnikatelského úsudku v návrhu zákona o obchodních korporacích (a zahraničních právních úpravách). *Obchodněprávní revue*, 2012, č. 4, s. 108–113.
- KRAUSOVÁ, Alžběta. Status elektronické osoby v evropském právu v kontextu českého práva. *Právní rozhledy*, 2017, č. 20, s. 700–704.
- MIKEŠ, Stanislav. Vybrané otázky odpovědnosti za škodu způsobenou autonomním vozidlem. *Právní rozhledy*, 2018, č. 13-14, s. 471–479.
- MÖSLEIN, F. Digitalisierung im Gesellschaftsrecht: Unternehmensleitung durch Algorithmen und künstliche Intelligenz? *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2018, č. 5, s. 204–212.

- PIHERA, V. Glosa k problematice souběhů. *Obchodněprávní revue*. 2014, č. 6, s. 172–175.
- POKORNÁ, Jarmila. 4. Pravidla jednání členů orgánů. In: POKORNÁ, Jarmila a kol. *Obchodní společnosti a družstva*. Praha: C. H. Beck, 2014, 448 s.
- RUBAN, Radek a Filip CILEČEK. Nejvyšší soud České republiky: K některým kritériím posuzování standardu péče řádného hospodáře. *Obchodněprávní revue*, 2017, č. 4, s. 113–115.
- SPINDLER G. Gesellschaftsrecht und Digitalisierung. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2018, č. 1, s. 17–55.
- ŠTENGLOVÁ, Ivana. § 435 [Postavení představenstva]. In: ŠTENGLOVÁ, Ivana a kol. *Zákon o obchodních korporacích: komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, 1128 s.
- WEBER, R., A. KEIFER a Stefan JOOBST. Künstliche Intelligenz und Unternehmensführung. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2018, č. 29, s. 1131–1137.
- ZIBNER, Jan. Akceptace právní osobnosti v případě umělé inteligence. *Revue pro právo a technologie*, 2018, č. 17, s. 19 - 49.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 3. 2005, sp. zn. 8 Tdo 124/2005.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 11. 2005 sp.zn. 5 Tdo 1143/2005.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. 11. 2006 sp. zn. 29 Odo 70/2005.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 3. 2008 sp zn. 5 Tdo 1412/2007.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 6. 5. 2008, sp. zn. 29 Odo 1773/2006.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 1. 2012, sp. zn. 29 Cdo 134/2011.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 4. 2013 sp zn. 29 Cdo 2363/2011.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 8. 2013, sp. zn. 29 Cdo 2869/2011.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 2. 2014, sp. zn. 29 Cdo 2974/2012.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 10. 2016, sp. zn. 29 Cdo 5036/2015.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 24. 2. 2019 sp. zn. 29 Cdo 3864/2008.

Contact – e-mail

371539@mail.muni.cz

Rozhodování per rollam u společnosti s ručením omezeným a pořízení notářského zápisu

Ondřej Málek

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Digitalizace společnosti umožňuje stále ve větší míře činit právní jednání způsobem, při kterém jednající osoby nejen že nejsou na tomtéž místě, ale nemusejí jej činit ani ve stejný čas. Tento jev se pak projevuje i v právu obchodních korporací, kde je umožněno mimo jiné rozhodování per rollam. Současná právní úprava však není jednoznačná v tom, jak postupovat v situaci, kdy by o rozhodnutí měl být pořízen notářský zápis. Příspěvek se zabývá problémem pořízení notářského zápisu o rozhodnutí per rollam.

Keywords in original language

Rozhodování per rollam; rozhodování společníků; valná hromada; notářský zápis; elektronická komunikace.

Abstract

Due to digitalization of society, subjects are allowed to different means of acting when acting persons are not at the same place and even when they are not acting at the same time. Such phenomenon is present even in corporate law that allows per rollam decision-making or decision-making with use of electronic means of communication. However, the Business Corporations Act does not provide unambiguous wording how to deal with need of notary's certificate of acknowledgement of per rollam decision-making. The paper deals with problem of per rollam decision-making and a need of notary's certificate of acknowledgement of such decision.

Keywords

Decision-making Per Rollam; Private Limited Company Shareholders' Decision-making; General Meeting; Notary's Certificate of Acknowledgement; Electronic Communication.

1 ÚVOD

Současný stav elektronické komunikace nám prakticky bez omezení umožňuje jednat, aniž by všechny zúčastněné osoby musely být ve stejný čas přítomny na jednom místě. Dochází tím k podstatnému zjednodušení právního styku, což reflektuje společenský vývoj a potřebu právně jednat bez ohledu na vzdálenosti a časové rozdíly. Takový způsob právního jednání se pak objevuje i v právu obchodních korporací, kdy je například možné, aby společníci (či členové jiného orgánu) rozhodovali bez osobní účasti na zasedání či jednání příslušného orgánu.

Umožňuje se tak rozhodování mimo jednání orgánu. Takové rozhodování může podstatně ulehčit výkon společnických práv¹, a to zejména v situacích, kdy se společníci nezdržují na stejném místě a je pro ně obtížné zrealizovat standardní jednání valné hromady. V některých situacích však může rozhodování společníků narazit na požadavek osvědčit jej veřejnou listinou² (srov. např. § 147 odst. 2 a 172 ZOK), přičemž právní úprava společnosti s ručením omezeným v § 175 odst. 3 ZOK obsahuje i nepříliš šťastné vyjádření zákonodárce, které svádí k možnosti akceptovat „obejití“ požadavku na osvědčení rozhodnutí valné hromady společnosti s ručením omezeným notářským zápisem.

Předložený příspěvek předkládá názor odklánějící se od komentářové i časopisecké literatury, která umožňuje upuštění od jinak vyžadované formy osvědčení rozhodnutí notářským zápisem.

2 FORMA ZAKLADATELSKÉHO PRÁVNÍHO JEDNÁNÍ A DŮSLEDKY JEJÍHO NEDODRŽENÍ

Ustanovení § 6 odst. 1 ZOK vyžaduje pro právní jednání týkající se založení, vzniku, změny, zrušení nebo zániku obchodní korporace písemnou formu s úředně ověřenými podpisy. Nedodržení formy dle § 6 odst. 1 ZOK je pak

¹ Tento důsledek se však uplatní i při rozhodování jakéhokoliv jiného kolektivního orgánu právnické osoby (viz § 156 ObčZ).

² Čímž je míněn notářský zápis (srov. § 3026 odst. 2 ObčZ a § 776 odst. 2 ZOK).

sankcionováno absolutní neplatností podle § 588 ObčZ, ke kterému se přihlédne i bez návrhu.³

Pro kapitálové společnosti lze pak nalézt v § 8 ZOK ustanovení speciální, které pro společenskou smlouvu či zakladatelskou listinu vyžaduje formu veřejné listiny. Tento požadavek pak plyne z čl. 10 Směrnice⁴: „*Ve všech členských státech, jejichž právní předpisy nestanoví předběžnou správní nebo soudní kontrolu při zakládání společnosti, musí být zakladatelské právní jednání a stanovy, jakož i jejich změny, úředně ověřeny.*“ Jde v zásadě o jediný požadavek, který evropské právo klade na vznik obchodní korporace. Za cíl má omezit případy neplatnosti obchodní korporace. Požaduje tak, aby proběhla buď předběžná kontrola soudem nebo orgánem veřejné moci nebo ověření notářem za účelem předcházení neplatnosti.⁵ Takovým ověřením tedy je míněno zjištění, zda nejsou dány důvody pro neplatnost zakladatelského právního jednání a obchodní korporace, nikoliv pak pouhé ověření (identifikaci) podepisující osoby.⁶

Ustanovení o následcích nedodržení formy, jako je tomu v § 6 ZOK, však nelze nalézt v § 8 ZOK. Havel k tomu uvádí: „*Zákon nereguluje možné případy jednání ve formě notářského zápisu (veřejné listiny), nicméně pro ně podle našeho názoru platí stejné pravidlo – nejsou-li provedena v této zprůsvětné formě, jsou neplatná podle § 6 (a fortiori – a minori ad maius). Pomocnou ruku podává i pravidlo pro zachování formy při změnách určitého právního jednání podle § 564 ObčZ. [...] Není-li společenská smlouva přijata v zákonem požadované formě nebo není-li vůbec, aplikuje se § 6, resp. nedošlo ke založení a obchodní korporace nemůže být zapsána do obchodního rejstříku.*“⁷ Lasák pak tuto otázku explicitně neřeší a pouze konstatuje potřebu formy veřejné listiny.⁸

3 HAVEL, B. In: ŠTENGLOVÁ, I., B. HAVEL, F. CILEČEK, P. KUHN a P. ŠUK. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 20. LASÁK, J. In: LASÁK, J., J. POKORNÁ, Z. ČÁP a T. DOLEŽIL. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář. I. díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 116.

4 Měněna Směrnice EP a Rady (EU) 2017/1132 ze dne 14. 6. 2017 o některých aspektech práva obchodních společností (kodifikované znění).

5 GRUNDMANN, S. *European Company Law. Organization, Finance and Capital Markets*. 2. vyd. Cambridge: Intersentia, 2012, s. 152.

6 Ibid.

7 HAVEL, B. In: ŠTENGLOVÁ, I., B. HAVEL, F. CILEČEK, P. KUHN a P. ŠUK. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 15.

8 LASÁK, J. In: LASÁK, J., J. POKORNÁ, Z. ČÁP a T. DOLEŽIL. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář. I. díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 133.

Jazykový výklad ustanovení § 6 a § 8 ZOK vede k tomu, že normuje-li zákon v § 6 jako následek nedodržení formy absolutní neplatnost coby výjimečný následek, a § 8 nikoliv, nemá nedodržení formy veřejné listiny samo o sobě za následek absolutní neplatnost zakladatelského právního jednání a obchodní korporace. Na stranu druhou lze postavit Havlovu argumentaci a *minor* ad *maius* – je-li sankcí absolutní neplatnosti postiženo nedodržení méně přísné formy (s ověřenými podpisy dle § 6 ZOK), mělo by jí být postiženo i nedodržení formy přísnější (notářský zápis dle § 8 ZOK). Další argument podporující závěr o absolutní neplatnosti pak přednáší Štenglová: „*Budeme-li aplikovat obecnou úpravu důsledků nedodržení zákonem stanovené formy právního jednání (za situace, kdy § 8 na rozdíl od § 6 ZOK výslovnou úpravu důsledků nedodržení formy neřeší), dospějeme rovněž k tomu, že důsledkem nedodržení formy bude absolutní neplatnost. Podle § 582 odst. 1 ObčZ platí, že není-li právní jednání učiněno ve formě stanovené zákonem, je neplatné, ledaže strany vadu dodatečně zhojí. Podle § 588 ZOK pak platí, že soud přibližně i bez návrhu k neplatnosti právního jednání, které se zjevně přiči dobrým mravům, anebo které odporuje zákonu a zjevně narušuje veřejný pořádek.*“⁹

Ustanovení § 582 odst. 1 ObčZ však samo o sobě neznamená neplatnost, neboť „*[i] v případě rozporu s požadavkem formy se musíme ptát, zda porušení stanovené formy automaticky znamená neplatnost právního jednání, nebo zda musíme posuzovat její smysl a účel.*“¹⁰ Zbavení účinků právního jednání, pokud porušuje požadavek formy, totiž zasahuje do autonomie vůle, a takový zásah musí splňovat stejná kritéria jako každý jiný. Je tedy třeba i zde poměřovat jednotlivá práva a zájmy. I v případě ustanovení § 582 ObčZ tedy je třeba aplikovat požadavky § 580 odst. 1, a tedy právní jednání považovat za neplatná pro nedostatek formy jen tehdy, když to smysl a účel příslušného ustanovení vyžaduje.¹¹

Samotný argument vycházející z příkazu § 8 ZOK pořídit zakladatelské právní jednání kapitálové společnosti ve formě notářského zápisu tak neznamená, že by porušení mělo mít za následek absolutní neplatnost.¹² Je třeba

⁹ ŠTENGLOVÁ, I. Některé problémy změny zakladatelského právního jednání kapitálové obchodní společnosti. In: *Bulletin advokacie*, 2016, č. 9, s. 27.

¹⁰ MELZER, F. In: MELZER, F., P. TÉGL et al. *Občanský zákoník. Velký komentář. Svazek III. § 419–654*. Praha: Leges, 2014, s. 744.

¹¹ MELZER, op. cit., s. 746–747.

¹² Srov. rozdílný názor v usnesení Nejvyššího soudu ze dne 29. 3. 2011, sp. zn. 29 Cdo 282/2010.

zkoumat smysl a účel předmětného ustanovení. Ten lze hledat, i přes jakousi tradici v požadavku na formu zakladatelské právního jednání kapitálové obchodní korporace v našem právním prostředí i prostředích nám blízkým, v již zmiňovaném čl. 10 Směrnice. Jedním z důvodů jejího přijetí totiž byla ochrana dobré víry třetích stran v platnou existenci obchodní korporace, a tedy i její způsobilost vstupovat do právních poměrů (srov. odst. 4 až 6 recitálů Směrnice) a možnosti uspokojit pohledávky třetích osob. Státy tak mají zajistit, aby v co největší míře došlo k omezení případů neplatnosti obchodní korporace i neplatnosti právních poměrů, jichž se obchodní korporace účastní.¹³ Tento zájem je pak třeba poměřovat s autonomií vůle zakladatelů obchodní korporace a jejich svobodnou volbou formy jednání. V takovém poměřování však zájem třetích stran jednoznačně převáží již v prvním kroku testu proporcionality. Nepořízení zakladatelského právního jednání formou notářského zápisu totiž neobstojí již požadavku vhodnosti, neboť není žádným způsobem zajištěna kontrola platnosti zakladatelského právního jednání. Pokud by totiž byl takový návrh předložen rejstříkovému soudu, není jeho úkolem ověřovat, zda ujednání zakladatelů jsou platná. Rejstříkové řízení je totiž založeno na registračním principu s omezením zásady vyšetřovací. Rejstříkový soud tak toliko zkoumá, zda údaje o skutečnostech, které zapisuje, vyplývají z předložených listin. Hodnotí je tak jen co do formy a z hlediska obsahu pak v limitech § 90 ZVŘ.¹⁴

Ačkoliv tedy souhlasím se Štenglovou v tom, že nedodržení formy notářského zápisu pro zakladatelské právní jednání kapitálové obchodní společnosti má za následek jeho absolutní neplatnost, jí přednesené důvody jsou nedostatečné pro takový závěr. Absentuje totiž jakékoliv zkoumání smyslu ustanovení a argumentace je omezena toliko na nedodržení formy vyžadované zákonem, resp. zprostředkovaně směrnicí. Důvodem pro závěr o absolutní neplatnosti takového zakladatelského právního jednání tedy není pouhý nedostatek formy, ale nedostatek formy, na kterém musíme trvat pro tak silné důvody, že jeho nedodržení má za následek absolutní neplatnost. V tomto případě jde o ochranu třetích osob – zejména jejich dobrou víru v to, že jednají s platně existující obchodní korporací a jejich právní

¹³ GRUNDMANN, op. cit., s. 151.

¹⁴ WALDER, I. In: HAMPEL, P. a I. WALDER. *Zákon o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 256 a 271.

poměry tím tak nebudou ohroženy. V opačném případě by totiž u kapitálových společností charakteristických mimo jiné majetkovou odděleností od společníků, a tedy i absencí jejich ručení za dluhy společnosti, nebylo jak uspokojit pohledávky třetích osob.

Eurokonformní výklad však selhává v situacích, kdy má být pořízen notářský zápis o právních jednáních, která nemohou mít za následek neplatnost obchodní korporace. Dle § 172 odst. 2 ZOK se vyžaduje pořízení notářského zápisu i v případě rozhodnutí o připuštění nepeněžitěho vkladu či možnosti započtení peněžitě pohledávky vůči společnosti proti pohledávce na splnění vkladové povinnosti. Důvody pro požadování právního jednání formou notářského zápisu zde však zůstávají stejné – cílem je opět ochránit třetí strany, a to ve vztazích mezi společníky a korporací s významným dopadem do majetkové sféry korporace. Při pořízení notářského zápisu o těchto skutečnostech tak bude třeba ze strany notáře třeba ověřovat platnost samotného rozhodnutí, ale i platnost právních jednání, která mu předchází – například v případě započtení peněžitě pohledávky vůči společnosti proti pohledávce na splnění vkladové povinnosti samotnou existenci peněžitě pohledávky a platnost jejího titulu. Ačkoliv nedochází k definitivnímu určení platnosti takového předchozího právního jednání, dochází k razantnímu snížení pochybností o případné (ne)platnosti. Neměly by tak vznikat pochybnosti o tom, zda došlo k řádnému připuštění způsobu plnění vkladové povinnosti a tím i ke snížení míry ručení společníka, který celý vklad nesplnil.

3 ROZHODOVÁNÍ PER ROLLAM A NOTÁŘSKÝ ZÁPIS

Ustanovení § 147 ZOK vyžaduje o změně obsahu společenské smlouvy pořídit veřejnou listinu, a to ve všech třech případech, které jsou v tomto ustanovení obsaženy – v případě dohody všech společníků, rozhodnutí valné hromady i změny provedené jednatelem v souladu s rozhodnutím valné hromady. Štenglová pak bez dalšího dovozuje, že o takové rozhodnutí se pořídí notářský zápis podle § 80a NotŘ.¹⁵ Tento závěr je však zjednodušující, neboť takový notářský zápis lze pořídit pouze v případě rozhodnutí

¹⁵ ŠTENGLOVÁ, op. cit., s. 28.

kolektivního orgánu, které bylo přijato na zasedání.¹⁶ Volba druhu notářského zápisu tak bude závislá na více okolnostech, které musí notář individuálně posoudit a postupovat dle relevantního ustanovení NotŘ.¹⁷

Úprava společnosti s ručením omezeným pak i předpokládá, že může docházet k přijímání rozhodnutí, která mají být osvědčena notářským zápisem, mimo jednání valné hromady. V § 175 odst. 3 ZOK se tak stanovuje, že vyžaduje-li se, aby rozhodnutí valné hromady bylo osvědčeno veřejnou listinou, uvede se ve vyjádření společníka i obsah návrhu rozhodnutí valné hromady, jehož se vyjádření týká, přičemž podpis na takovém vyjádření musí být úředně ověřen.

Problematičnosti tohoto ustanovení si všímá Šuk: „*Výklad, podle něhož je § 175 odst. 3 zvláštní úpravou k § 172, v jejímž důsledku není nutné, aby usnesení valné hromady vypočtená v posledně označeném ustanovení – jsou-li přijímána mimo zasedání, tedy per rollam – byla osvědčena notářským zápisem, odporuje předpokladu racionálního zákonodárce a principu bezrospornosti právního řádu. Proč by zákonodárce pro určitá usnesení valné hromady vyžadoval osvědčení notářským zápisem, když by současně říkal, že pouze „vhodné“ zvoleným způsobem rozhodování valné hromady („mimo zasedání“ místo „na zasedání“) je možné se tomuto požadavku vyhnout?*“¹⁸ S touto poznámkou lze souhlasit, avšak nikoliv již se závěry, které jsou dále vyvozovány. Totiž s tím, že je „[...] třeba dát přednost spíše respektu k vědomému rozhodnutí zákonodárce (byť zakládajícímu vnitřní rozpor v právním řádu a odporující unijnímu právu), jakož i ochraně legitimních očekávání společníků a společnosti.“¹⁹ Tento názor pak akceptuje i Štenglová. Přitom se stejně jako Šuk odvolává na požadavek čl. 10 Směrnice a připouští, že pro požadavek osvědčení takového rozhodnutí notářským zápisem svědčí výklad systematický, logický i teleologický. I přesto uzavírá, že lze stěží pochybovat o vůli zákonodárce.²⁰ Tento názor pak akceptují i judikatura Vrchního soudu v Praze.²¹ Odůvodnění se zde

¹⁶ KITTEL, D. Notářské zápisy sepsované na základě zákona o obchodních korporacích. In: *Ad Notam*, 2015, č. 2, s. 14; KOŽIAK, Jaromír. In: KOŽIAK, Jaromír. *Notářský řád. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 360.

¹⁷ K rozlišení dále viz KITTEL, op. cit., s. 12–15; HAVEL, op. cit., s. 323–324.

¹⁸ ŠUK, op. cit., s. 380.

¹⁹ Ibid.

²⁰ ŠTENGLOVÁ, op. cit., s. 27.

²¹ Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 3. 3. 2015, sp. zn. 7 Cmo 455/2014 a usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 20. 10. 2014, sp. zn. 7 Cmo 171/2014.

však omezuje toliko na citaci předmětného ustanovení bez hlubší analýzy (ta ovšem pro posouzení daných případů nebyla nezbytná, neboť procesní nedostatky řízení dostačovaly pro zrušení prvostupňového rozhodnutí).

S těmito názory se však nemohu ztotožnit pro jejich textualistický přístup bez jakéhokoliv dalšího poměrování argumentů. Avšak i jazykový výklad zde selhává, neboť není v uvedené literatuře proveden korektně.

Ustanovení § 175 odst. 1 ZOK pro rozhodování per rollam předpokládá, že osoba oprávněná svolat valnou hromadu zašle návrh rozhodnutí společníkům, a ti ke svému vyjádření připojí podpis s úředním ověřením. Tím dochází k ověření totožnosti osoby, která vyjádření činí a podepisuje. Omezují se tak pochyby o tom, jaká je její vůle ve vztahu k příslušnému návrhu rozhodnutí a pochyby o tom, jestli opravdu tato osoba vyjádření činí. Dochází tedy k ověření identity podepisující osoby, což však nenaplnuje požadavek kladený čl. 10 Směrnice. Ustanovení ve svém samotném textu hovoří pouze o nárocích na samotném vyjádření, nikoliv však o nárocích na rozhodnutí jako takové.

Požadavky na formu změny společenské smlouvy klade § 147 ZOK, který ve všech případech vyžaduje, aby došlo k pořízení notářského zápisu – buď tedy musí být uzavřena dohoda ve formě notářského zápisu, nebo musí být samotné rozhodnutí osvědčeno notářským zápisem. Ve spojení s § 175 odst. 1 ZOK tak nedochází z čistě jazykového výkladu k upuštění od požadavku osvědčit rozhodnutí notářským zápisem, ale k požadavku na ověření podpisu na vyjádřeních k návrhu rozhodnutí.

Pro setrvání na formě notářského zápisu svědčí i argumenty předestředené v předchozí části, zejména pak ustanovení Směrnice a účel pořizování notářských zápisů u některých právních jednání. Ustanovení čl. 10 Směrnice klade požadavek, aby státy zajistily kontrolu platnosti zakladatelských právních jednání. Tato kontrola pak nemůže existovat pouze u samotného vzniku obchodní korporace, ale po celou její dobu. Musí být tedy zajištěna i při změnách zakladatelského právního jednání, neboť i ty mohou být postiženy neplatností. I za trvání korporace je třeba dostát požadavkům na ochranu třetích osob a jejich dobré víry v platnost obchodní korporace s ní jednají a existenci právních poměrů s ní uzavřených. Pouhé ověření podpisu tyto nároky nemůže splnit, neboť smyslem není vyšší míra ověření totožnosti

jednajících osob, ale kontrola platnosti příslušného zakladatelského právního jednání. Obdobný účel pak lze nalézt i v případech jiných právních jednání, která se však přímo zakladatelského právního jednání a platnosti korporace nedotýkají, mají však za následek změnu výše ručení společníka při nesplacném vkladu.

Není tak jasné, proč Šuk a Štenglová dávají přednost závěrům, které však považují za nesystémové.²² Pokud pak oba uvádějí i legitimní očekávání „uživatelů“ zákona, není jasné, na jakém podkladě jej zakládají. Ze samotného textu § 175 odst. 3 ZOK totiž neplyne možnost upustit od osvědčení rozhodnutí notářským zápisem.

Co však činí ustanovení dle mého názoru nejproblematictější není konec-konců jeho samotný text, ale spíše jeho aplikace. Právní úprava obsažená v NotŘ totiž explicitně s následným osvědčováním rozhodnutí per rollam na základě ověřených podpisů na vyjádření společníků nepočítá. I přesto je však možné za současného stavu takové rozhodnutí přijmout a osvědčit jej notářským zápisem.

Podle § 175 odst. 1 ZOK je na osobě oprávněné svolat valnou hromadu zaslat společníkům návrh rozhodnutí. Ta může být svolána buď jednatelem (§ 181 odst. 1 ZOK) nebo společníkem či dozorčí radou (§ 183 ZOK). Této osobě pak budou zaslána i vyjádření společníků k návrhu v určené lhůtě. Na této osobě by pak mělo být zajištění osvědčení rozhodnutí notářským zápisem. Jediná osoba, která je však oprávněna namísto společníků společenskou změnu měnit v souladu s jejich rozhodnutím je jednatel dle § 147 odst. 3 ZOK. Ten by tedy byl jediný oprávněn předstoupit před notáře a provést změnu společenské smlouvy.

V případě pořízení notářského zápisu o rozhodnutí učiněném per rollam by tak účastníkem ve smyslu § 64 odst. 2 NotŘ byl jednatel jako navrhovatel usnesení a jakýsi administrátor, který zajišťuje perfekci právního jednání společníků (zajišťuje evidenci zaslaných vyjádření společníků k návrhu rozhodnutí a sám pak změnu na jejich podkladě provede). Vyjádření společníků by pak tvořila přílohu notářského zápisu. Nebylo by však možné porizovat

²² Nad tím se zamýšlí již Antoš v ANTOŠ, M. Interpretační úskalí ohledně přijímání rozhodnutí o změně společenské smlouvy per rollam ve společnostech s ručením omezeným.. In: *epravo.cz* [online], publ. 6. 10. 2016 [cit. 14. 1. 2019].

notářský zápis dle § 80a NotŘ, neboť ten je možné pořizovat pouze o rozhodnutí přijatém na jednání kolektivního orgánu.²³

Toto řešení však naráží na situace, kdy by post jednatele nebyl obsazen nebo by svoji funkci nemohl aktuálně vykonávat. Ustanovení § 147 odst. 3 ZOK totiž nepočítá se situací, kdy by změnu společenské smlouvy namísto takového jednatele zajišťovala dozorčí rada nebo jiný společník. V takovém případě by tedy rozhodnutí nebylo možné přijmout per rollam, ale bylo by třeba jej učinit na jednání valné hromady.

V případě, kdy by však šlo o rozhodnutí, kterým nedochází ke změně společenské smlouvy, mohl by před notáře předstoupit i jiný navrhovatel než jednatel. ZOK zde již totiž neomezuje oprávněných osob a bylo by možné sepsat notářský zápis i s navrhujícím společníkem nebo dozorčí radou.

4 ZÁVĚR

Právní úprava distančního rozhodnutí přináší společnostem celkem značné možnosti vnitřní autonomie při způsobu rozhodování. Obsahuje však do jisté míry nešťastné ustanovení umožňující vyjadřovat se k návrhům rozhodnutí, která by měla být osvědčena notářským zápisem, s ověřeným podpisem bez vazby na realizaci potřeby osvědčovat taková rozhodnutí notářským zápisem. Současná literatura k tomuto problému přistupuje bez hlubšího zvažování argumentů a na základě nepřesného jazykového výkladu činí závěr o explicitním záměru zákonodárce.

Ač se může ustanovení § 175 odst. 2 ZOK jevit jako do jisté míry méně srozumitelné, nelze říci, že samo o sobě zakládá možnost upustit od osvědčení rozhodnutí společníků notářským zápisem, pokud jej zákon předepisuje. Snižuje pouze nároky na vyjádření jednotlivých společníků. Ta musí dle platné právní úpravy být opatřena úředně ověřeným podpisem. Samotné právní jednání pak učiní perfektním až navrhovatel usnesení (typicky) jednatel, a to pořídí notářský zápis dle § 62 NotŘ. Takový notářský zápis ke změně společenské smlouvy však dle současné právní úpravy může při rozhodování per rollam poříditi toliko jednatel postupem dle § 147 odst. 3 ZOK, nikoliv však další osoby oprávněné svolat valnou hromadu.

²³ Srov. KOŽIAK, op. cit., s. 360.

Možné důsledky při nerespektování předepsané formy by pro obchodní korporaci a její společníky mohly být významné. Vystavují se totiž riziku absolutní neplatnosti právního jednání o změně společenské smlouvy i jiných rozhodnutí, u nichž je předepsána forma notářského zápisu.

Literature

- ANTOŠ, M. Interpretační úskalí ohledně přijímání rozhodnutí o změně společenské smlouvy per rollam ve společnosti s ručením omezeným. In: *epravo.cz* [online]. publ. 6. 10. 2016 [cit. 14. 1. 2019]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/interpretačni-uskali-ohledne-prijimani-rozhodnuti-o-zmene-spolecenske-smlouvy-per-rollam-ve-spolecnosti-s-ručením-omezeným-103272.html>
- BÍLEK, P., M. JINDŘICH, Z. RYŠÁNEK, P. BERNARD et al. *Notářský řád. Komentář*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2018.
- FIALA, J., M. KINDL et al. *Občanský zákoník. Komentář. I. díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2009.
- GRUNDMANN, S. *European Company Law. Organization, Finance and Capital Markets*. 2. vyd. Cambridge: Intersentia, 2012.
- HAMPEL, P. a I. WALDER. *Zákon o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014.
- KITTEL, D. Notářské zápisy sepisované na základě zákona o obchodních korporacích. In: *Ad Notam*, 2015, č. 2.
- KOŽIAK, Jaromír. *Notářský řád. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2018.
- LASÁK, J., J. POKORNÁ, Z. ČÁP a T. DOLEŽIL. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář. I. díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2014.
- MELZER, F., P. TÉGL et al. *Občanský zákoník. Velký komentář. Svazek III. § 419-654*. Praha: Leges, 2014.
- ŠTENGLOVÁ, I., B. HAVEL, F. CILEČEK, P. KUHN a P. ŠUK. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013.
- ŠTENGLOVÁ, I., B. HAVEL, F. CILEČEK, P. KUHN a P. ŠUK. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017.
- ŠTENGLOVÁ, I. Některé problémy změny zakladatelského právního jednání kapitálové obchodní společnosti. In: *Bulletin advokacie*, 2016, č. 9.

ŠVESTKA, J., J. DVORČÁK, J. FIALA et al. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1 až 654)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 29. 3. 2011, sp. zn. 29 Cdo 282/2010.

Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 3. 3. 2015, sp. zn. 7 Cmo 455/2014. Publikované v *Obchodněprávním revue*, 2015, č. 5, s. 146.

Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 20. 10. 2014, sp. zn. 7 Cmo 171/2014. Publikované v *Obchodněprávním revue*, 2015, č. 1, s. 27.

Contact – e-mail

ondrej.malek@mail.muni.cz

Mobilní aplikace ve smluvním právu

Štěpán Richter

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Pojmem mobilní aplikace v soudobé laické řeči označujeme na počítači vytvořený program, obvykle menšího rozsahu, který vykonává svou funkci v rámci operačního systému, instalovaném na smartphonu. Aplikace se za relativně krátké období své existence staly jedním z nejdynamičtějších se rozvíjejících druhů softwaru; světové výnosy z aplikací přesahují v roce 2018 sto miliard dolarů, s očekáváním stále rychlejšího růstu. Tento raketový vzestup sebou ovšem nese i negativní následky. Především je tu fakt, že specifické aspekty mobilních aplikací nejsou dostatečně zohledněny v právní úpravě, která na ně dopadá, zejména v soukromoprávním odvětví. Právo je fenoménem měnícím se pomalu a prudký vývoj technologií způsobuje, že normy mohou zaostávat za smluvní praxí osob, které se na poli mobilních aplikací pohybují. Cílem tohoto článku je nastínit existující soukromoprávní úpravu mobilních aplikací v českém právu, a následně provést komparaci se smlouvami poskytovatelů aplikací operujících v České Republice. Důraz bude kladen na unikátní aspekty úpravy aplikací, nepřítomných u hmotných předmětů plnění nebo u jiného softwaru.

Keywords in original language

Mobilní aplikace; Digitální obsah; Smlouva o poskytování digitálního obsahu; UsedSoft; Google Play; Ulož.to.

1 ÚVOD

Aplikace v ČR Mobilní aplikace jsou v české společnosti fenoménem starým sotva deset let, a přesto se již dokázaly stát naprosto integrální součástí práce i zábavy mnohých osob. Aplikace, v originále „mobile app“ lze nejlépe

popsat jako program malého až středního rozsahu, který slouží svému účelu v rámci prostředí operačního systému smartphonu. V České republice se mobilní aplikace staly poprvé všeobecně dostupnými 22. srpna 2008 v souvislosti s uvedením smartphonu iPhone na český trh¹ a v současné době používá smartphony, a tedy i mobilní aplikace, přes 6 milionů lidí v České republice², tedy více než polovina všech občanů státu.

Pojem aplikace je problematicky svojí nejednotností v rámci informačních technologií samotných, tím spíše pak v právní rovině, kde termín aplikace vyjadřuje formu realizace práva orgány veřejné moci. Zejména v posledních letech začínají vývojáři i poskytovatelé používat termín aplikace (*app*) i pro software mimo smartphony, například operační systém Windows 10 hovoří o programech v něm nainstalovaných jako o aplikacích. Rovněž aplikace na smartphonech mohou mít mnoho podob, od web-aplikací³ až po ty stažitelné z virtuálních obchodů. V této esejí bude pojem aplikace vždy znamenat mobilní aplikaci na smartphonu.

Navzdory všudypřítomnosti mobilních aplikací se právo zatím jen velmi pomalu přizpůsobilo nové technologické realitě. Pojem mobilní aplikace v platné právní úpravě nenajdeme, a ani obecné právní normy zatím dostatečně nezohledňují specifické aspekty poskytování digitálního obsahu vůbec, natož pak mobilních aplikací. Zlepšení nicméně pomalu přichází, a to zejména díky iniciativě Evropské unie, která se začala o digitální trh a jeho potenciál pro pozdvižení ekonomiky výrazně zajímat. Mobilní aplikace jsou, již ze své podstaty, prakticky nezávislé na státních hranicích a v současnosti jsou pro českého uživatele za pomoci internetu dostupné produkty z celého světa. Například, podle statistiky vypracované Evropskou komisí v roce 2015, 54% digitálního trhu v Evropě tvořily služby s původem ve Spojených státech amerických.⁴ Evropská unie proto vytvořila tzv. Strategii pro jednotný digi-

1 ČTK, JAM. Nový iPhone 3G dostanou Češi už 22. srpna. *Hospodářské Noviny, Česká Tisková Kancelář* [online]. © 2008, publikováno 6. 8. 2008. [cit 10. 12. 2018].

2 Number of smartphone users in the Czech Republic from 2013 to 2019. *Statista.com* [online]. Statista, © 2015, publikováno srpen 2015 [cit 10. 12. 2018].

3 Web-aplikace, neboli Internetová aplikace je poddruhem aplikace, poskytovaná uživateli přes internet za použití internetového prohlížeče, přičemž uživatel ve svém zařízení ukládá jen minimum souborů, jako např. osobní nastavení. Typickým příkladem web-aplikace je právní informační systém Beck-online.

4 EVROPSKÁ RADA. Digital single market for Europe. *Evropská Unie* [online]. © 2017, publikováno 23. 10. 2017. [cit 13. 12. 2018].

tální trh, jejímž cílem je je zajistit, že Unie, členské státy i její občané plně využijí možností, které nová digitální éra nabízí.⁵ V rámci této strategie již vzniklo a dále vzniká sekundární právo unie, které bere na zřetel novou realitu trhu a zasazuje jak aplikace tak jiný digitální obsah do jasného právního rámce. Veškerá tato unijní úprava se samozřejmě promítá do úpravy české.

Prozatím ale stále platí, že právní úprava smluv o poskytování mobilních aplikací je stanovena jen v té nejobecnější rovině, a tedy jsou to smlouvy samotné, které primárně určují podobu právního vztahu mezi poskytovatelem a uživatelem aplikace.

2 APLIKACE V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU A SMLUVNÍ PRAXI

Mobilní aplikace jako taková má několik rozměrů v soukromém i veřejném právu. Aplikace samotné jsou podkategorií softwaru, neboli počítačových programů.

V první řadě je třeba položit otázku, zda lze mobilní aplikaci klasifikovat jako věc v právním smyslu. Věc je upravena obecně v předpise 89/2012 Sb. Občanský zákoník. Věcí je vše, co je rozdílné od osoby a slouží potřebě lidí (§ 489 OZ). Ustanovení ovšem nezmiňuje požadavek způsobilosti věci být předmětem subjektivních majetkových práv, který plyne z původního textu návrhu⁶ OZ a důvodové zprávy.⁷ Aplikace bezpochyby slouží potřebě lidí. Otázku způsobilosti aplikací být předmětem subjektivních majetkových práv zodpoví jednak občanský zákoník, tak jeho speciální předpis zákona č. 121/2000 Sb. Autorský zákon. Software může být předmětem majetkových práv autorských, zejména práva dílo užít, šířit, zveřejnit apod., dle ustanovení AZ. Stejně tak může být aplikace předmětem práva držby (§ 987 OZ), bezdůvodného obohacení (§ 40, odst. 4 AZ, § 2991 OZ) a mnoha dalších institutů. Mobilní aplikace tedy dozajista věcmi jsou, nicméně věcná práva k nim podléhají speciálním ustanovením autorského zákona.

⁵ Ibid.

⁶ Sněmovní tisk 362/0, Vládní návrh na vydání zákona občanský zákoník. *Digitální repozitář* [online]. Poslanecká sněmovna parlamentu České republiky, © 2011, publikováno 26. 5. 2011 [cit. 16. 12. 2018].

⁷ Důvodová zpráva k NOZ (konsolidovaná verze). *Ministerstvo spravedlnosti ČR* [online]. Publikováno 3. 2. 2012 [cit. 16. 12. 2018].

Nejpodstatnějším rozdílem mezi mobilní aplikací a jinou věcí v občansko-právním smyslu je právě její autorskoprávní složka, a tedy její právní statut díla. To je, jakožto jedinečný výsledek tvůrčí činnosti autora vyjádřeno v objektivně vnímatelné elektronické podobě (§ 2, odst. 1 AZ). Mobilní aplikace může být od základu vytvořena jediným autorem, nicméně v praxi je daleko častější, že se jedná o výsledek tvůrčí práce několika programátorů i umělců, kteří se tak stávají spoluautory aplikace (§ 8, odst. 1 AZ). V případě programátorů je pak třeba mít na paměti, že spoluautorem není ten, kdo ke vzniku díla přispěl pouze poskytnutím pomoci nebo rady technické nebo odborné povahy nebo poskytnutím technické dokumentace (§ 8, odst. 2 AZ). V případě autorství v rámci vývojářské společnosti k aplikaci nebo její části jako svébytného díla platí, že „*Není-li sjednáno jinak, zaměstnavatel vykonává svým jménem a na svůj účet autorova majetková práva k dílu, které autor vytvořil ke splnění svých povinností vyplývajících z pracovněprávního nebo služebního vztahu. Takové dílo je zaměstnaneckým dílem. Počítačové programy a databáze... která nejsou kolektivními díly, se považují za zaměstnanecká díla i tehdy, byla-li autorem vytvořena na objednávku; objednatel se v takovém případě považuje za zaměstnavatele.*” (§ 58 AZ) V praxi to znamená, že autoři/programátoři mají k výsledné mobilní aplikaci či jinému programu zcela minimální vztah a veškerá práva spravuje společnost sama.

2.1 Rozhodnutí UsedSoft

Z výše uvedeného vyplývá, že v právní úpravě aplikací i jiného digitálního obsahu panuje jistá dichotomie. Z pohledu občansko-právního jsou aplikace věcmi a předměty plnění závazků z pohledu autorskoprávního jde o díla. Vypořádání těchto dvou aspektů bývá častým problémem právní teorie i praxe nakládání se softwarem. Přelomovým rozhodnutím v této otázce bylo rozhodnutí Evropského soudního dvora C-128/11, *UsedSoft v. Oracle*.

ESD judikoval, že princip vyčerpání práv se uplatní stejně u nehmotně distribuovaného softwaru, jako u hmotných nosičů, neboť jde o funkční ekvivalenty,⁸ a efekt vyčerpání zahrnuje i následující úpravy softwaru, tedy různé

⁸ Rozsudek Soudního dvora (Velkého senátu) ze dne 3. 7. 2012, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, věc C128/11. Dostupné z: *EUR-lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie.

updates či patche. Osoba, která tedy obdrží za úplatu již užitý software, je řádným nabyvatelem ve smyslu řečené směrnice. Aby ovšem další prodej použitého softwaru neporušoval autorská práva, musí původní osoba s licencí svoji kopii znehodnotit.⁹ Jelikož tedy nemůže držitel autorských práv protestovat proti dalšímu prodeji softwaru, je druhý nabyvatel, stejně jako všichni následní nabyvatelé, považován za řádného, ve smyslu směrnice 2009/24/EC.¹⁰

Uplatněním článku 4 Směrnice 2009/24/EC tak ESD ukončil dlouhou debatu o podstatě autorských práv ke zveřejněnému softwaru a zároveň tím stanovil pevnou hranici, kde režim softwaru jako autorského díla končí, a nastává režim nehmotné věci. Na tento závěr bude navazovat připravovaná směrnice O poskytování digitálního obsahu, kde je právní podstata digitálního obsahu vymezena právě jako druhý režim; software, který je nezatížen právy třetích stran a lze s ním bez dalšího nakládat jako s předmětem plnění smlouvy.¹¹

2.2 Závazkový rozměr

Právní úprava mobilních aplikací, se kterou nejčastěji přijdou do styku laické, je úprava závazková. S aplikacemi se nakládá jako s předměty plnění závazku: v rámci smluv jsou obchodovány mezi vývojáři navzájem nebo poskytovány uživatelům. To znamená, že aplikace jako předmět plnění závazku jsou přítomné jak v B2B, tak v B2C vztazích. Spornou otázkou smlouvy o poskytování mobilních aplikací zůstává prozatím její klasifikace do určitého smluvního typu. Především se touto smlouvou nikdy nepřevádí vlastnictví k originálu, což vyplývá z původu jako autorského díla; uživatelům či jiným vývojářům je poskytnuta pouze kopie a užívací práva. To přibližuje smlouvu o poskytování aplikací licenci (§ 2358 OZ), nicméně taková smlouva má mnohem více aspektů, než jen licencování díla. Nelze se tedy vyhnout závěru, že smlouvy o poskytování aplikací jsou, alespoň prozatím, inominátní, tedy právem explicitně neupravené (§ 1746, odst. 2 OZ).

⁹ Rozsudek Soudního dvora *UsedSoft*, op. cit.

¹⁰ Rozsudek Soudního dvora *UsedSoft*, op. cit.

¹¹ Článek 8 návrhu Směrnice Evropského parlamentu a Rady KOM (2015) 634 v konečném znění 2015/0287 (COD), ze dne 9. 12. 2015 o některých aspektech smluv o poskytování digitálního obsahu [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 10. 12. 2018].

Tyto smlouvy je tedy třeba posuzovat zejména podle obecných norem Občanského zákoníku a soukromého práva, jako jsou ustanovení o nabídce (§ 1731 OZ), úplatnosti, respektive bezúplatnosti smlouvy (§ 1747 OZ), účinních (§ 1759 OZ) a ještě obecnějších ustanoveních o právním jednání (§ 545 OZ) a obecných právních zásadách, zejména presumpci dobré víry a *pacta sunt servanda*. V rámci smluv o poskytování aplikací hrají významnou roli rovněž spotřebitelská ustanovení (§ 1810 a násl. OZ) a v návaznosti zákon č. 634/1992 Sb. O ochraně spotřebitele, jelikož většina mobilních aplikací je poskytována právě spotřebitelům.

2.3 Soutěž

Mobilní aplikace jsou významné nejen pro závazkové právo. Díky ekonomickému potenciálu, který digitální trh má, je obchodování s aplikacemi často podrobováno dohledu orgánů odpovědných za zdravou hospodářskou soutěž. I v tomto kontextu dokáže být trh s aplikacemi velmi inovativní. Jedním z typických příkladů nových forem narušení soutěže je tzv. „*product bundling*“, kdy je určitý software poskytován pouze ve spojení s jiným produktem, například specifickým zařízením nebo operačním systémem, což má potenciál zneužití dominantního postavení ve smyslu § 10 zákona č. 143/2001 o ochraně hospodářské soutěže. Evropská komise udělila v červenci tohoto roku pokutu 4,34 miliard dolarů za zneužití dominantního postavení společnosti Google, která nutila výrobce smartphonů integrovat do svých zařízení vyhledávací aplikace od Google jako podmínku licencování svého operačního systému Android.¹²

3 SMLOUVY O POSKYTOVÁNÍ MOBILNÍCH APLIKACÍ V PRAXI

Mimo výjimečné případy, kdy je aplikace poskytována individuálně na míru, je smlouva o jejím poskytnutí vyhotovována poskytovatelem samotným, bez reálné možnosti uživatele podmínky smlouvy změnit. Tedy se jedná

¹² Evropská komise – Tisková zpráva. Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine. *Evropská komise* [online]. © 2018, publikováno 16. 7. 2018. [cit. 20. 12. 2018].

o smlouvu adhezni (§ 1798 OZ). Aby ovšem smlouva splňovala zákonné požadavky, a zároveň se vyrovnala se situacemi, které zákon upravuje pouze obecně nebo vůbec, musí poskytovatel, který vyhotovuje její znění, zohlednit mnoho faktorů. Platí totiž, že nejlepší obranou poskytovatele vůči problémům ze strany spotřebitele je prevence.

Největší praktickou odlišností kontraktace při poskytování aplikací od běžného uzavírání smlouvy je fakt, že smlouva samotná stojí v procesu pořízení aplikace uživatelem prakticky stranou. Uživatel uzavře právní vztah několika dotyky na telefonu, bez nutnosti si smluvní podmínky, které jsou v těchto případech jedinou formou smlouvy, přečíst. A jak již praxe ukázala, uživatelé je skutečně nečtou, přestože tyto podmínky často obsahují ujednání velmi zásadního rázu.

3.1 Google Play

Platforma Google Play je největším online tržištěm aplikací na světě.¹³ V prosinci 2018 bylo přes tento appstore k dispozici 2,6 milionu aplikací.¹⁴ Jako u všech poskytovatelů digitálního obsahu online je smlouva se spol. Google adhezni, kdy musí uživatel bez dalšího souhlasit s předpřipravenými podmínkami společnosti, aby získal do appstoru přístup a mohl stahovat aplikace.

Smluvní úprava společnosti Google v otázce poskytnutí mobilní aplikace se skládá z velkého množství online dostupných dokumentů. Mimo jiné zde figurují samotné Smluvní podmínky služby Google Play, obecné Smluvní podmínky společnosti Google, na které navazují Zásady ochrany osobních údajů, Věkové požadavky pro účty Google, na které dále navazují Smluvní podmínky pro uplatnění dárkových karet a mnohé další. Přestože se systematicky těchto podmínek podobá spíše návodu k použití, jde v kontextu poskytování digitálního obsahu o skutečnou smlouvu a veškeré relevantní stránky i četné vysvětlující nápovědy uživatele právně zavazují.

Byť je společnost Google nadnárodní korporací původem z USA, pro země Evropského hospodářského prostoru a Švýcarsko provozuje appstore dceřiná

¹³ LOESCHE, D. Number of apps available in leading app stores as of 3rd quarter 2018. *Statista* [online]. © 2018, publikováno říjen 2018. [cit 18. 12. 2018].

¹⁴ Statista.com. Number of available applications in the Google Play Store from December 2009 to December 2018. *Statista* [online]. © 2018, publikováno prosinec 2018. [cit 18. 12. 2018].

společnost Google Ireland Limited.¹⁵ Tedy společnost založená a řídicí se právem Irska. Zároveň si ale Smluvní podmínky společnosti Google jako rozhodné právo určují „anglické“, stejně jako sudiště. Z toho vyplývá, že smlouva jako rozhodné právo určuje právo Spojeného království Velké Británie a Severního Irsku. Alespoň prozatím se v právních řádech obou států uplatní normy práva EU, tedy platí, že i ochrana uživatelů, zejména v otázkách spotřebitelských smluv a ochrany osobních údajů, vyplývajících z norem EU, musí být na stejné úrovni. České soukromé právo nemá v těchto ohledech úpravu od těchto norem odlišnou.¹⁶ Platnost práva EU dále znamená, že spotřebitel může a poskytovatel musí podat žalobu místo bydliště spotřebitele.¹⁷ a že jim volbou práva nesmí být odebrána ochrana poskytovaná národní úpravou.¹⁸ Což ostatně obecné smluvní podmínky potvrzují tak, že ve spotřebitelských vztazích uvádí výslovně jako rozhodné právo národní právo spotřebitele.

Smluvní podmínky služby Google Play ujednávají zejména aspekty používání digitálního obsahu, konkrétně otázky zletilosti, sběr informací poskytovatelem, možnosti zablokování účtu i softwaru, možnosti jednostranné změny podmínek a aktualizací. Dále jsou do detailu upraveny aspekty plateb a práv třetích stran, zejména autorů. Speciální podmínky jsou stanoveny poskytování hudby a tzv. Kiosku¹⁹.

Google volí zajímavé řešení v otázce zletilosti uživatele. Pro hodnocení věkové přístupnosti aplikací neexistuje žádná závazná právní norma²⁰, z čehož vyplývá, že mohou nastat četné spory a problémy v otázce svéprávnosti potenciálního uživatele ke konkrétnímu úkonu v aplikaci. Obecné

15 Smluvní podmínky služby Google Play. *Google Ireland limited* [online]. © 2018, publikováno listopad 2018 [cit 18. 12. 2018].

16 Zákon č. 89/2018 Sb. Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 634/1992 Sb. O ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR.

17 Článek 18 Nařízení Evropského Parlamentu a Rady č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (Brusel I bis). In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 17. 12. 2018].

18 Článek 6, odst. 2 Nařízení Evropského Parlamentu a Rady č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I). In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 17. 12. 2018].

19 Podslužba Google Play zpřístupňující zprávy, časopisy a jiná periodika.

20 V rámci EU takové hodnocení vykonává nevládní nezisková organizace PEGI, která se ovšem zaměřuje pouze na hry, a to primárně na počítačové a konzolové.

podmínky Google proto výslovně stanoví, že ke spravování vlastního účtu Google musí být osobě v ČR 16 let, dále dává mladším osobám možnost zpřístupnění obsahu pomocí vytvoření Rodinné skupiny²¹, ve které může zletilá osoba/rodič spravovat obsah nezletilých. Po právní stránce se tak poskytovatel fakticky zbavuje odpovědnosti za problémy vzniklé ze situací, kdy se k potenciálně nevhodné aplikaci dostane osoba nedostatečně vyspělá, nebo tato osoba provede v aplikaci právní jednání, které není schopna rozumově posoudit, například nákup. Reálně tomu však tato dohoda nebrání; přístup k aplikacím za pomoci cizího účtu je pro nezletilé triviální, a identita osoby se při stahování nijak neověřuje.

Z celého souboru podmínek společnosti Google je patrná snaha autorů o pokrytí všech potenciálních problémů a převedení odpovědnosti za jejich vznik na uživatele. To je samozřejmě legální, vzhledem k autonomii vůle, která platí nejen v českém, ale snad i v každém civilizovaném soukromém právu, přičemž nevyhnutelné korektivy spočívají v nemnohých kogentních normách, zejména spotřebitelském právu. Podmínky jsou rovněž zcela obecné. Smlouva nerozlišuje mezi použitím v různých právních řádech, znění v češtině i angličtině je identické²². Rovněž není smluvně dán rozdíl pro různé typy uživatelů: spotřebitele či podnikatele, platící nebo neplatící.

3.2 Ulož.to

Společnost Ulož.to cloud, a. s. je českou korporací provozující největší a veřejnosti nejznámější²³ online úložiště souborů ulož.to. Smlouvu se společností neuzavírá uživatel stažením aplikace, nýbrž až registrací do systému, na kterou se vážou Všeobecné smluvní podmínky používání, a bez které nelze aplikaci fakticky používat. Je na místě si položit obecnou otázku, nakolik uzavře uživatel s poskytovatelem konkludentně smlouvu již pouhým stažením aplikace, což by mělo relevanci například v případě, kdy by stažení

²¹ Smluvní podmínky služby Google Play, op. cit.

²² Smluvní podmínky služby Google Play. *Google Ireland limited* [online]. © 2018, publikováno listopad 2018 [cit 18. 12. 2018]. - není vhodné op. cit. jako v pozn. 21?

²³ 71500. Studie poskytovatelů vybraných služeb informační společnosti v České republice v rámci Společnosti 4.0. *Ministerstvo průmyslu a obchodu* [online]. © 2018, publikováno 5. 11. 2018. [cit 20. 12. 2018].

aplikace poškodilo jiný software ve smartphonu. V tomto konkrétním případě je nicméně taková situace skutečně pouze teoretická.

Stažení aplikace Ulož to je možné buďto přímo z webu www.uloz.to, nebo z online obchodu Google Play. Toto první a pro uživatele zdánlivě triviální rozhodnutí je ze smluvně-právního hlediska významné v tom, zda uživatel uzavře smlouvu se společností Ulož.to cloud, a. s. nebo i se společností Google. Google Play ve svých smluvních podmínkách nepředvídá možnost další registrace po stažení aplikace z appstoru, ale zároveň ji nevylučuje, a uživatel musí být tedy zavázán dvěma smlouvami. Teoretickou situaci, kdy budou smlouvy v rozporu, ani jedna z nich neřeší,²⁴ nicméně Google má pro tyto účely smluvní podmínky i pro vývojáře.²⁵ Pokud tedy uživatel stáhne aplikaci z Google Play, vzniká tím komplikovaný právní vztah o třech stranách, kdy uživatel musí uzavřít smlouvu s Google i Ulož to, a. s., aby se dostal k použití aplikace, a obě společnosti mají mezi sebou smlouvu o vztahu vývojáře a distributora.

Obecné Smluvní podmínky hovoří o možnostech využití aplikace uloz.to jako o poskytování služeb.²⁶ Smluvní podmínky vychází v této teoretické klasifikaci ze zákona 480/2004 Sb. o některých službách informační společnosti a varianta služeb je skutečně jeden z pohledů na poskytování dig. obsahu, propagovaný nejvíce právě poskytovateli, nicméně v případě stahování souborů za pomoci aplikace není možné tuto klasifikaci přijmout bez dalšího. Především, „Služba informační společnosti“ je svébytný a autonomně vykládaný pojem práva EU, vytvořený původní směrnici 2000/31/ES za účelem obecného podchycení veškerého plnění poskytovaného přes internet.²⁷ Mezi termín služba a služba informační společnosti nelze z hlediska smluvně-právní teorie dát rovnítko. Rovněž, znění směrnice bylo

²⁴ Všeobecné smluvní podmínky užívání. *Ulož.to cloud a.s.* [online]. © 2018. znění k 22. 12. 2018 [cit 22. 12. 2018]; a Smluvní podmínky služby Google Play op. cit.

²⁵ Distribuční smlouva pro vývojáře Google Play. *Google Ireland limited* [online]. © 2018, publikováno listopad 2018 [cit 18. 12. 2018].

²⁶ Všeobecné smluvní podmínky užívání. *Ulož.to cloud a.s.* [online]. © 2018. znění k 22. 12. 2018 [cit 22. 12. 2018].

²⁷ Bod 17 Preambule Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES ze dne 8. června 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu (směrnice o elektronickém obchodu). In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 22. 12. 2018].

vytvořeno na počátku tisíciletí, tedy v době, kdy mobilní aplikace vůbec neexistovaly. Je tedy na místě se ptát, do jaké míry lze Směrnici a transponované zákony v případě mobilních aplikací vůbec použít. Smlouva o poskytování dig. obsahu prozatím není v české ani unijní úpravě jednotně klasifikována jako služba, licence či něco jiného, a dokud nebude, není možné tuto právní klasifikaci stanovit smluvně, zejména s ohledem na interpretaci podmínek jednotlivých smluvních typů.

Další problematický bod smlouvy lze spatřovat v článku 2,2.5, který stanoví, že „*Poskytovatel je oprávněn poskytování Služeb dle čl. 8 kdykoli ukončit, a to i bez předchozího upozornění Uživatele.*“²⁸ Toto ujednání může na první pohled evokovat jednostranné bezdůvodné odstoupení od smlouvy, které by bylo v případě uživatele-spotřebitele v přímém rozporu s ustanovením § 1814 písm. e OZ. Při bližším prozkoumání konkrétních služeb ale vyjde najevo, že se jedná o služby typu streamu²⁹, a že článkem 2,2.5 je pouze podchycena možnost jejich dočasného vypnutí. Na tomto článku je nejvíce patrný hlavní problém smluv upravujících online závazky, a sice nejasná terminologie, která je často v kolizi s terminologií známou českému právnímu řádu, navíc dopadající na technologie, které mají úplně jinou technologickou podstatu, než s jakou zákonodárce počítal.

V bodu 9 smlouvy poskytovatel vylučuje prakticky jakoukoli odpovědnost vůči uživateli za nefunkčnost služeb, které poskytuje. Zejména určí, že poskytuje služby „tak, jak jsou“.³⁰ Možnost přenechat věc úhrnkem umožňuje OZ v § 1918, nicméně aplikace tohoto ustanovení je přinejmenším problematická. Z teoretické stránky, ustanovení se týká věcí, ne poskytování služeb informační společnosti nebo digitálního obsahu. Rovněž nelze ustanovení a institut úhrnku obecně uplatnit univerzálně, ale pouze na věci, jejichž povaha to připouští; názor, který opakovaně vyjadřuje Nejvyšší Soud ve své judikatuře.³¹ U věcí kupovaných úhrnkem má navíc kupující jistotu,

²⁸ Všeobecné smluvní podmínky užívání, op. cit. - **není vhodné op. cit. i v pozn. 26?**

²⁹ Stream, neboli streamování/streaming je forma kontinuálního přenosu digitálních dat od poskytovatele k uživateli, která se vyznačuje svojí okamžitostí a neopakovatelností, podobně jako např. Živé vysílání.

³⁰ Všeobecné smluvní podmínky užívání. *Ulož.to cloud a.s.* [online]. © 2018, znění k 22. 12. 2018 [cit 23. 12. 2018]. - **není vhodné op. cit. i v pozn. 26?**

³¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 24. 10. 2013, sp. zn. 33 Cdo 2641/2012. *Nejvyšší soud* [online]. © 2012 [cit. 22. 12. 2018].

že nějakou věc dozajista obdrží, například plná skladová jednotka něco zjevně obsahuje, i když si kupující není jistý konkrétním obsahem. U online služby poskytování úložiště přes aplikaci nemá uživatel vůbec možnost zjistit, zda je funkční předtím, než provede registraci, a tedy uzavře smlouvu. Poskytovatel se zjevně frází „tak, jak jsou“ snaží kompletně předejít své zákonné odpovědnosti za vady, ve smyslu § 1914 a násl OZ, a zároveň tím může přímo porušovat § 1814 písm. a) OZ, který zakazuje vyloučit či omezit spotřebitelova práva z vadného plnění, pokud je uživatelem spotřebitel.

Problémem, který má potenciál mít dopad na veškerá ustanovení smlouvy, je otázka rozlišení platícího a neplatícího uživatele, respektive jejich nerozlišení u jednotlivých plnění. Platí ustanovení § 1747 OZ, že v bezúplatné smlouvě se chtěl dlužník zavázat spíše méně, než více. Smluvní podmínky Ulož.to umožňují uživateli nákup kreditu, který odpovídá virtuální měně v rámci aplikace a webu, a za jeho pomoci získá uživatel přístup k neomezenému stahování a širší škále služeb. Z podstaty věci je třeba kredit vnímat jako transformovanou formu úplaty, a pokud si jej uživatel nakoupí, je třeba na celou uzavřenou smlouvu pohlížet jako na úplatnou. Tím bude dotčena interpretace mnohých smluvních ustanovení, například zmiňovaného čl. 2, nebo vyloučení záruky za integritu souborů v článku 4,12. Tato ustanovení by dozajista byla jinak interpretována soudem v kontextu platícího a neplatícího uživatele a celé smlouvě toto nerozlišení dodává přinejmenším nejistotu.

4 ZÁVĚR – REALITA SMLUV POSKYTOVÁNÍ APLIKACÍ

Význam mobilních aplikací pro společnost je již teď zcela neopomenutelný a vše nasvědčuje tomu, že bude v budoucnu jen růst. Bohužel, technologická inovace sebou přináší i nejistotu a chaos způsobený zastaráváním právního řádu. Nejen proto jsou právní vztahy na poli poskytování aplikací tvořeny především ujednáními v adhezních smlouvách poskytovatelů, což sebou přináší očekávané znaky.

Z analýzy smluv společností Google a Ulož.to cloud, a. s. vyplývá jedna dominantní myšlenka, a to, že poskytovatelé jsou si dobře vědomi reálné nemožnosti uživatele podobu smlouvy ovlivnit, a z toho vyplývající neochoty se smlouvou vůbec zabývat. Poskytovatelé mají v kontraktaci prakticky

volnou ruku. A jelikož, jakožto velké společnosti, mají dobré povědomí o právní úpravě, kterou musí dodržovat, znají zároveň nástroje, kterými vychýlit rovnováhu práv a povinností na svou stranu. U obou analyzovaných smluv jsou práva uživatele a poskytovatele v hrubém nepoměru, zatímco právům poskytovatele a povinnostem uživatele vyhrazují podmínky Ulož. to většinu smlouvy, vypsaná práva uživatele se omezují na šest odstavců, které jsou navíc pouhým opisem zákonných práv vyplývajících z kogentních ustanovení.³²

Dalším obecným znakem smluv o poskytování mobilních aplikací je fascinující, nicméně velmi alarmující nepoměr objemu textu uzavíraných smluv vůči jejich reálnému dopadu do praxe. Jak bylo zjištěno, na poli poskytování aplikací vedle sebe stojí bezplatná instalace třemi dotyky na smartphonu a smluvní podmínky o velikosti desítek normostran, rozdělené do formátu menší encyklopedie. Tento nepoměr působí o to více na uživatelovu psychiku, a podvědomě mu říká, že smlouvu, kterou uzavírá, se nevyplatí číst.

Pro smlouvy o mobilních aplikacích v češtině je rovněž typická nepřesná či přímo nesprávná terminologie, vyplývající z nutnosti překládat zahraniční termíny a dosavadní nejasnou úpravou oblasti.

Jak je patrné, smluvně-právní úprava mobilních aplikací i obecně softwaru, má před sebou mnoho výzev, kterým musí čelit, než dosáhne uspokojivé kvality. Zda se tak stane, je ovšem jiná otázka, neboť práva a povinnosti vzešlé ze smlouvy o poskytování mobilní aplikace jsou často tak malé hodnoty, že se nevyplatí ani jedné ze stran se domáhat svých práv v případě porušení – společností se nemusí vyplatit vymáhat svá práva vůči jednotlivcům a jednotlivci samotní často ani neví, že je mají. A nezdá se, že by se jedna z těchto skupin snažila tento stav změnit. Pokud má dojít k prolomení statu quo a zlepšení, musí ho přinést veřejná moc.

Literature

Zákon č. 121/2000 Sb., Autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR.

³² Všeobecné smluvní podmínky užívání. *Uložto cloud a.s.* [online]. © 2018, znění k 22. 12. 2018 [cit 23. 12. 2018]. - **není vhodné op. cit. i v pozn. 26?**

- Zákon č. 89/2012 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR.
- Zákon č. 480/2004 Sb. O některých službách informační společnosti, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR.
- Zákon č. 634/1992 Sb. O ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR.
- Nářízení Evropského Parlamentu a Rady č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (Brusel I bis). In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie. [cit. 17. 12. 2018]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>
- Nářízení Evropského Parlamentu a Rady č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I). In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2000/31/ES ze dne 8. června 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu (směrnice o elektronickém obchodu). In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 24. 10. 2013, sp. zn. 33 Cdo 2641/2012. *Nejvyšší soud* [online]. © 2012 [cit. 22. 12. 2018]. Dostupné z: <http://www.nsoud.cz/Judikatura/2461-2012>
- Rozsudek Soudního dvora (Velkého senátu) ze dne 3. 7. 2012, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, věc C128/11. In: *EUR-lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1547281285501 & uri=CELEX:62011CJ0128>
- ČTK, JAM. Nový iPhone 3G dostanou Češi už 22. srpna. *Hospodářské Noviny, Česká Tisková Kancelář* [online]. © 2008, publikováno 6. 8. 2008. Dostupné z: <https://www.m.ihned.cz/c1-26205280-novy-iphone-3-g-dostanou-cesi-uz-22-srpna>

- Evropská rada. Digital single market for Europe. *Evropská Unie* [online]. © 2017, publikováno 23. 10. 2017. Dostupné z: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/digital-single-market/>
- Důvodová zpráva k NOZ (konsolidovaná verze). *Ministerstvo spravedlnosti ČR* [online]. Publikováno 3. 2. 2012 Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/Duvodova-zprava.pdf>
- Evropská komise – Tisková zpráva. Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine. *Evropská komise* [online]. © 2018, publikováno 16. 7. 2018. Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm
71500. Studie poskytovatelů vybraných služeb informační společnosti v České republice v rámci Společnosti 4.0. *Ministerstvo průmyslu a obchodu* [online]. © 2018, publikováno 5. 11. 2018. Dostupné z: <https://www.mpo.cz/cz/e-komunikace-a-posta/postovni-sluzby/sluzby-informacni-spolecnosti/studie-poskytovatelu-vybranych-sluzeb-informacni-spolecnosti-v-ceske-republice-v-ramci-spolecnosti-4-0—241166/>
- Návrh Směrnice Evropského parlamentu a Rady KOM (2015) 634 v konečném znění 2015/0287 (COD), ze dne 9. 12. 2015 o některých aspektech smluv o poskytování digitálního obsahu. [právní informační systém]. *Úřad pro publikace Evropské unie* [online]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX%3A52015PC0634>
- Sněmovní tisk 362/0, Vládní návrh na vydání zákona občanský zákoník. *Digitální repozitář* [online]. Poslanecká sněmovna parlamentu České republiky, © 2011, publikováno 26. 5. 2011. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=71123>
- Number of smartphone users in the Czech Republic from 2013 to 2019. *Statista.com* [online]. Statista, © 2015, publikováno srpen 2015. Dostupné z: <https://www.statista.com/statistics/494605/smartphone-users-in-czech-republic/>
- LOESCHE, D. Number of apps available in leading app stores as of 3rd quarter 2018. *Statista.com* [online]. Statista, © 2018, publikováno říjen 2018. Dostupné z: <https://www.statista.com/chart/12455/number-of-apps-available-in-leading-app-stores/>

Number of available applications in the Google Play Store from December 2009 to December 2018. *Statista.com* [online]. Statista, © 2018, publikováno prosinec 2018. Dostupné z: <https://www.statista.com/statistics/266210/number-of-available-applications-in-the-google-play-store/>

Smluvní podmínky služby Google Play. *Google Ireland limited* [online]. © 2018, publikováno listopad 2018 [cit 18. 12. 2018]. Dostupné z: https://Play.google.com/intl/cs_cz/about/Play-terms/index.html

Smluvní podmínky společnosti Google. *Google Ireland limited* [online]. © 2018, publikováno listopad 2018. Dostupné z: <https://policies.google.com/terms/update?hl=cs & gl=cz>

Distribuční smlouva pro vývojáře Google Play. *Google Ireland limited* [online]. © 2018, publikováno listopad 2018. Dostupné z: https://Play.google.com/intl/ALL_cz/about/developer-distribution-agreement.html

Všeobecné smluvní podmínky užívání. *Ulož.to cloud a.s.* [online]. © 2018, znění k 22. 12. 2018. Dostupné z: <https://uloz.to/podminky/vse>

Contact – e-mail

stp.rich@gmail.com

The End of Geo-blocking?¹

Laura Rózenfeldová

Faculty of Law, P. J. Šafárik University in Košice, Slovak Republic

Abstract

One of the most important objectives of the EU is the establishment and the functioning of its internal market. As the internal market includes electronic commerce, it is necessary to prevent possible barriers and restrictions in this area as well. The objective of this paper is to evaluate one of such barriers, which is the discriminatory practice of geo-blocking and to analyze the EU's approach to this issue, particularly with regard to the newly adopted legislation on the cross-border portability of online content services in the internal market. This paper does not aim to provide a comprehensive view on the issue of geo-blocking, but rather to examine the progress reached with regard to the provision of online content services, and to outline in short further developments in this field.

Keywords

Geo-blocking; Cross-border Portability; Online Content Services; Copyright.

1 INTRODUCTION

The internal market as “*an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured*,”² is one of the foundations of the EU. In order to establish and ensure the functioning of one of its areas – e-commerce, the EU continuously identifies existing barriers and adopts measures necessary for their elimination. One of such barriers is the practice of unjustified geo-blocking generally referring to commercial practices that through the use of technical measures prevent or restrict customers

¹ This paper is funded by the Slovak APVV project under contract No. APVV-17-0561 and the Slovak APVV project under contract No. APVV-14-0598.

² Article 26 (2) of the Treaty on the Functioning of the European Union. *OJ C 326*, 26. 10. 2012, pp. 47–390.

from accessing or purchasing a product or a service online outside of a specific geographical area or a Member State, where such content was originally licensed for its commercial use.

Unjustified commercial practices violate provisions of the TFEU prohibiting restrictions on the free movement of goods, persons and services and cause fragmentation of the internal market. The reasons for geo-blocking originate in the prevailing practice of the online content services market segmentation based on territorial restrictions. These practices can be the result of “*a unilateral decision by market players, of agreements among competitors to share the market, or of vertical agreements (for distribution rights on a territory)*.”³ In certain situations the use of such services can be justified, e. g. to comply with specific legal obligations stipulated in the national law or resulting from an absence of interest or demand for certain online content services as a result of the Europe’s cultural and linguistic diversity that determines the decision-making of the providers of such services. However, in practice the use of geo-blocking measures is usually not based on such justifiable reasons and therefore presents a restriction to the free movement of goods, persons and services.

The consequences of geo-blocking include: the inaccessibility of online content services legally acquired by subscribers in the Member State of their residence during their travels in other Member States, the inaccessibility of certain services by consumers from a certain Member State or geographical area available to consumers from other Member States, the obligation to acquire services from the customer’s Member State of residence despite of the availability of the same services in other Member States where they may be priced differently, etc.

The EU’s objective was to eliminate such unlawful practices and to ensure the access to online content services offering different content to subscribers that lawfully acquired it, not only in the Member State of their residence, but also in any other Member State during their stay there. The Commission addressed these issues in the Digital Single Market Strategy for Europe,

³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A Digital Single Market Strategy for Europe. *COM/2015/0192 final*.

where it stated its aim to prevent unjustified geo-blocking and therefore ensure cross-border portability of online content services, and reaffirmed its position regarding this issue in the Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy.⁴ The Commission's activities resulted in the adoption of the Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on cross-border portability of online content services in the internal market (furthermore only as 'Regulation') which is applicable since 1. April 2018. Regulation *inter alia* aims to improve competitiveness by fostering innovation in online content services and to attract more consumers to purchase online content services. The chosen form of a legal act emphasizes the importance of achieving the Regulation's objective, as it guarantees the uniform application of its provisions in all Member States and their simultaneous entry into force since "*only a regulation ensures the degree of legal certainty which is necessary in order to enable consumers to fully benefit from cross-border portability across the Union.*"⁵ Notably, Regulation is based on Article 114 of the TFEU that enables the EU, in particular the European Parliament and the Council, to adopt measures necessary for the establishment and the functioning of the internal market including the area of online services.⁶

2 CONSIDERING COPYRIGHT

Despite of the existing legal framework on copyright and related rights (predominantly in the form of a directive), the Commission expressed the need to prepare a more harmonised copyright regime, which would allow

⁴ See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy A Connected Digital Single Market for All. COM/2017/0228 final.

⁵ Preamble (35) of Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on cross-border portability of online content services in the internal market. OJ EU L 168, 30. 6. 2017, pp. 1–11.

⁶ See MAZZIOTTI G. and F. SIMONELLI. *Regulation on 'cross-border portability' of online content services: Roaming for Netflix or the end of copyright territoriality?* Centre for European Policy Studies, 2016. Available at: <https://www.ceps.eu/publications/regulation-%E2%80%98cross-border-portability%E2%80%99-online-content-services-roaming-netflix-or-end>

for the transmission and consumption of content on a cross-border basis. Certain aspects of copyright need to be considered.

Firstly, the application of the territoriality principle, which entails that “*copyright and the rights related to copyright are conferred and enforced at national level on the basis of the law of the place where protection is claimed (lex loci protectionis)*.”⁷⁷ The application of this principle is confirmed both at the international level (Article 5(3) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works), as well as at the national level in the Member States (e.g. the applicability of the Act No. 185/2015 Coll. on Copyright depends on the existence of a certain relationship of specific subjects (e.g. authors, performers, producers etc.) and their works to the territory of the Slovak Republic). This is relevant, as online content services (in most cases) provide access to creative content protected by copyright or related rights at the national level, as well as the rights for the transmission of content protected by copyright or related rights are in practice predominantly licensed on a territorial basis.

Another factor that needs to be considered is that certain restrictions to cross-border portability result from contractual agreements concluded between right-holders and providers, as well as from provider’s business decisions. Firstly, this may be due to the inability to obtain necessary licenses to provide protected content on a multi-territorial basis that forces providers of online content services to adopt necessary measures for the purpose of preventing their subscribers to access and use their services outside of the territory for which they hold a license. To that end, providers may adopt measures “*disallowing access to their services from internet protocol (IP) addresses located outside the territory concerned*.”⁷⁸ Secondly, this can be a result of “*the role territorial exclusivity plays in the financing of certain types of (audiovisual) works*.”⁷⁹

⁷⁷ MAZZIOTTI G. Is Geo-blocking a Real Cause for Concern in Europe? *EUI Working Paper LAW*, European University Institute, Department of Law, 2015, no. 43. ISSN 1725-6739.

⁷⁸ Preamble (10) of Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on cross-border portability of online content services in the internal market. *OJ EU L 168*, 30. 6. 2017, pp. 1–11.

⁷⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A Digital Single Market Strategy for Europe. *COM/2015/0192 final*.

In order to gather necessary funds for the creation of audio-visual works, the practice of pre-selling of exclusive rights applicable only on a certain territory is characteristic for Europe.

Due to the extended practice of unlawfully obtaining protected content through various means, one of the purposes of ensuring the cross-border portability of online content services is to increase means to access such content lawfully without any restrictions based on the territoriality. However it must be noted that there are certain limits for the regulation of the cross-border portability, which objective shall be reached “*without affecting the high level of protection guaranteed by copyright and related rights in the Union, without changing the existing licensing models, such as territorial licensing, and without affecting the existing financing mechanisms.*”¹⁰ Therefore, the need to obtain the authorisation from the relevant right-holders to allow the transmission of content protected by copyright or by related rights is an essential requirement that needs to be preserved. This is especially true “*when such transmission takes place for the purpose of allowing a consumer to carry out a download in order to use an online content service.*”¹¹ However, the objective of not impacting the existing licensing models may not be fully achievable in practice, as Article 7 of the Regulation specifically stipulates the unenforceability of certain contractual provisions when stipulated conditions are met. Criticism in this regard also considers the intervention to the right-holder’s freedom to contract.¹²

After considering these issues, Article 4 of the Regulation titled ‘Localization of the provision of, access to and use of online content services’ stipulated a *legal fiction* that shall be applied when providing cross-border portability of online content services. According to this Article, “*the provision of an online content service under this Regulation to a subscriber who is temporarily present in a Member State, as well as the access to and the use of that service by the subscriber,*

¹⁰ Preamble (12) of Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on cross-border portability of online content services in the internal market. *OJ EU L 168*, 30. 6. 2017, pp. 1–11.

¹¹ *Ibid.*, Preamble (6).

¹² See e.g. POHL, A. *Cross-border Portability of Online Content Services in the Internal Market*. European Legal Informatics Study Programme. Available at: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/60808/Masterarbeit---Andrea-Pohl---Eulisp-XXII.pdf?sequence=1>

shall be deemed to occur solely in the subscriber's Member State of residence."¹³ In other words, the provision of, access to and use of online content services legally acquired by a subscriber in the Member State of his/her residence is considered as providing such services in the Member State, where such services were originally acquired, irrespective of a Member State the subscriber is temporarily visiting. The purpose of this *fiction iuris* is to restrict the effects of the principle of territoriality through the expansion of the territorial scope of licenses still granted within a certain limited territory. This solution enables the cross-border portability of online content services, as it addresses the requirement of obtaining an authorisation from the relevant right-holders by balancing the objective of the protection of intellectual property rights on the one hand, and the subscriber's rights on the other. In our opinion this principle provides an appropriate solution to the issue of the protection of copyright and related rights, as it aims only to enable an individual subscriber to access content he/she has previously legally acquired and does not disproportionately interfere with the rights of the relevant right-holders. In this matter the Regulation should be, in our view, interpreted in a strict way, in order to reach this objective, and therefore it should only apply to those subscribers that temporarily visit a Member State different from their Member State of residence.

3 OBLIGATION TO ENABLE CROSS-BORDER PORTABILITY OF ONLINE CONTENT SERVICES

Before examining the new obligation to enable cross-border portability of online content services, it is necessary to know what is understood under this term. Article 2 (5) of the Regulation defines the term 'online content service' as "*a service as defined in Articles 56 and 57 TFEU that a provider lawfully provides to subscribers in their Member State of residence on agreed terms and online, which is portable and which is:*

an audiovisual media service (...), or a service the main feature of which is the provision of access to, and the use of, works, other protected subject matter or transmissions of broadcasting organisations, whether in a linear or an on-demand manner."¹⁴

¹³ Ibid., Article 4.

¹⁴ Ibid., Article 2 (5).

Article 3 (1) of the Regulation expressly stipulates the obligation of a provider of an online content service provided against payment of money to enable a subscriber¹⁵ temporarily present in one of the Member States to access and use the service in the same manner as in the Member State of his/her residence, including by providing access to the same content, on the same range and number of devices, for the same number of users and with the same range of functionalities. This Article therefore specifies particular conditions for providing such services by the provider, specifically an obligation to provide such services ‘in the same manner’, including the access to the same content acquired by the subscriber (e.g. to all articles of an online newspaper, not only to articles concerning foreign affairs), on the same range and number of devices (e.g. in the case of a subscription to an online newspaper, the subscriber may acquire access only to its website or to its mobile application as well), for the same number of users (e.g. if the access is acquired for all employees of a certain company, an employee on a business trip in another Member State should have access to such services), and with the same range of functionalities.

The provider is however not obligated to provide such services in a quality provided in the subscriber’s Member State of residence, unless such requirement is expressly agreed between the parties. Such requirement could result in high costs for providers, who would then transfer such costs to their subscribers. The quality of delivery of such services will depend on the quality of the local online access chosen by a subscriber. Nevertheless, providers are prohibited from adopting any actions reducing the quality of delivery of such a service. Another obligation of the provider is to inform its subscribers about the quality of such delivery prior to providing the service (as explained above) by adequate and proportionate means, e.g. on its website. On the other hand, the provider is not obligated to actively seek such information, but if it is in its possession, it should be made available to its subscribers.

¹⁵ Article 2 (1) of Regulation defines a subscriber as “*any consumer who, on the basis of a contract for the provision of an online content service with a provider whether against payment of money or without such payment, is entitled to access and use such service in the Member State of residence*”.

Furthermore, Article 3 (1) also stipulates that these obligations only apply if online content services are provided against payment of money. If these services are provided without such payment, the Regulation enables a provider to decide, whether its subscribers will have access and will be able to use the online content services; the provider will be, however, required to verify the subscriber's Member State of residence. The provider will also be obligated to inform its subscribers, the relevant holders of copyright and related rights and the relevant holders of any other rights to the content of the online content service, about its decision in an adequate and proportionate manner.¹⁶ This regulation considers the specific position of the provider, as the content provided free of charge to any subscribers will, in our opinion, usually be a content that the provider is authorised to provide without payments to the relevant right-holders. Finally, Article 3 (2) of the Regulation also prohibits imposing “*any additional charges on the subscriber for the access to and the use of the online content service*”. Nonetheless, the subscribers may be required to pay necessary fees to operators of electronic communications networks used for the purpose of accessing such services.

4 VERIFICATION OF THE MEMBER STATE OF RESIDENCE

The right to cross-border portability of online content services is the right of subscribers residing in one of the EU's Member States. For the purpose of verifying the eligibility of subscribers to this right, it is necessary to clarify which instruments should the providers of such services use for this purpose. Due to this the Regulation stipulates a new obligation of providers to verify the Member State of residence of the subscriber at the conclusion and upon renewal of a contract for the provision of an online content service provided against payment of money. The objective of this obligation is to provide legal certainty to providers on the one hand, on whether they are obligated to ensure cross-border portability of services provided by them, and to subscribers on the other, on whether they are entitled to demand the provision of such services. Another objective is to limit any unnecessary interference with the subscriber's privacy. The fulfilment of this objective

¹⁶ Ibid., Article 6.

is ensured firstly, by the enumeration of specific verification means, and secondly, by the obligation of the provider to implement “*the necessary technical and organisational measures required under applicable data protection rules for the processing of personal data*,”¹⁷ e. g. through the provision of transparent information on the methods used for and the purposes of verification, as well as by implementing appropriate security measures.

The processing of personal data shall be carried out in compliance with the relevant legislation on the EU level and limited under the conditions of necessity and proportionality. Specifically regarding the verification, any data collected and processed for this purpose shall be used solely for the verification of the subscriber’s Member State of residence and not for any other purposes. The Regulation prohibits the communication, transfer, sharing, licensing or other forms of transmission or disclosing of such information to right-holders or to any other third parties. It also prohibits the storage of such information for a longer period of time as necessary for the completion of a verification process. The collected and processed data shall be on completion of each verification immediately and irreversibly destroyed; nonetheless this does not preclude the storage of the data collected and processed for other legitimate purposes in accordance with the relevant legislation.

The Regulation specifies that means used to verify the subscriber’s Member State of residence must be reasonable, proportionate and effective. Article 5(1) expressly stipulates a list of such means including for instance an identity card, electronic means of identification, payment details such as the bank account, the place of installation of a device used for supply of services to the subscriber, the billing address, etc. Providers shall use two means of verification, “*unless the subscriber’s Member State of residence can be verified with sufficient certainty on the basis of a single means of verification*.”¹⁸ This, in our opinion, ensures the sufficient verification of the subscriber’s Member State of residence.

The provider should primarily use for verification information that is already in its possession, and only if the verification is not possible through such

¹⁷ Ibid., Preamble (26).

¹⁸ Ibid.

information, the provider is entitled to request the subscriber to provide necessary information. This provision aims to further extend the protection of the subscribers' privacy protecting them from any unnecessary requests from the provider regarding the provision of information for verification. If the subscriber does not provide necessary information and due to this the provider is unable to verify the subscriber's Member State of residence, the cross-border portability shall not be enabled. This is necessary in order to ensure the applicability of the regulation of cross-border portability of online content services only within the EU.

The regulation of the process of verification presents, in our opinion, an appropriate instrument enabling the applicability of the Regulation in practice on the one hand, and ensures the protection of the subscriber's privacy on the other through various means (as specified above). It will be interesting to study what means of verification providers will prefer in order to verify the subscriber's Member State of residence and whether the list of the verification means will be sufficient in practice.

5 CONTRACTS PROVIDING ONLINE CONTENT SERVICES

Contractual agreements concluded between providers of online content services and subscribers for the purpose of the provision of such services can be described as a specific type of contractual agreements usually not regulated within the standard catalogue of contractual types stipulated in the national law of individual Member States (the so-called 'innominate contracts'). The number of such contracts has significantly increased in recent years reflecting the interest of subscribers in online content services. To illustrate, consumer spending on video subscription services rose by 113% per year between 2010 and 2014 and the number of users grew by 56% between 2014 and 2015.¹⁹

The Regulation in its Preamble explains the term contract on the provision of online content services as "*any agreement between provider and a subscriber,*

¹⁹ European Commission. Factsheet – Cross-border Portability: Travel with your online content across the EU.

including any arrangement by which the subscriber accepts the provider's terms and conditions for the provision of online content services, whether against payment of money or without such payment."²⁰ The Regulation also specifies what agreements shall not be considered as such contracts, including a registration to receive content alerts, for example in the case of a service providing music regarding alerts on new album releases, or a mere acceptance of HTML cookies that are small text files placed in the end-user's browser by a website server for the purpose of storing and transmitting desired information back to the website's server. The basis of such contracts is therefore the provision of online content services by any means, for instance by streaming, downloading, through applications or by any other techniques that allow the use of the provided content. Another requirement is that such contracts enable the subscriber to effectively access and use online content services in his/her Member State of residence without any limitation as to a specific location – the so-called 'requirement of portability', as "*it is not appropriate to require providers (...) that do not offer portable online content services in the Member State of residence of a subscriber to do so across borders.*"²¹

To ensure the applicability of the Regulation, Article 7 (1) stipulates that any contractual provisions which are contrary to this Regulation shall be unenforceable, including those prohibiting cross-border portability or limiting it to a specific time period. This includes contracts concluded between providers on the one hand and right-holders on the other, as well as contracts concluded between providers and subscribers. To that end, providers these services will not be liable for the breach of contractual provisions "*that are contrary to the obligation to enable their subscribers to use such services in the Member State in which they are temporarily present.*"²² To prevent the circumvention of the application of this Regulation through the selection of the applicable law of a country other than a Member State of the EU (the third country), the Regulation in Article 7 (2) specifies, that this Regulation shall apply irrespective of the law applicable to contracts concluded between relevant parties,

²⁰ Preamble (15) of Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on cross-border portability of online content services in the internal market. *OJ EU L 168*, 30. 6. 2017, pp. 1–11.

²¹ *Ibid.*, Preamble (17).

²² *Ibid.*, Preamble (25).

whether it is an agreement between providers and right-holders or between providers and their subscribers. This presents an important instrument necessary for guaranteeing the applicability of this Regulation as intended and for reaching its objectives.

The prerequisite for concluding a contract on the provision of online content services between providers and subscribers is a license contract for the provision of content protected by copyright or by related rights concluded between providers and relevant right-holders. Such contracts are usually concluded for a long period of time and on a territorial basis, as explained above. In order to ensure the provision of, access to and use of online content services by its subscribers on equal basis, in time and without undue delay, the Regulation specifies that it shall apply also to contracts concluded and rights acquired before the date of the Regulation's application. The main objective of this provision is to enable providers that concluded license contracts with relevant right-holders for a long duration, to ensure the cross-border portability of online content services, independently of their ability to renegotiate such contracts, as well as to allow relevant right-holders not to have to renegotiate their existing licensing contracts. This applies particularly to the small and medium-sized enterprises (SME's) that may not be in a position necessary to renegotiate their contracts with right-holders and secure such licensing contracts enabling the cross-border portability of services provided by them. Moreover, this provision enables the provision of, access to and use of the entirety of online content as provided by the providers, therefore fulfilling the obligation of providers to ensure the cross-border portability with regard to the same content as initially acquired by the subscriber in his/her Member State of residence.

6 AMBIGUITY OF THE TERM 'TEMPORARY PRESENCE' AND OTHER UNSETTLED ISSUES

Despite of the importance of the purpose pursued, several unsettled issues can be identified in the adopted wording of the Regulation. Firstly, the ambiguity of the term 'temporary presence'. Article 2 (4) of the Regulation defines this term as being present in a Member State other than the Member State of residence for a limited period of time, where the Member State

of residence is the Member State determined on the basis of Article 5 of the Regulation (specifying the method for verifying the subscriber's Member State of residence), where the subscriber has his/her actual and stable residence. The question that arises is how to interpret this definition. The aim is to determine the eligibility of subscribers to cross-border portability, specifically whether subscribers can demand the provision of, the access to and the use of these services during their temporary stay in a Member State other than the Member State of their residence. The possible solution may be based on Article 45 of the TFEU that ensures the free movement of workers within the EU and the Directive 2004/38/EC that further specifies the right of residence, distinguishing conditions and formalities that individual Member States may require in such instances (varied in the case of residence of up to three months, for more than three months or in the case of a permanent residence). As the Regulation is aimed at 'short-term migrants', such subscribers may fall under the right of residence lasting for no longer than three months. However it is not clear whether the duration of up to three months will fulfil the requirement of the subscriber's presence in the Member State other than his/her Member State of residence for a limited period of time. The issue is therefore how to distinguish the 'short-time migrants' from those that habitually resides²³ in the Member State different from the Member State of their residence, especially since the terms and conditions for habitual residence are regulated in the national law of the individual Member States. To that end, certain criteria determining the method of calculation of the duration of the subscriber's visit will have to be implemented, for instance by specifying the maximum number of days the subscriber can spend abroad (consecutively or not) in order to be eligible to cross-border portability.

Secondly, the possible erosion of the territoriality principle. The EU has on various occasions confirmed its objective to preserve the application of the territoriality principle in copyright and related rights²⁴. On the other

²³ The term 'habitual residence' generally includes a person using his or her right of freedom of movement of workers in the EU, that is subject to the national law of one of the EU's Member States in which he or she habitually resides; this term conveys permanence, since it expresses that such person resides in a Member State for a certain purpose and plans to stay in such Member State for the foreseeable future.

²⁴ See e.g. the Reda report (EU Copyright Evaluation Report).

hand, loose application of the Regulation, especially of the term ‘temporary presence’ as explained above, may lead to the diminishment of this principle: “*if residents of certain countries wishing to access services rendered in another member state, on the grounds of the uncertainty caused by the regulation, were regarded as ‘temporarily present’ in the EU countries where they live and work at the moment, the accessibility of online services on a cross-border basis might be extended to a much broader population,*”²⁵ and not only limited to short-time migrants, travellers and workers. This may include “*Europeans permanently away from their country of origin (...), linguistic minorities speaking another EU official language (...) and, to some extent, people with adequate foreign language skills.*”²⁶ All things considered, it is our opinion that the Regulation should be interpreted in a strict way only enabling the cross-border portability of online content services to a specific group of subscribers.

7 RELATED WORKS

The closer analysis of the role of geo-blocking is provided by Trimble in the Article “*The Role of Geoblocking in the Internet Legal Landscape,*”²⁷ where the author argues against the complete rejection of the geo-blocking practices without considering their benefits in the respective areas. The author also mentions one of the interesting effects the application of the rules prohibiting geo-blocking may bring – a push for legal harmonization or unification in the individual Member States in areas as of now not considered as desirable (e.g. copyright). The new legislative initiatives of the Commission as regard the prohibition of geo-blocking practices were also examined by Hoffman in the Article “*Crossing Borders in the Digital Market: A Proposal to End Copyright Territoriality and Geo-Blocking in the European Union.*”²⁸ The impact of the discussed regulation on the consumer’s rights has been further

²⁵ MAZZIOTTI G. and F. SIMONELLI. *Regulation on ‘cross-border portability’ of online content services: Roaming for Netflix or the end of copyright territoriality?* Centre for European Policy Studies, 2016.

²⁶ Ibid.

²⁷ TRIMBLE, M. *The Role of Geoblocking in the Internet Legal Landscape.* *Revista de Internet, Derecho y Política*, no. 23, pp. 45–58. Available at: <https://scholars.law.unlv.edu/rscholars/149/>

²⁸ HOFFMAN, J. *Crossing Borders in the Digital Market: A Proposal to End Copyright Territoriality and Geo-Blocking in the European Union.* 49 *Geo. Wash. Int’l L. Rev.* 143 (2016-2017).

discussed by Koukal, P. in the Article “*Consumer Protection and the Portability Regulation*.”²⁹

8 CONCLUSION

The title of this paper asks a question of whether the geo-blocking issue has been resolved. This paper, however, does not provide an answer to this question, as it only provides an introduction to one of the aspects of geo-blocking, namely the cross-border portability of online content services, focusing on the recent legislation adopted by the EU. The activities of the EU in this area must be supported, even much so considering the various problematic aspects that had to be resolved in this regard. It must be noted, that another legislation has been adopted by the EU with regard to geo-blocking, namely the Regulation (EU) 2018/302 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customer’s nationality, place of residence or place of establishment within the internal market. It remains to be seen how will be the provisions of both of these regulations implemented in practice and which specific issues will arise, however the progress in eliminating barriers to e-commerce must be highlighted.

Literature

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A Digital Single Market Strategy for Europe. *COM/2015/0192 final*.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy A Connected Digital Single Market for All. *COM/2017/0228 final*.

Factsheet – Cross-border Portability: Travel with your online content across the EU. *European Commission*.

²⁹ KOUKAL, P. Consumer Protection and the Portability Regulation. In: STANÍČKOVÁ, Michaela, Lukáš MELECKÝ, Eva KOVÁŘOVÁ and Kateřina DVOROKOVÁ. *Proceedings of the 4th International Conference on European Integration 2018*. Ostrava: VŠB - Technical University of Ostrava, 2018, s. 814–820. ISBN 978-80-248-4169-4.

HOFFMAN, J. *Crossing Borders in the Digital Market: A Proposal to End Copyright Territoriality and Geo-Blocking in the European Union*. 49 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 143 (2016-2017).

KOUKAL, P. Consumer Protection and the Portability Regulation. In: STANIČKOVÁ, Michaela, Lukáš MELECKÝ, Eva KOVÁŘOVÁ and Kateřina DVOROKOVÁ. *Proceedings of the 4th International Conference on European Integration 2018*. Ostrava: VŠB - Technical University of Ostrava, 2018, s. 814–820. ISBN 978-80-248-4169-4.

MAZZIOTTI G. Is Geo-blocking a Real Cause for Concern in Europe? *EUI Working Paper LAW*, European University Institute, Department of Law, 2015, no. 43. ISSN 1725-6739.

MAZZIOTTI G. and F. SIMONELLI. *Regulation on 'cross-border portability' of online content services: Roaming for Netflix or the end of copyright territoriality?* Centre for European Policy Studies, 2016.

POHL, A. *Cross-border Portability of Online Content Services in the Internal Market*. European Legal Informatics Study Programme.

Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on cross-border portability of online content services in the internal market. *OJ EU L 168*, 30. 6. 2017, pp. 1–11.

Treaty on the Functioning of the European Union. *OJ C 326*, 26. 10. 2012.

TRIMBLE, M. The Role of Geoblocking in the Internet Legal Landscape. *Revista de Internet, Derecho y Política*, no. 23, pp. 45–58.

Contact – e-mail

laura.rozenfeldova@student.upjs.sk

Je blockchain sexy řešením pro kolektivní správu?

Lucie Straková

Žďár nad Sázavou, Česká republika

Abstract in original language

Blockchain se nedávno stal prototypem ultimátního řešení téměř pro každou otázku týkající se moderních technologií, včetně těch, které souvisejí s autorskými právy. Společným argumentem podporovatelů této technologie je, že blockchain je nástroj, který umožňuje transparentní výkon kolektivní správy a pomáhá bojovat s nedůvěrou autorů a uživatelů k fungování stávajících distribučních algoritmů (zejména přerozdělování licenčních poplatků od kolektivních správců). Dalším možným přínosem je usnadnit mikroplatby licenčních poplatků a zpřístupnit údaje spravované organizacemi kolektivní správy.

Blockchain technologie by měla vést k přímým platbám tvůrcům hudby přímo od jednotlivých uživatelů. V případě, že si uživatel zakoupí vstupenku do kina, příslušná část zaplacené částky by měla jít přímo autorovi. Díky blockchainovému řetězci by byly jednotlivé částky, ať už jsou jakkoliv malé, vždy vysledovatelné.

Kolektivní správci nyní vedou seznamy děl, které spravují, žádají uživatele o reporty, provádějí průzkumy poslouchané hudby. To znamená, že organizace kolektivní správy již mají databáze děl a aktivně je využívají. Současná evropská právní úprava vyžaduje vyšší úroveň transparentnosti pro organizace kolektivní správy, ty jsou proto povinny učinit svou současnou činnost srozumitelnější, transparentnější a užitečnější jak pro autory, tak pro uživatele.

Autorčiným cílem je odpovědět na otázku, zda technologie blockchain může být skutečně ultimátním řešením pro systém kolektivní správy, konkrétně ve vztahu k použití na internetu, nebo zda se jedná pouze o snahu mávnou kouzelnou hůlkou a čekat magické řešení jedné z klíčových otázek dnešního autorského práva. Cílem tohoto příspěvku je zjistit, zda technologie

blockchain může skutečně mít takový pozitivní vliv na současný systém kolektivní správy, a porovnat tuto situaci s efektivním využíváním stávajících systémů a databází, které jsou k dispozici organizacím kolektivní správy.

Keywords in original language

Kolektivní správa; blockchain; transparentnost; efektivita; chytré smlouvy; smart kontrakty.

Abstract

Blockchain has recently become a sexy solution for all issues related to modern technologies, including those relating to copyright. A common argument of supporters of this technology is that Blockchain is a tool that allows transparent administration of collective management and helps to combat the mistrust of authors and users towards the functioning of existing royalties' distribution algorithms (especially the redistribution of royalties from collective administrators, e.g. GEMA, BUMA/STEMRA, OSA, to authors of copyrighted works). Other possible benefits expected are to facilitate micropayments of the royalties and generally access data managed by collecting societies.

Blockchain technology should lead to the possibility of direct payments to music creators (or other authors of copyrighted works) directly from the individual users. In case the user buys a ticket to the cinema, the relevant part of the amount paid should go directly to the author. Thanks to the blockchain, the individual amounts on which the payment is spread, however small, will always be traceable.

Collecting societies are now keeping lists of the works they manage, asking for tracks used by licensees, they are conducting surveys of the music listened to. This all means that collective management organisations already have databases of the works and they are actively using them. The current regulation according to the EU law requires an elevated level of transparency for collective management societies, therefore they are obliged to make their current operations clearer and more useful for both authors and creators.

The author will try to elaborate the question whether the Blockchain technology can really be a silver bullet for a system of collective management,

specifically in relation to uses on the Internet, or whether we are just waving a Blockchain wand and waiting for a magical solution to one of the crucial questions of today's copyright law. The aim of this contribution is to find out whether the Blockchain technology could really have such a positive effect on the current collective management system and compare this situation with the effective use of existing systems and databases available to collective management societies.

Keywords

Collective Management; Blockchain; Transparency; Efficiency, Smart Contracts.

1 ÚVOD

Jsme čím dál více součástí tzv. síťové informační ekonomiky. Ta nahrazuje předešlou průmyslovou informační ekonomiku, která hrála hlavní roli od poloviny devatenáctého století a celé století dvacáté. Tuto novou, síťovou informační ekonomiku, charakterizují decentralizované aktivity, nové možnosti, jak spolupracovat a koordinovat činnosti, to vše ale v rámci netržních a distribuovaných mechanismů.¹

Problémy, se kterými se potýkají systémy působící v oblasti moderních technologií, mají být v posledních letech téměř magicky vyřešeny pomocí konceptu blockchain.^{2,3} Výjimkou v tomto případě není ani kolektivní správa, a to zejména v prostředí internetu. Článek vychází z hypotézy, že přestože nové technologie mohou (kromě toho, že organicky tvoří výzvy autorskému právu) přinášet nová řešení a zjednodušení současných modelů, neznamená to automaticky, že *jakákoliv nová technologie přináší nové řešení*. Tato výchozí

¹ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven [Conn.]: Yale University Press, 2006, s. 3.

² Koncept vytvořil autor (či skupina autorů), vystupující pod pseudonymem Satoshi Nakamoto. V roce 2008 publikoval white paper (informované pojednání o komplexní problematice) s názvem Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, který poprvé představil soubor technologií propojený do podoby, kterou dnes vnímáme jako koncept blockchain. NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* [online]. 2008 [cit. 28. 01. 2019]. Dostupné z: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

³ V tomto textu jsou užívána spojení „technologie blockchain“ a „koncept blockchain“ zaměnitelně. Lze se však setkat s názorem, že vzhledem k tomu, že se jedná ve skutečnosti o složení několika technologií dohromady, je vhodnější používat výraz „koncept blockchain“, který ilustruje právě mnohost užitých řešení.

myšlenka se zdá být přirozenou, přesto můžeme pozorovat, že zainteresované subjekty (často bez bližšího prozkoumání technologie) očekávají od konceptu blockchainu převratné možnosti, rozsahu blízcímu se snad revolučnímu efektu knihtisku. Účelem prezentované úvahy není zcela odmítnout možnost využití smart kontraktů nebo konceptu blockchain obecně, spíše však rozporovat převratnost některých navrhovaných řešení a celkově přinést do nálady blockchainového boomu určité zklidnění.

Tento článek uvažuje technologii blockchain s ohledem na hudební díla, neboť zejména v tomto rozměru se vede většina diskuzí o nutnosti změn v současném nastavení kolektivní správy a distribuce odměn autorům.

2 FUNGOVÁNÍ BLOCKCHAINU

V této sekci bude stručně, pro účely tohoto textu, pojednáno o fungování konceptu blockchain a jeho technologických specifikách, kterými disponuje oproti jiným databázovým systémům, a dále o tzv. chytrých smlouvách neboli smart contracts.⁴

Blockchain⁵ je v nejširší definici distribuovanou decentralizovanou databází, která je specifická uchováváním všech transakcí, které v rámci ní proběhly, a záznamy o nich byly uloženy dle předem daných pravidel určitého protokolu, který se mění v závislosti na každém jednotlivém blockchainu. Jeho inherentní kvalitou je právě praktická nezměnitelnost v něm zanesených dat, které jsou propojeny pomocí kryptograficky zabezpečené peer-to-peer sítě. Zároveň jsou veškerá data, ukládaná do blockchainové databáze, veřejně přístupná a tedy transparentní. Samotnou strukturu pak tvoří bloky, z nichž každý je navázaný na předchozí a je nezměnitelně zaznamenán v peer-to-peer síti. Každý s přístupem k blockchainu může vidět (a verifikovat) veškeré transakce, které proběhly.

Atributy, které jsou přisuzovány blockchainu, a proč je tak často považován za revoluční technologii, jsou následující:

Vzhledem k jeho decentralizaci neexistuje jeden subjekt nebo několik subjektů, které by mohly blockchain ovládat a usměrňovat. Zároveň

⁴ Dále v textu je pojem užíván v počeštěné, běžně používané verzi „smart kontrakt“.

⁵ V českém prostředí překládaný jako „bločenka“. Pro potřeby tohoto článku je však zachován originální termín.

není možné upravovat záznamy zpětně co je jednou v blockchainu zaneseno, je jeho součástí, společně s časovou známkou, navždy. Neexistuje žádné centrum, kde by se soustředila moc blockchain ovlivňovat, ať již ve formě faktické, či právní – to je opět možno z důvodu decentralizace, blockchain je současně zaznamenán na mnoha počítačích u mnoha uživatelů zároveň a není prakticky možné jej soustředit na jednom místě. Zaznamenávaná data do blockchainu jsou přístupná všem účastníkům, jsou snadno dohledatelná a jejich alterace je téměř neproveditelná.

Nejznámějším příkladem, který koncept blockchainu používá, je kryptoměna Bitcoin, nicméně je třeba zdůraznit, že tyto dva pojmy nelze zaměňovat.

2.1 Smart kontrakt⁶

Pod pojmem smart kontrakt typicky rozumíme software, který zajišťuje, ověřuje nebo vynucuje provedení smlouvy takovým způsobem, že absentuje nutnost uzavření „skutečné“ smlouvy mezi subjekty. Smart kontrakt si tedy nelze představovat jako typický smluvní dokument. Jedná se spíše o soubor příkazů, které se provedou, pakliže dojde ke splnění určitých podmínek. Můžeme rozlišit *automatizované* kontrakty, které neumožňují, aby se zájemce seznámil s podmínkami kontraktu, nicméně uzavření kontraktu probíhá za účasti stroje. Triviálním příkladem je např. automat na kávu nebo dobíjecí automat pro telefonní kredit. Pokud jsou splněny podmínky na vstupu – vklad peněz, dostupný obsah – dojde k uzavření smlouvy pomocí automatu, zcela bez aktivního zásahu člověka. V poslední době se vnímání pojmu rozšířilo. Pro naplnění podmínek je tak požadována ještě formální verifikace procesu, tedy existence důvěryhodné platformy, která transakci zašití uje, a předem dostupné znění (podmínky) kontraktu.

Požadované podmínky lze naplnit právě s pomocí konceptu blockchain a používané asymetrické kryptografie. Prozatím neexistuje ustálená definice smart kontraktu, nicméně nejčastěji přijímanou je zřejmě tato: „*smart contracts are digital contracts allowing terms contingent on decentralized consensus that*

⁶ Tento koncept byl v roce 1997 představen Nickem Szabo. SZABO, Nick. *The Idea of Smart Contracts* [online]. 1997 [cit. 31. 01. 2019]. Dostupné z: https://web.archive.org/web/20150328060814/http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html

are tamper-proof and typically self-enforcing through automated execution“.⁷ Oproti tomu definice Greenspana, kterou zmiňuje Krupičková,⁸ „část kódu uloženého na blockchainu, který spouští blockchainové transakce, čte a zapisuje data v blockchainové databázi“; je dle názoru autorky nevypovídající o podstatě smart kontraktu v rámci dnešního vnímání jako právního jednání, jehož realizace je automatizovaná – původ tohoto výkladu je v percepci smart kontraktu jako každé transakce, která je zapsána do blockchainu sítě typu Ethereum.⁹

Smart kontrakt tedy pro účely tohoto článku vnímáme úžeji:

- jedná se o smluvní závazek zaznamenaný v digitální formě v programovacím jazyce,
- jehož smluvní podmínky jsou smluvním stranám dopředu známé,
- je samovymahatelný a zaznamenaný na důvěryhodné a transparentní platformě, která neumožňuje jeho pozměnění.

2.1.1 Ricardiánský kontrakt

Specifickým typem kontraktu, který předcházel smart kontraktům dle výše zmíněného vysvětlení, jsou tzv. Ricardiánské kontrakty.¹⁰ V tomto případě je smlouva uzavřená mezi smluvními stranami konvertována do strojově čitelné podoby za účelem definování a uložení podoby smlouvy a záměrů smluvních stran. Takový kontrakt se následně může stát i smart kontraktem. Účelem Ricardiánského kontraktu je obecně ušetřit pochybnosti a náklady v případě, že dojde v budoucnosti k rozporům mezi smluvními stranami. Specifikem oproti smart kontraktům je tedy vznik právního dokumentu v klasické podobě, který je právně závazný v první řadě, a následně převedení do strojové podoby, včetně možného smart kontraktu.

⁷ „Smart kontrakty jsou digitální smlouvy, umožňující decentralizovaně stanovit smluvní podmínky, které jsou pro zúčastněné smluvní strany pevně dané, jsou odolné vůči podvodné manipulaci a obvykle strojově samovymahatelné [Překlad autorka].“ Tato definice je v souladu s definicemi, které přinesli i další autoři, zabývající se tímto tématem, např. Lauslahti a kol. nebo Szabo. CONG, Lin William a Zhiguo HE. *Blockchain Disruption and Smart Contracts* [online]. [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=2985764>, s. 8.

⁸ KRUPÍČKOVÁ, Petra. Smart contract – revoluce v smluvním právu 21. století? *Revue pro právo a technologie* [online]. 2017, roč. 15, č. 8, s. 19–31, s. 21 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/revue/article/view/6647>

⁹ Více viz PALFREY, John G. a Urs GASSER. *Born digital: understanding the first generation of digital natives*. New York: Basic Books, 2008. ISBN 978-0-465-00515-4.

¹⁰ K tomu blíže viz oddíl 2.2 tohoto článku.

2.1.2 Ethereum a tokeny

Ethereum můžeme vnímat jako jednu z kryptoměn, nicméně nejedná se o jediný aspekt, který tato platforma poskytuje – Ethereum je řazeno do tzv. kryptoměn 2.0.¹¹ Funguje totiž zároveň jako virtuální stroj pro realizaci smart kontraktů. Jedním z cílů tvůrců Etherea bylo vytvoření platformy pro realizaci smart kontraktů a obecně jejich uvedení do praxe. Tento systém tak funguje na dvou rovinách. Jednak jako kryptoměna, dále pak jako prostor pro ukládání různých typů dat, včetně software. Takový kód umožňuje blockchainové síti interagovat s uloženými daty a v případě, že dojde ke splnění určitých podmínek, spustit navazující set příkazů. Přesně to tak umožňuje realizaci výše zmiňovaných smart kontraktů.

3 TECHNOLOGIE A KOLEKTIVNÍ SPRÁVA

Moderní technologie na poli autorského práva mohou působit dvěma směry. Jednak jako výzva, určitá překážka pro dosavadní fungování systému, která (alespoň potenciálně) nutí ke změnám, přizpůsobení a adaptaci aktuální poptávce. Tento požadavek ještě o to více nabývá na naléhavosti zejména vzhledem ke generaci *born digital*. Ti, kteří se narodili do světa, ve kterém není autorské dílo svázáno s hmotným substrátem, kde všechny potřebné nástroje ke každodennímu životu lze nalézt na internetu, ať už se jedná o uživatele nebo autory, těžce chápou, že inherentní součástí prostředí komercializace autorských děl je systém kolektivní správy, jenž s minoritními obměnami funguje v podobě, v jaké vznikl v 18. století. Ačkoliv se moderní technologie představily ponejprve jako něco, čemu se musí kolektivní správa přizpůsobit, a co komplikuje její dosavadní fungování, *druhým* směrem, kterým momentálně mohou působit, je právě realizace a zefektivnění kolektivní správy v jejím originálním smyslu.

Důvodů, proč je mnoha zúčastněnými subjekty voláno po změnách v oblasti autorského práva, a v užším smyslu pak v oblasti kolektivní správy, na internetu, je několik.

Platformy, které dnes poskytují hudební díla, vyplácejí autorům odměny na základě mechanismů, které podle určitého klíče vypočítávají výši odměny

¹¹ V současnosti se však můžeme setkat i s třetí a čtvrtou generací technologie blockchain.

za přehraná díla skrze takovou platformu.¹² Poplatky, které získají hudební platformy (většinou)¹³ od uživatelů, se dělí poměrně mezi danou platformu, majitele zvukové nahrávky, respektive vykonavatele majetkových práv k dílu, kolektivního správce z důvodu úhrady z titulu povinně kolektivně spravovaného práva užití díla sdělováním veřejnosti, a výrobce zvukových záznamů.¹⁴ Samotný umělec pak získá odměnu na základě smlouvy uzavřené s vydavatelstvím, ta se může pohybovat i okolo pouze 16 %¹⁵ z celkového výnosu z daného díla.

Je však třeba uvážit, že případná možnost autorů uzavírat smlouvy přímo s poskytovatelem hudební platformy by sice autorům přinesla potenciálně větší zisk, nicméně neochota autorů, resp. jejich snaha přenést starost o administrativu a vyjednávání smluv, vedla v první řadě ke vzniku kolektivní správy jako takové. Je tedy třeba uvážit, zda je digitální prostředí natolik odlišné, aby toto paradigma změnilo, a pokud ano, jakým způsobem by k tomu mělo dojít.

4 BLOCKCHAIN A KOLEKTIVNÍ SPRÁVA

4.1 Platba poplatků

Technologie blockchain může být využívána jako platební metoda s použitím existujících kryptoměn. I přes několik pokusů, které byly tímto směrem podniknuty, nejsou evidovány žádné větší úspěchy. Imogen Heap, propagátorka užití blockchain v hudebním průmyslu, deklarovala v roce 2015, že její připravovaná platforma Mycelia umožní tvůrcům distribuovat svoji tvorbu

¹² Hudební platforma Spotify vyplácí autorům průměrně 0,00437 USD za přehrání skladby, u Google Play je to 0,00676 USD za přehrání, Apple Music vyplatí 0,00735 USD za přehrání. Aby autor dosáhl na minimální mzdu v USA (1 472 USD), musí u Spotify dosáhnout počtu 336 842 přehrávání, u Google Play 217 752 přehrávání a u Apple Music 200 272 přehrávání. SANCHEZ, Daniel. What Streaming Music Services Pay (Updated for 2019). *Digital Music News* [online]. 2019 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://www.digitalmusicnews.com/2018/12/25/streaming-music-services-pay-2019/>

¹³ Může se jednat i např. o příjmy z reklamy.

¹⁴ Viz např. MANATT, PHELPS & PHILLIPS. U.S. Music Streaming Royalties Explained. *Manatt.com* [online]. 2016 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://www.manatt.com/Manatt/media/Media/PDF/US-Streaming-Royalties-Explained.pdf>

¹⁵ Ibid.

přímo uživatelům, za což obdrží přímou platbu v kryptoměně, což přivítají miliony uživatelů.¹⁶

Aby podpořila svoje tvrzení, vydala Imogen Heap v roce 2015 skrze platformu Ujo Music, systém fungující na technologii Ethereum a smart kontraktech, skladbu Tiny Human. Výsledky byly z počátku velmi neuspokojivé, v roce 2017 bylo dle Gerarda prodáno 222 rozmnoženin skladby Tiny Human, což znamenalo hrubý příjem cca 133 USD.¹⁷ Heap v roce 2018 uvedla, že hodnota stažených kopií se blíží 30000 GBP¹⁸ (což nicméně neříká nic o skutečných příjmech z těchto stažení.) Platforma Ujo Music nabízí i několik dalších autorů, nicméně žádný z nich nezaznamenal prozatím výraznější profit, který by mohlo být navíc možno přisuzovat právě umožněnému způsobu platby.¹⁹

Z hlediska samotného fungování kolektivní správy je aspekt užití jiné než klasické měny pro platbu autorských poplatků zanedbatelný. I pokud budou platformy nabízet, např. jako výše zmiňovaná Ujo Music, platbu pomocí Bitcoinu či Etherea, na samotný výběr autorskoprávních odměn to nemá nijak výrazně pozitivní ani negativní vliv. Bodó a kolektiv zmiňují, že zavedení této možnosti platby by mohlo ovlivnit rozdělení, který kolektivní správce vybírá které autorskoprávní odměny,²⁰ což by ovšem dále narušilo teritoriální povahu kolektivní správy.

¹⁶ HOWARD, George. Imogen Heap's Mycelia: An Artists' Approach for a Fair Trade Music Business, Inspired by Blockchain. *Forbes* [online]. 2015 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://www.forbes.com/sites/georgehoward/2015/07/17/imogen-heaps-mycelia-an-artists-approach-for-a-fair-trade-music-business-inspired-by-blockchain/#1a47e4954969>

¹⁷ GERARD, David. Ujo Attempts Music On The Blockchain A Second Time With: EGO By RAC [Op-Ed]. *Hypebot.com* [online]. 2017 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://www.hypebot.com/hypebot/2017/11/ujo-attempts-music-on-the-blockchain-a-second-time-with-ego-by-rac.html>

¹⁸ HEAP, Imogen. Smart contracts for the music industry. *Medium.com* [online]. 2018 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://medium.com/humanizing-the-singularity/smart-contracts-for-the-music-industry-3e641f87cc7>

¹⁹ GERARD, op. cit.

²⁰ Shodně BODÓ, GERVAIS, QUINTAIS, op. cit. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing? *International Journal of Law and Information Technology* [online]. 2018, roč. 26, č. 4, s. 311–336, s. 329 [cit. 04. 02. 2019]. DOI 10.1093/ijlit/eay014. ISSN 0967-0769. Dostupné z: <https://academic.oup.com/ijlit/article/26/4/311/5106727>

4.2 Přípravované projekty

Projekty, zabývající se užitím autorských děl na internetu a alternativami kolektivní správy, se staly zejména v posledním roce velmi populárními. V této části je představeno několik iniciativ, které s využitím blockchainu při své realizaci počítají, a jaký by mohly mít vliv na budoucnost sdílení a užívání autorských děl na internetu.

4.3 Užití smart kontraktu pro platby za užití autorských děl

Zřejmě nejzajímavějším aspektem připravovaných projektů je použití smart kontraktů pro realizaci plateb v rámci užívání děl na internetu, jak bylo uvedeno v čl. 2.1 tohoto příspěvku. Tento systém, kdy např. přehrání skladby na internetu zjednodušeně spouští automaticky řetězec plateb všem osobám, které se na vzniku autorského díla podílely, je myšlenkou, která by se do současného fungování užívání autorských děl na internetu skutečně promítla a měla by vliv na budoucnost kolektivní správy.

Cílem systémů, užívajících koncept blockchain, je umožnit existenci automatizovaného systému, který by propojoval všechny aktéry, kteří se na vzniku díla, jeho vydání nebo propagaci podílejí, s osobou, která dílo užije. Podobný systém připravuje např. EY a Microsoft. Jeho cílem je možnost licencovat jakékoliv duševní vlastnictví, kde jsou autorům (resp. původcům) vypláceny odměny, zejm. na základě množství užití díla. V takovém systému by měli působit všechny zúčastněné subjekty – autoři hudby i textu, nakladatelé, poskytovatelé platform a další.²¹ Takový systém by obsahoval miliony transakcí.

V současné době je většina smluvních vztahů a potřebných administrativních procesů realizována manuálně, pomocí off-line databází a jiných datových zdrojů. Podobný systém by měl zvyšovat transparentnost a důvěru v transakce, a zároveň snižovat náklady na robustní proces, který kolektivní správu provádí nyní. Takový proces by však provázely jednak vysoké náklady

²¹ EY and Microsoft launch blockchain solution for content rights and royalties management for media and entertainment industry. *CISION* [online]. 20. června 2018 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://www.prnewswire.com/news-releases/ey-and-microsoft-launch-blockchain-solution-for-content-rights-and-royalties-management-for-media-and-entertainment-industry-300669800.html>

na vytvoření takového systému, případně také teritoriální problémy obdobného typu, jaké bude pravděpodobně v budoucnu třeba adresovat v souvislosti s multiteritoriálním licencováním.²² Bodó, Gervais a Quintais se obávají, že v případě snah využívat blockchain celosvětově pro licencování, bude třeba pro každé dílo každého autora minimálně v členských zemích Bernské úmluvy, rozlišovat 176 různých právních režimů. Tento názor se zdá být přehnaný, nicméně z hlediska teritoriální povahy autorského práva je k této situaci přistupovat i z této strany. Do budoucna by pak fungování podobného systému muselo být za účelem vůbec možného fungování upraveno i na legislativní úrovni.²³

Myšlenku blockchainu jako přelomový prvek pro systém distribuce autorskoprávních odměn prosazuje zpěvačka a producentka Imogen Heap. Jejím cílem je vytvořit udržitelný systém, který umožní všem zúčastněným aktérům interagovat přímo s hudebním dílem a který sám následně provede nutné kroky pro distribuci nutných poplatků.²⁴

Systém by měl fungovat následovně. Již poslech určité skladby by spouštěl mechanismus smart kontraktu pro všechny subjekty zúčastněné na „životním cyklu“ skladby. Mezi subjekty, kterých by se tento nový kontrakt týkal, je uživatel díla (tedy posluchač skladby), autor, případně jiný nositel majetkových práv, poskytovatel digitálního obsahu (typicky typu iTunes nebo Spotify), vydavatel nebo rádiová stanice.

Praktická proveditelnost je ale složitější. Můžeme se setkat s několika problematickými aspekty. Podobně jako u platform typu Spotify, není zcela jasné, komu bude dílo sdělováno, o jakou (jak početnou či novou) veřejnost se bude jednat, případně k jakým účelům bude dílo užíváno. V současné situaci tuto kontrolu nad užitím děl podle uzavřené smlouvy vykonávají kolektivní správci, v případě jejich absence v řetězci by systém nutně fungoval buď pouze na principu důvěry nebo ve spolupráci s (opět) nějakým třetím subjektem.

²² Viz např. LUCENA, Cláudio. *Collective rights and digital content*. Springer International Publishing, 2015, pages cm, s. 28 a násl.. ISBN 978-331-9159-096.

²³ BODÓ, GERVAIS, QUINTAIS, op. cit., s. 322.

²⁴ HEAP, Imogen. Smart contracts for the music industry. *Medium.com* [online]. 2018 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://medium.com/humanizing-the-singularity/smart-contracts-for-the-music-industry-3e641f87cc7>

V případech zavedení takového systému by v něm od začátku neparticipovali ani všichni umělci, ani všichni uživatelé. Obecně snahy podobný systém realizovat celosvětově, jsou značně ambiciózní.²⁵ Vedle sebe tak může existovat tradiční systém kolektivní správy a systém založený na konceptu blockchain. To nicméně nepřináší prakticky žádnou administrativní úlevu pro autory – spíše naopak, byli by nuceni jednat jak s kolektivním správcem, tak administrovat poskytování děl skrze nový systém. Tak, jak je nastavena kolektivní správa nyní, by si autor zároveň musel ponechat část výkonu autorských práv majetkových pro sebe, aby mohl smlouvy k užití děl skrze blockchain systém udělovat. Finanční výnosnost takového „dvojsystému“ pro autory by musela být hlouběji analyzována.

Ačkoliv takový systém přináší spoustu otázek a potenciálních problémů, nelze říci, že by neměl žádnou perspektivu. Vzhledem k tomu, že smart kontrakty jako takové jsou v současné době validní formou obligace,²⁶ jedná se nepochybně o systém, který může mít ve světě moderního internetu a užívání autorských děl své místo. Je však na místě se (dle názoru autorky) obávat, že ani v takovém nastavení se vztahy mezi autorem a uživatelem na internetu ve většině případů neobejdou bez prostředníka. Tímto, do budoucna, nemůže zůstat institut kolektivního správce v takové podobě, v jaké funguje dnes, ale musí se adaptovat nastupujícím trendům.

4.3.1 Užití blockchain jako „Creative Passport“

Přidanou hodnotou užívání konceptu blockchain pro hudební díla by měla být možnost užívat databázi i k ukládání informací v rámci umělcova profilu, tzv. Creative Passport. Jeho funkcí by mělo být ukládat informace o umělci, jako jsou data koncertů, jeho biografie a diskografie, tiskové zprávy a další.

²⁵ HEAP, op. cit.

²⁶ Při splnění formálních podmínek právního jednání dle § 561 a 562 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Problematickým může být např. nemožnost identifikovat smluvní strany dle tradičních identifikátorů. Možnou je v takových případech např. identifikace pomocí veřejného klíče, sloužícího k autorizaci transakcí v rámci blockchain. K tomuto více např. SAVELYEV, Alexander. *Contract law 2.0: 'Smart' contracts as the beginning of the end of classic contract law*. 2017, roč. 26, č. 2, s. 116–134. Dostupné také z: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13660083.4.2017.1301036>

Ačkoliv v tomto případě nelze popřít, že je možné blockchain k tomuto účelu užít, již není zcela jasné, jaké by tento model přinesl výhody.

Obdobnou platformu buduje i Sony. Jeho uživatelé by měli být schopni sdílet a ověřovat informace o dílech, jako jsou datum a čas vytvoření, a informace o autorovi. Cílem je shromažďovat tyto informace na jednom místě, což přispěje k facilitaci smluvní agendy.²⁷

Dalším projektem je pokus kolektivních správců SACEM, ASCAP a PRS for music. Cílem je využívat technologii blockchain pro uchovávání informací autorskoprávně relevantních informací o autorských dílech s aktualizací v reálném čase a možností dohledat veškeré proběhnuvší transakce.²⁸

V těchto případech se však jedná spíše o databázi informací o autorech a dílech, která, ač sice může fungovat prostřednictvím technologie blockchain, nepotřebuje jej nutně pro svou realizaci. V tomto případě nepovažují užití technologie blockchain za nezbytné, pro tento účel může sloužit i klasická databáze. Zejména není jasné, jak by základní atributy blockchainu (zejména nezměnitelnost, transparentnost) byly nezbytné pro takovýto typ poskytovaných informací.

4.3.2 Databáze autorských děl

Ačkoliv autorská díla jsou na internetu velice snadno dostupná a svou přítomností přispívají k podobě internetu, jak ho známe, neexistuje databáze nebo jednoznačný a transparentní způsob, jak snadno zjistit informace o dílech, o tom, zda je možné je užívat, případně za jakých podmínek, nebo na koho se obrátit o udělení souhlasu s užitím. K této problematice je třeba přistupovat restriktivně a vždy, pokud se nepohybujeme v rámci výjimek a omezení autorského práva, důsledně pátrat po vykonavateli majetkových práv k dílu.

Kolektivní správci nutně musí pro správu svěřených děl užívat databázové systémy, které jim umožní s předměty ochrany efektivně pracovat.

²⁷ Sony Develops Rights Management System for Digital Content Utilizing Blockchain Foundation. *Sony* [online]. 2018 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://www.sony.net/SonyInfo/News/Press/201810/18-1015E/index.html>

²⁸ PRS for Music, ASCAP and SACEM initiate joint blockchain project. *PRS for music* [online]. 2017 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://www.prsformusic.com/press/2017/prs-for-music-ascap-and-sacem-initiate-joint-blockchain-project>

Český kolektivní správce OSA provozuje on-line databázi hudebních děl, která spravuje. Tato databáze slouží zejména ke zjišťování informací o repertoáru OSA za účelem získání informací pro uzavírání licenčních smluv mezi uživatelem a kolektivním správcem, případně pro jiná jednání týkající se nositelů práv. Díla lze následně vyhledávat podle jména autora, názvu skladby nebo nakladatele. OSA upozorňuje, že ač lze v databázi vyhledávat díla autorů tuzemských i zahraničních, slouží pouze pro základní orientaci a nejsou závazná. V případě potřeby je tedy nutné kontaktovat přímo kolektivního správce. Ačkoliv není práce s ní prozatím zcela prouživatelská, je evidentní, že kolektivní správci užívají jistou formu digitální databáze.

Občas se ozývají názory, že pro správu autorských děl by měla být vytvořena databáze autorských děl, ve které by byla všechna autorská díla zaznamenána spolu s veškerými informacemi o nich. V databázi by tak bylo možno dohledat autory či spoluautory díla, vykonavatele majetkových práv, či snad i udělené licenční smlouvy.

Nelze příliš rozporovat potenciální přínos takové databáze pro transparentnost nakládání s autorskými díly. Specifickým případem jsou pak časté dotazy ohledně databáze děl dostupných pod některou z veřejných licencí. V tomto případě dává vytvoření „katalogu“ děl o to větší smysl – díla, která jsou určena k šíření široké veřejnosti by na základě udělené licence byla shromáždována v soupisu dostupném na Internetu, kde by k nim uživatelé mohli snadno přistupovat a užívat díla bezplatně v rozsahu, který jim licence umožňuje. Díla samotná by nemusela být na takové stránce skutečně dostupná, postačil by katalogizační záznam o nich – včetně hypertextového odkazu, na kterém dostupná jsou.

Frapantní překážkou pro zavedení takové databáze je její neúnosná finanční náročnost, respektive neexistence subjektu, který by byl schopen takovou databázi spravovat. Srovnajme zde databáze ochrany průmyslového vlastnictví. Dle informací WIPO²⁹ (ač již z roku 2009) je v databázích přibližně sta patentových úřadů z celého světa k dispozici na 65 milionů patentových dokumentů, přičemž často je v digitální podobě dostupná pouze základní suma informací. Navíc okolo 30% patentových úřadů má patentové

²⁹ Word Intellectual Property Organisation.

dokumenty k dispozici stále výhradně v papírové podobě.³⁰ Ačkoliv tedy patentová ochrana funguje na poplatkovém principu, kdy fungování patentových databází je součástí poskytovaných služeb, ani takto malé množství děl nebylo prozatím možno inkorporovat do jednoho systému, natož nějak interaktivního. Cílem tohoto však není nikterak posuzovat patentové databáze, pouze čtenáři předložit srovnání. Srovnáme počet děl, která jsou opatřena dohledatelnou licencí Creative Commons, organizace Creative Commons každoročně zveřejňuje. V loňském roce byl jejich počet téměř 1,5 miliardy.³¹

Pokusy o vytvoření celosvětové databáze existujícího repertoáru navíc již v minulosti proběhly. Přestože tyto projekty zařít'ovaly největší organizace kolektivní správy (BUMA/STEMRA, ASCAP, PRS for music), případně Světová organizace duševního vlastnictví, jedná se o tak rozsáhlé množství dat, administrativy s tím spojené a nutnosti vynaložení finančních prostředků, že všechny tyto iniciativy prozatím skončily bez úspěchu.³²

5 ZÁVĚR

Využívání konceptu blockchain je v posledních letech velice atraktivní. Projekty s jeho užitím vznikají v mnoha různých oblastech s větší či menší úspěšností a účinností. Kolektivní správa se dlouhodobě potýká s problémy z oblasti transparentnosti a efektivity vynaložení vybraných finančních prostředků. Je tedy jen logickým krokem, že se subjekty v této oblasti snaží využít této technologické novinky pro řešení dlouhodobě neuspokojivé situace. Nelze však říci, že blockchain přináší ve všech navrhovaných projektech skutečnou přidanou hodnotu. V mnoha z nich totiž vystupuje v podobě databáze, která, ač mající všechny atributy transparentnosti a nezměnitelnosti, tyto vlastnosti nevyužívá.

³⁰ STANDING COMMITTEE ON THE LAW OF PATENTS: TECHNICAL SOLUTIONS TO IMPROVE ACCESS TO, AND DISSEMINATION OF, PATENT INFORMATION. *WIPO* [online]. 2009 [cit. 30. 01. 2019]. Dostupné z: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_14/scp_14_3.pdf

³¹ State of the Commons 2017. *Creative Commons* [online]. 2018 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://stateof.creativecommons.org/>

³² The Failure Of The Global Repertoire Database. *Hyperbot.com* [online]. 2015 [cit. 04. 02. 2019]. Dostupné z: <https://www.hypebot.com/hypebot/2015/08/the-failure-of-the-global-repertoire-database-effort-draft.html>

Projektem, který by kolektivní správu do budoucna skutečně mohl ovlivnit, je přímo užití blockchain a smart kontraktů. Zde se jedná o systém, který může být teoreticky realizovatelný, a skutečně by mohl přinést přímější vztahy mezi autory a uživateli předmětů ochrany. Zda v budoucnu ke spuštění takového systému dojde, je otázkou několik faktorů. Fungování blockchain je velice energeticky náročné. Vzhledem k tomu, že potvrzování transakcí a připojování dalších bloků do řetězce vyžaduje mnoho výpočtů (tento proces je znám jako „mining“), je opět aktuální otázka, kdo bude podobný projekt moci financovat. Jak bylo uvedeno výše, projekt celosvětové databáze autorských děl zkrachoval zejména z důvodu neúnosné finanční náročnosti a zde stojíme před obdobnou překážkou. Dále je třeba systém uvažovat i z hlediska teritoriální povahy autorského práva a celkové platnosti smart kontraktu jako právního jednání.

Cílem tohoto článku nebylo plošně odmítnout využití blockchain v oblasti kolektivní správy. Na co se snaží článek upozornit, je fakt, že přestože dlouhodobě hledáme nová řešení a inovace v této oblasti, není blockchain nezbytně nutně použitelný pro všechny připravované projekty, neboť v mnoha případech jeho funkcionalita vysoce převyšuje požadavky na vytvářený systém a může tak být vhodnější zvolit jiný nástroj. O jinou situaci se však může jednat v rámci výše zmiňovaného systému smart kontrakt systému hrazení autorskoprávních poplatků – možná se v budoucnu setkáme s automatizovaným uzavíráním smluv přímo prostřednictvím přehrání skladby.

Literature

- BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven [Conn.]: Yale University Press, 2006, s. 3.
- BODÓ, Balázs, Daniel GERVAIS a João Pedro QUINTAIS. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing? *International Journal of Law and Information Technology* [online]. 2018, roč. 26, č. 4, s. 311–336. DOI 10.1093/ijlit/eay014. ISSN 0967-0769. Dostupné z: <https://academic.oup.com/ijlit/article/26/4/311/5106727>
- CONG, Lin William a Zhiguo HE. *Blockchain Disruption and Smart Contracts* [online]. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=2985764>

- EY and Microsoft launch blockchain solution for content rights and royalties management for media and entertainment industry. *CISION* [online]. 20. června 2018. Dostupné z: <https://www.prnewswire.com/news-releases/ey-and-microsoft-launch-blockchain-solution-for-content-rights-and-royalties-management-for-media-and-entertainment-industry-300669800.html>
- GERARD, David. Ujo Attempts Music On The Blockchain A Second Time With: EGO By RAC [Op-Ed]. *Hyperbot.com* [online]. 2017. Dostupné z: <https://www.hypebot.com/hypebot/2017/11/ujo-attempts-music-on-the-blockchain-a-second-time-with-ego-by-rac.html>
- HEAP, Imogen. Smart contracts for the music industry. *Medium.com* [online]. Dostupné z: <https://medium.com/humanizing-the-singularity/smart-contracts-for-the-music-industry-3e641f87cc7>
- HOWARD, George. Imogen Heap's Mycelia: An Artists' Approach for a Fair Trade Music Business, Inspired by Blockchain. *Forbes* [online]. 2015. Dostupné z: <https://www.forbes.com/sites/georgehoward/2015/07/17/imogen-heaps-mycelia-an-artists-approach-for-a-fair-trade-music-business-inspired-by-blockchain/#1a47e4954969>
- KRUPÍČKOVÁ, Petra. Smart contract – revoluce v smluvním právu 21. století? *Revue pro právo a technologie* [online]. 2017, roč. 8, č. 15, s. 19–31. DOI 10.5817/RPT2017-1-2. ISSN 1805-2797. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/revue/article/view/6647>
- LUCENA, Cláudio. *Collective rights and digital content*. Springer International Publishing, 2015, pages cm. ISBN 978-331-9159-096
- MANATT, PHELPS & PHILLIPS. U.S. Music Streaming Royalties Explained. *Manatt.com* [online]. 2016. Dostupné z: <https://www.manatt.com/Manatt/media/Media/PDF/US-Streaming-Royalties-Explained.pdf>
- NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* [online]. 2008 [cit. 28. 01. 2019]. Dostupné z: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>
- PALFREY, John G. a Urs GASSER. *Born digital: understanding the first generation of digital natives*. New York: Basic Books, 2008. ISBN 978-0-465-00515-4.
- PRSforMusic, ASCAP and SACEM initiate joint blockchain project. *PRSformusic* [online]. 2017. Dostupné z: <https://www.prsformusic.com/press/2017/prs-for-music-ascap-and-sacem-initiate-joint-blockchain-project>

SANCHEZ, Daniel. What Streaming Music Services Pay (Updated for 2019). *Digital Music News* [online]. 2019. Dostupné z: <https://www.digitalmusicnews.com/2018/12/25/streaming-music-services-pay-2019/>

SAVELYEV, Alexander. *Contract law 2.0: 'Smart' contracts as the beginning of the end of classic contract law*. 2017, roč. 26, č 2, s. 116–134. Dostupné také z: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600834.2017.1301036>

Sony Develops Rights Management System for Digital Content Utilizing Blockchain Foundation. *Sony* [online]. 2018. Dostupné z: <https://www.sony.net/SonyInfo/News/Press/201810/18-1015E/index.html>

STANDING COMMITTEE ON THE LAW OF PATENTS: TECHNICAL SOLUTIONS TO IMPROVE ACCESS TO, AND DISSEMINATION OF, PATENT INFORMATION. *WIPO* [online]. 2009. Dostupné z: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_14/scp_14_3.pdf

State of the Commons 2017. *Creative Commons* [online]. 2018. Dostupné z: <https://stateof.creativecommons.org/>

SZABO, Nick. *The Idea of Smart Contracts* [online]. 1997. Dostupné z: https://web.archive.org/web/20150328060814/http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html

The Failure Of The Global Repertoire Database. *Hyperbot.com* [online]. 2015. Dostupné z: <https://www.hypebot.com/hypebot/2015/08/the-failure-of-the-global-repertoire-database-effort-draft.html>

Contact – e-mail

luciestrakova@mail.muni.cz

Úvod k smart kontraktům v podnikatelských vztazích

Roman Šafář

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Stejně jako digitalizace práva obecně je nevyhnutelná i digitalizace vztahů vznikajících mezi podnikateli. V tomto příspěvku se zaměřím na problematiku smart kontraktů a jejich dopady na podnikatelské vztahy. Bude pro podnikatele lepší naučit se využívat smart kontrakty, které fungují mj. na bázi tzv. blockchainů, nebo jsou rizika spojená s přechodem do e-světa příliš vysoká a pro podnikatele nevýhodná? Pro která odvětví a pro jaké druhy podnikatelských vztahů se dá využití tohoto na významu nabývajícího institutu doporučit? Na to vše se pokusím nalézt v tomto příspěvku odpovědi.

Keywords in original language

Smart kontrakty; podnikatelské vztahy; blockchain.

Abstract

As well as the digitization of law, it is inevitable to digitize the relationships that arise among entrepreneurs. In this paper, I will focus on the issues of smart contracts and their impact on business relationships. Will entrepreneurs be better able to learn to use smart contracts besides based on blockchains or are the risks associated with the transition to the e-world too high and disadvantageous for entrepreneurs? Which industries and what kind of business relationships can this use be made of the significance of the acquiring institute for? In this paper, I will try to find the answers.

Keywords

Smart Contracts; Business Relationships; Blockchain.

1 ÚVOD

Technologický vývoj nabývá na významu i v jinak poměrně konzervativním odvětví, jakým je právo. Příkladů je možno vystopovat hned několik, např. již zavedená a akceptovaná změna podoby podpisů, kdy již není nutné, aby smluvní strany potřebovaly inkoust pro podpis smlouvy. Dnes jsou již zcela běžně používány podpisy elektronické. K nim se ale ve svém příspěvku blíže vyjadřuje dr. Korbel.

V tomto příspěvku se zaměřím na jiný aspekt dopadu digitalizace právního odvětví, a to na smart kontrakty, které jsou v právu přítomny poměrně krátce a které do budoucna zřejmě ovlivní podobu smluvního práva. Cílem předkládaného příspěvku tedy je stručně představit institut smart kontraktů a také se zamyslet nad jejich praktickým využitím (nejen) v podnikatelských vztazích.

2 K ZÁKLADNÍM POJMŮM

2.1 K pojmu smart kontraktu

Na začátku tohoto příspěvku se budu věnovat ústřednímu pojmu, kterým je smart kontrakt. Nejdříve se však podívám na krátký vývoj, který vedl k smart kontraktům, poté na několik definic smart kontraktů, následně se pokusím nalézt základní definiční znaky smart kontraktů, abych poté mohl identifikovat podobnosti smluvních vztahů, v nichž jsou přítomny smart kontrakty, se smluvními vztahy „běžnými“, tedy bez smart kontraktů, a konečně také některé výhody a nevýhody smart kontraktů.

2.1.1 Historický vývoj

Prvopočátky digitálních smluv¹ jsou spojeny s tzv. blokadou západního Berlína Sovětským svazem. Tamní obyvatelstvo bylo nutné zásobovat potravinami a jinými surovinami, a proto v roce 1948 seržant armády USA Edward Guilbert vymyslel „objednávkový systém“, přičemž jednotlivé objednávky byly přenášeny telefaxem, případně telefonem. Tento systém Guilbert rozvinul v polovině 60. let 20. století, kdy již pracoval pro americký

¹ *Digitální smlouvy* jsou pojmem širším než pojem *smart kontraktů*.

chemický koncern DuPont. DuPont např. s dopravci a obchodními partnery komunikoval prostřednictvím tzv. systému elektronické výměny dat (EDI²). Nevýhodou EDI-systému bylo, že pouze přetransformoval obsah písemných smluv do elektronické podoby.³

V 2. polovině 90. let 20. století tak Nick Szabo navrhl software, který připomínal závazná smluvní ujednání obsahující „papírové“ smlouvy⁴. Nebyl to však pouhý přepis smluv „papírových“ do kódu, nýbrž se jednalo o původní počítačový kód, v němž byly zahrnuty podmínky pro splnění závazku.⁵ Na Szabo, jež bývá označován za původce smart kontraktů, navázali mnozí autoři⁶ pohybující se na hranici mezi IT a právem.

Ještě koncem 90. let dokonce společnost Microsoft ve spolupráci s vědci z University of Glasgow provedla experiment spočívající ve vytvoření zdigitalizovaných finančních smluv. V roce 2004 pak finanční kryptograf Ian Grigg vytvořil tzv. Ricardian contract, který stejně jako smart kontrakty funguje ponejvíce na bázi blockchainů⁷, avšak navíc má být čitelný nejen pro počítače a jiná technická zařízení, ale také pro samotné smluvní strany⁸. Posledním milníkem před současným stavem ve vývoji smart kontraktů jsou Surdenovy „datově orientované“ či počítačové kontrakty^{9,10}.

2.1.2 Pokusy o definici smart kontraktů

Definovat pojem smart kontraktu není snadné, neboť definic existují desítky, a proto v tomto příspěvku uvedu pouze některé. Tak např. *Max Raskin* definuje smart kontrakty jako dohody, které jsou zapsány do kódu,

² *Electronic data interchange.*

³ DE FILIPPI, P. a A. WRIGHT. *Blockchain and the Law*. Cambridge (Massachusetts), London: *Harvard University Press*, 2018, s. 73.

⁴ Tímto pojmem míním smlouvy, které se ještě nyní běžně používají. Tedy smlouvy uzavírané v jakékoli hmotným právem povolené a předvídané formě.

⁵ Vychází z SZABO, N. *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*. *First Monday: Peer-reviewed Journal on the Internet*, 1997, č. 2.

⁶ Např. Mark Miller, Chip Morningstar a Bill Frantz. Srov. DE FILIPPI, WRIGHT, 2018, op. cit.

⁷ Vizte následující podkapitolu 2.2.

⁸ V podrobnostech odkazují na: GRIGG, Ian. *The ricardian contract*. In: *Electronic Contracting*, 2004. Proceedings. First IEEE International Workshop on. IEEE, 2004, s. 25–31.

⁹ Přesnější je anglické vyjádření: *data-oriented contracts a computable contracts*.

¹⁰ DE FILIPPI, WRIGHT, 2018, op. cit., 2018, s. 73–74.

který je výsledkem přeměny právního jazyka do jazyka čitelného pro počítače. Dále je dělí na slabé a silné smart kontrakty, přičemž silné nadefinoval jako ty, u nichž je velmi složitá jejich změna či odstoupení od nich. Slabé smart kontrakty jsou pak takové, které lze měnit poměrně snadno.¹¹ *Jeremy M. Sklaroff* definuje smart kontrakty jako decentralizované dohody vytvořené jako počítačový kód vložený do blockchainu.¹²

Někteří autoři však vymýšlejí své koncepty, které se více či méně odlišují od zobecněného vymezení smart kontraktu. Mezi takové autory patří třeba *Harry Surden*, který definuje „datově orientované“ smlouvy (data-oriented contracts) jako smlouvy, k jejichž uzavření jsou nutné podmínky nadefinované počítačovým systémem.¹³ Dále také dvojice autorů, *Kevin Werbach* a *Nicolas Cornell*, kteří smart kontrakty považují za sebevykonávací digitální transakce, které pro své uskutečnění využívají decentralizované kryptografické mechanismy.¹⁴

2.1.3 Základní obecné znaky smart kontraktů

Tímto příkladným výčtem však pokusy definovat smart kontrakty zdaleka nekončí. Pokud bychom se však pokusili z definic vybrat několik základních definičních znaků, jednalo by se zejména o tyto – rigidita, větší odolnost proti vnějším vlivům, větší jednoznačnost, autonomnost. Právě díky blockchainům smart kontrakty fungují **autonomně**, což znamená, že nejsou závislé na žádné centrální správní jednotce. Nejsou dokonce závislé ani na existenci právních pravidel platných v dané jurisdikci. S tímto stavem, kdy fungování smart kontraktů v rámci blockchainů je nezávislé na právním řádu jakéhokoli státu, je spojen pojem *lex cryptographica*.¹⁵ *Timothy May* v této souvislosti dokonce rozvíjí myšlenku tzv. krypto-anarchismu.¹⁶

11 RASKIN, M. The Law and Legality of Smart Contracts. *1 Georgetown Law Technology Review*, 2017, č. 1, s. 309–310.

12 SKLAROFF, J. M. Smart Contracts and the Cost of Inflexibility. Philadelphia: *Penn Law: Legal Scholarship Repository*. Student Paper (Prize Winning Papers). 2018, s. 263.

13 SURDEN, H. Computable Contracts. Boulder: *U.C. Davis Law Review*, 2012, s. 639.

14 WERBACH, K. a N. CORNELL. Contracts ex machina. *Duke Law Journal*, Durham, 2017, s. 101.

15 DE FILIPPI, WRIGHT, 2018, op. cit., 2018, s. 5.

16 Srov. MAY, T. C. Crypto Anarchy and Virtual Communities. Aptos, 1994.

Co se týče dalšího znaku, smart kontrakty jsou **rigidní**, což znamená, že jejich obsah lze změnit (pokud vůbec) pouze velmi obtížně, k čemuž velmi přispívá blockchain. Souvisejícím charakteristickým znakem je **větší odolnost proti vnějším vlivům**. Tím, že jsou smart kontrakty přetřansformovány z právního do počítačového (IT) jazyka, lze očekávat, že výklad práv a povinností vycházejících ze smart kontraktů bude **jednoznačnější**.¹⁷ Jednoznačnost je však vykompenzována zvýšeným úsilím a zejména náklady, které je zapotřebí vynaložit k „přečtení“ obsahu smart kontraktu.

2.2 Fungování blockchainu – rámcový popis technologie

Blockchain je v současné době patrně jednou z nejvyužívanějších technologií, která umožňuje fungování smart kontraktů. Pro smart kontrakty se dnes nejvíce využívají blockchainya Ethera, které mají i svou krypto-měnovou jednotku – Ether. Tato kryptoměna je v transakcích prováděných na základě smart kontraktů stěžejní. Jak uvádí *Jeremy J. Bambara* a *Peter R. Allen*, „pokud byl Bitcoin blockchain 1.0, pak je Ethereum blockchainem 2.0“.¹⁸ Pokud by tedy byl smart kontrakt vložen do blockchainu, bylo by zřejmě vhodnější Ethereum než Bitcoin. O vzestupu Ethera svědčí i fakt, že počátkem roku 2017 byla založena a vznikla společnost *Ethereum Enterprise Alliance*, na které jsou zúčastněny světově známé společnosti, jako jsou Intel, Microsoft a další.¹⁹

Blockchainya jsou v obecné rovině řetězcem databází/bloků, které jsou vzájemně provázány a které fungují decentralizovaně. Právě decentralizace je ochrannou pojistkou. Kdyby data uložená v „bloku“ byla uložena a přístupná pouze z jednoho, centrálního serveru, a došlo-li by k výpadku tohoto serveru, nebyla by data přístupná a smart kontrakt by byl nefunkční po dobu, než by došlo k opravě centrálního serveru. Naopak pokud jsou blockchainya decentralizované, znamená to, že bezproblémový chod smart kontraktu by měl být zajištěn. S tím souvisí další charakteristický znak blockchainu, jímž je distribuce. To znamená, že je preferováno vzájemné propojení bloků

¹⁷ DE FILIPPI, WRIGHT, 2018, op. cit., 2018, s. 72.

¹⁸ BAMBARA, J. J. a P. R. ALLEN. *Blockchain: A Practical Guide to Developing Business, Law, and Technology Solutions*. New York, San Francisco, Chicago, London, Milan, New Delhi, Sydney etc.: McGraw-Hill Education. 2018, s. 23.

¹⁹ BAMBARA, ALLEN, 2018, op. cit., s. 23; obdobně též COHN, A., T. WEST a Ch. PARKER. Smart after all: Blockchain, Smart Contracts, Parametric Insurance, and Smart Energy Grids. *1 Georgetown Law Technology Review*, 2017, č. 1, s. 279.

s co nejvíce jinými bloky.²⁰ Tak vznikají tzv. *peer-to-peer* (P2P) sítě, které umožňují provádět transakce bez prostředníka, tedy přímo mezi sebou.²¹

Z čeho ale jsou bloky složeny? Každý blok obsahuje určitá data (v tomto případě obsah smart kontraktu), svůj unikátní kód (*hash*) a *hash* předchozího bloku²². Klíčový je zejména prvek provázání jednotlivých bloků prostřednictvím *hashů*. Takto je totiž dosaženo výše popsané distribuce. Je-li totiž *hash* jednoho bloku pozměněn, zneplatní se jak „napadený“ blok, tak bloky na něj navazující. Jak se ale bránit proti tomu, aby „útočník“ neměl výkonný počítač, jehož pomocí by přepsal *hasbe* všech navazujících bloků? Ochranu proti tomu zajišťuje technologie *proof-of-work*, která stanovuje jakýsi „strop“ rychlosti přeměn obsahu ostatních bloků.²³

Vložením smart kontraktu do bloku, který je navzájem provázán s ostatními bloky, je tak zaručeno, že bude chráněn před případnými vlivy třetích osob nebo i před vlivy stran zúčastněných na daném smluvním vztahu, v němž bude zahrnut i smart kontrakt, které by např. chtěly druhou stranu oklamat tím, že by plnily jen zdánlivě, avšak chtěly by požívat všech výhod plynoucích ze smlouvy.

3 PODOBNOSTI A ODLIŠNOSTI VE SMLUVNÍCH VZTAZÍCH SE SMART KONTRAKTY I BEZ NICH

Smluvní vztahy, jejichž obsahem jsou i smart kontrakty, jsou v lecčems podobné zatím většinově se vyskytujícím smluvním vztahům bez smart kontraktů. Při procesu sjednávání, v tzv. před-smluvním stádiu, musí dojít „k setkání myslí“²⁴ vyjednávajících stran. To znamená, že je nutné, aby si budoucí smlouvou zavázané strany sjednaly takové podmínky, které budou obě strany (případně více stran) akceptovat, nebo lépe, se kterými se ztotožní, neboť právě smlouvou založený závazek je samo-vykonatelný prostřednictvím smart kontraktu. To znamená, že smluvní strany jsou

²⁰ RITESH, M. *Solidity Programming Essentials: A beginner's guide to build smart contracts for Ethereum and blockchain*. Birmingham, Mumbai: Pactk, 2018, s. 37.

²¹ COHN, WEST, PARKER, op. cit., 2017, s. 277.

²² První blok v daném blockchainu je složen pouze z dat a ze svého *hasbe*. Nemůže totiž, z logiky věci obsahovat *hash* předchozího bloku, neboť žádný takový není.

²³ BAMBARA, ALLEN, 2018, op. cit., s. 20; nebo také RITESH, op. cit., 2018, s. 56–59.

²⁴ Anglicky: *meeting of the minds*.

motivovány splnit závazek, protože již něco musely vynaložit do smart kontraktu z důvodu zvýšení jistoty ve vztahu k druhé smluvní straně. Toto platí oboustranně.

Jak ale upozorňuje Ian Macnail, ne každé smlouvě předchází předmluvní stádium, ve kterém si strany vyjednájí podmínky v budoucnu uzavřené smlouvy, neboť některé smluvní vztahy vznikají na základě trvalého vztahu stran založeného zejména na dlouhé spolupráci a vzájemné známosti.²⁵ Podmínky smluvního vztahu se smart kontraktem jsou však stěží změnitelné²⁶, neboť je-li smart kontrakt vložen do blockchainu, projeví se zejména jeho rigidnost, jak jsem již výše uvedl.²⁷

Pokud by se přeci jen strany dohodly na dílčí změně sporného ujednání obsaženého ve smlouvě se smart kontraktem, bylo by vhodné řešit otázku (nejen finančních, ale třeba i technických) nákladů, které by bylo nutné investovat do provedení změny. Nejen že by tedy bylo nutné vynaložit náklady na změnu samotné smlouvy, nýbrž také ve vztahu k novému nadefinování podmínek ve smart kontraktu. Změna nastavení smart kontraktu by opět musela odpovídat nově nastavenému smluvnímu vztahu.

Jednoznačnou odlišností pak je, že zatímco u smlouvy obsahující smart kontrakt by mělo být snazší vynutit povinnost neplnění strany²⁸, u smlouvy v dnešní praxi běžně používané se musí ze smlouvy oprávněná strana bránit nečinností, či neplnění povinnosti strany druhé u soudu, příp. u rozhodce, což znamená náklady navíc. Při porovnání nákladů vynaložených při zřízení smart kontraktu a nákladů vynaložených z důvodu posouzení porušení povinnosti soudem, či rozhodcem lze dospět k závěru, že i přesto, že náklady vynaložené na smart kontrakt by byly pravděpodobně vyšší, je pravděpodobnost domožení se plnění od neplnění strany vyšší, než je tomu ve smluvních vztazích bez smart kontraktu.

Odlišností smluvních vztahů se smart kontrakty a bez nich pak je, že v prvním případě je část závazku (u smart kontraktu) napsána, nadefinována

²⁵ DE FILIPPI, WRIGHT, 2018, op. cit., 2018, s. 74 a 237 (poznámka pod čarou č. 11).

²⁶ Zejména v té části smluvního vztahu, kde hraje roli smart kontrakt – zpravidla tedy před započítáním plnění své smluvní povinnosti plynoucí ze smluvního vztahu.

²⁷ DE FILIPPI, WRIGHT, 2018, op. cit., 2018, s. 238 (poznámka pod čarou č. 12).

²⁸ Např. sankcí nevrácení plnění poskytnutého do smart kontraktu.

sice jednoznačným, striktním jazykem, který je však vyjádřen počítačovým kódem.²⁹ To znamená, že smluvní strany, nemají-li znalosti v oblasti IT na příslušné úrovni, nejsou schopny zjistit, co je obsahem smart kontraktu. Zbytek smluvního ujednání je pak již stejný jako u smluvních vztahů, v nichž smart kontrakt obsažen není.

V případě, že byla smlouva zakládající smluvní vztah, ve kterém je přítomen smart kontrakt, neplatná, mohla by se poškozená strana domáhat vydání bezdůvodného obohacení. To by totiž, jak je zřejmé, nebylo možné zajistit prostřednictvím smart kontraktu, který by pro zjištění neplatnosti smlouvy a pro řízení o vydání bezdůvodného obohacení nehrál roli. Poškozená strana by se tedy vydání bezdůvodného obohacení musela domáhat u soudu.

Další otázkou je odstoupení od smlouvy se smart kontraktem, nebo bez něj. V druhém případě by byla situace jednoznačná, neboť by se postup řídil zákonnými pravidly. Pokud by však smlouva byla doplněna o smart kontrakt, bylo by patrně obtížnější ukončit takový smluvní vztah odstoupením jedné strany od smlouvy. Tomuto závěru by svědčila i skutečnost, pokud by byl smart daný kontrakt vložen do blockchainu. V takovém případě by totiž nebyl spravován pouze smluvními stranami, nýbrž všemi osobami, které se daného blockchainu účastí, a proto by se změnou, resp. zrušením bloku, jehož obsahem je dotčený smart kontrakt, musela souhlasit alespoň nadpoloviční většina zúčastněných osob.

Při tvorbě každé smlouvy je zapotřebí, aby obě smluvní strany domýšlely důsledky jednotlivých ustanovení. Pokud však plnění z této smlouvy bylo zajištěno prostřednictvím smart kontraktu, jsou na smluvní strany kladeny vyšší nároky spojené s pečlivým a precizním naprogramováním daného smart kontraktu. To souvisí s otázkou snazší vynutitelnosti závazku, jehož plnění je zajištěno smart kontraktem. Tím, že je plnění závazku zajištěno prostřednictvím smart kontraktu, mělo by se urychlit řešení případných sporů vzešlých ze smluv obsahujících smart kontrakt³⁰, neboť, jak jsem již uvedl výše, smart kontrakt je počítačovým kódem, který je jednoznačný – plnila-li strana dle smlouvy, transakce proběhla bez problémů, naopak pokud některá ze smluvních stran plnila nedostatečně, nebo dokonce neplnila vůbec, daná

²⁹ DE FILIPPI, WRIGHT, 2018, op. cit., 2018, s. 74.

³⁰ DE FILIPPI, WRIGHT, 2018, op. cit., 2018, s. 74–76.

transakce nebude moci díky smart kontraktu proběhnout. Tím bude chráněna oprávněná strana daného smluvního vztahu.

Dále by bylo možné dovodit, že smart kontrakty posilují právní jistotu a s ní související zásadu *pacta sunt servanda*. Transakce by totiž měly být provedeny spravedlivěji, a to tak, že by jedna smluvní strana splnila závazek, např. posláním finanční částky na uzavřený účet³¹. Z účtu by se předmětná částka uvolnila teprve ve chvíli, kdy by svůj závazek splnila též druhá smluvní strana.

Navíc pokud by byl smart kontrakt vložený do blockchainu, bylo by složité pro stranu s nekalými úmysly svůj závazek nesplnit. Každá osoba zúčastněná na daném blockchainu by měla být pod neustálým dohledem ostatních zúčastněných osob. Tímto je zajištěna větší transparentnost celé transakce probíhající na základě smlouvy se smart kontraktem. Také by měly umožnit snížení některých nákladových položek, jako jsou např. advokátní či notářská úschova plnících garanční funkci jedné ze smluvních stran (např. v obchodech s nemovitostmi).

3.2.1 Výhody a nevýhody smart kontraktů

Na úvod této podkapitoly je nutné poznamenat, že v některých případech je obtížné určit, zda se jedná o výhodu, či nevýhodu. Zatímco pro tvůrce smart kontraktu může být jeho pochybení nevýhodou, pro ostatní zúčastněné to bude výhodou, ačkoli třeba nechtěnou.

Pokud shrneme výše uvedené, dospějeme k závěru, že smlouvy se smart kontrakty by měly být odolnější vůči smluvním stranám s nepoctivými úmysly, případně (pokud je smart kontrakt vložen do blockchainu) vůči osobám nezúčastněným na dané transakci, které však chtějí do smart kontraktu jakkoli zasáhnout. Naopak mohou být obtížnější změny v rámci smluvních vztahů se smart kontrakty, neboť chtěná ochrana před nechtěnými změnami/zásahy s sebou přináší též nechtěnou ochranu před změnami smluvními stranami chtěnými a také z toho důvodu, že jsou psány pro osoby nesrozumitelným počítačovým jazykem. S tím souvisí další výhoda i nevýhoda – jasnější výklad obsahu závazkového vztahu, jež je plněn prostřednictvím smart kontraktu, ale rovněž požadavek na vytvoření pouze takových kontraktů,

³¹ Podobný advokátní nebo notářské úschově.

kteře jsou pevně definované. Nevýhodou tedy je, že v rámci smart kontraktu není možné sjednat alternativní ustanovení. Pokud by to možné bylo, mohlo by to znamenat navýšení nákladů spojených s vytvořením složitějšího kódu. U smluvních vztahů, v nichž jsou obsaženy smart kontrakty, budou nevýhodou počáteční náklady vydané za pořízení kódu, jež bude tvořit smart kontrakt. S tím souvisí také náklady časové na vyjednání podmínek smlouvy, která bude zajištěna smart kontraktem. Na druhou stranu po vytvoření kódu a jeho případném vložení do bloku bude smart kontrakt ze své povahy i z bezpečnostní povahy blockchainu neměnný a transakce, která bude jeho prostřednictvím probíhat, bude zajištěna automaticky, tedy bez nutné aktivity smluvních stran. Jedinou nutnou aktivitou bude sledovat, zda zavázaná strana plnila tak, jak je uvedeno ve smlouvě, a na základě toho potvrdit bezvadnost tohoto plnění.

Z rigidnosti smluvních vztahů se smart kontrakty a transakčních nákladů vynaložených na zřízení takové smlouvy vyplývá, že smluvní strany vynaloží většinu (ne-li všechny) nákladů před vznikem jejich smluvního vztahu, neboť se jim již nevyplatí měnit podmínky smlouvy nikterak často. S každou (podstatnou) změnou smlouvy by totiž bylo nutné změnit i smart kontrakt, aby jeho nastavení odpovídalo i nově nastavenému smluvnímu vztahu. V případě smluvních vztahů bez přítomnosti smart kontraktů budou naopak počáteční náklady pravděpodobně nižší, avšak v případě uskutečnění změn, jejichž realizace je v tomto případě snazší, se náklady navyšují. Nejsem však schopen odhadnout, v jakém konečném poměru budou výše nákladů obou typů smluvních vztahů.

Smluvní vztahy fungující na bázi smart kontraktů také nastolují větší míru právní jistoty a apelují na dobré promyšlení ať už podnikatelského záměru, nebo podnikatelského vztahu s ostatními. Jinými slovy řečeno, jakmile podnikatel chybně, nedostatečně, ledabyly apod. nadefinuje, případně spíše nechá nadefinovat od IT specialisty, obsah smart kontraktu, bude jej buďto muset zrušit, nebo vytvořit nový, což jej bude stát další finanční prostředky. Bude-li smart kontrakt, jež bude součástí smluvního vztahu, vložen do blockchainu, měly by být smluvní strany obezřetné, aby ostatní osoby zúčastněné na bloku, v němž smart kontrakt je, neměly aktivní přístup, nýbrž aby mohly pouze pasivně dohlížet na plnění daného smluvního

vztahu prostřednictvím smart kontraktu. Nevýhodou internetového prostředí totiž je pseudonymita, a proto by mohl kdokoli, kdo by nebyl dohledatelný do smluvního vztahu negativně zasáhnout (např. odcizit plnění, která jsou poskytnuta ve prospěch smart kontraktu). Proto je nutná obezřetnost i v otázce zpřístupnění a otevření daného smluvního vztahu, jež je (do určité míry) formován právě smart kontraktem. Výhodou vložení smart kontraktu do blockchainu pak je, že ve chvíli, kdy bude nějaká pseudonymní osoba chtít negativně zasáhnout do smluvního vztahu, ostatní zúčastněné osoby jí toto neumožní.³²

Jednou z největších nevýhod smluvních vztah probíhajících prostřednictvím smart kontraktů je faktická nemožnost kontroly obsahu smluvního vztahu ze strany státních orgánů, které i na základě pseudonymity nebudou schopny zjistit, zda předmětem smluvního vztahu se smart kontraktem nejsou ilegální věci (např. zbraně, drogy atp.), příp. jestli nejsou prány špinavé peníze, anebo financovány teroristické nebo jiné ilegální skupiny. Přesunem, byť části smluvního vztahu, do internetového prostředí je zvýšeno riziko výskytu nových trestných činů, které budou složitěji stíhatelné.³³ Na druhou stranu je nutné dodat, že možnost fakticky a aktivně zasahovat do smluvních vztahů nemají státní orgány ani v případě smluv bez smart kontraktů.

4 PRAKTICKÁ VYUŽITELNOST SMART KONTRAKTŮ – SOUČASNÁ I BUDOUCÍ

V této části příspěvku se zmíním o využitelnosti smart kontraktů ve smluvních vztazích (zejména) v podnikatelské sféře. Budu vycházet zejména z vlastních úvah. V následujících odstavcích se tedy pokusím nalézt oblasti, v nichž by mohly být smlouvy se smart kontrakty využívány.

Smlouvy obsahující smart kontrakty se začaly využívat ve finančním sektoru. Finanční instituce je využívaly pro provádění finančních transakcí.³⁴

³² K pseudonymitě související se „smartkontraktovými“ smluvními vztahy srov. DE FILIPPÍ, WRIGHT, 2018, op. cit., 2018, s. 85.

³³ DE FILIPPÍ, WRIGHT, 2018, op. cit., 2018, s. 85; nebo také JUELS, A., A. KOSBA a E. SHI. The ring of Gyges: Investigating the future of criminal smart contracts. In: *Proceedings of the 2016 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security*. ACM, 2016, s. 283–295.

³⁴ RASKIN, op. cit., 2017, s. 321.

S tím souvisí zejména otázka zápůjček bankovních i nebankovních společností a s ním spojené zřízení zástavního práva. Bude-li spláceno dle předem dohodnutého splátkového kalendáře, bude zástava převedena zpět do vlastnictví dlužníka a finanční prostředky, které budou „zachycovány“ na uzamčený účet, jehož stav bude moci zapůjčitel sledovat, ale nebude moci s finančními prostředky nakládat třeba do chvíle, než bude splacena celá nebo jinak dohodnutá výše zapůjčené finanční částky.

Banky by mohly využívat smluv se smart kontrakty k provádění tzv. trvalých plateb. Výhodou trvalých plateb je, že jsou zpravidla neměnné a že vyžadují provádění v přesně daných časových intervalech. Pro banky by to tedy mohlo znamenat usnadnění klientské práce.

Jedním z nejčastějších příkladů praktické využitelnosti smart kontraktů je leasing automobilu. Nebudu zde zkoumat leasingový vztah nikterak zevrubně, postačí pouze konstatování, že leasingová smlouva, která by obsahovala smart kontrakt, by zde byla využitelná tak, že po dobu splácení kupní ceny automobilu bude v automobilu zabudován zámeček, který bude napojený na smart kontrakt. Nebude-li dlužník řádně splácet kupní cenu, jak je uvedeno v leasingové smlouvě, bude zámeček aktivován, a tedy dlužník nebude moci automobil využívat. Naopak pokud dojde ke splacení celé kupní ceny, bude zámeček automaticky navždy deaktivován.

Z nehmotné povahy a na nových technologiích založených smart kontraktů vyplývá, že odvětvím, v němž se smlouvy, jejichž plnění je zajištěno smart kontrakty, uplatňují již dnes, je IT. Navíc pokud se smart kontrakty začnou v budoucnu využívat hojněji, než je tomu dnes, bude právě IT odvětví zcela klíčovým, neboť právě IT společnosti budou vytvářet jednotlivé smart kontrakty, které pak budou „vkládat“ do svých smluv. Jejich výhodou pak bude i to, že ušetří náklady za vytvoření smart kontraktů, protože nebudou potřebovat pomoc externího specialisty, když jich bude sama několik mít.

Také by bylo možné využít smlouvy se smart kontrakty při poskytování advokátních služeb. V tomto případě by to mohlo fungovat následovně: Advokát by s klientem sepsal smlouvu, ve které by se zavázal poskytnout právní službu a klient poskytnout za tuto službu finanční plnění. Na splnění obou závazků by byl v rámci této smlouvy zřízen smart kontrakt, na uzamčený účet v daném smart kontraktu by klient zaslal předem dohodnutou finanční

částku (advokát by k ní v tuto chvíli neměl přístup, jen by zjistil, že tam je), advokát by poskytl právní službu a teprve poté by mu byl „odemčen“ účet spočívající na smart kontraktu. Mohlo by tak dojít k minimalizaci případů, kdy by advokát klientovi pomohl, avšak klient by neměl na zaplacení jemu poskytnutých služeb.

5 ZÁVĚR

Lze tedy na základě výše uvedených poznatků podnikatelům doporučit, aby při své činnosti do smluv zavedli i smart kontrakty? Odpověď na tuto otázku není jednoznačná. Při rizikových transakcích, kdy není jisté, zda bude z objektivních či subjektivních důvodů druhá smluvní strana plnit, je doporučeníhodné, aby podnikatel do smlouvy zavedl i smart kontrakt, který by motivoval druhou smluvní stranu, aby plnila řádně dle smlouvy. Podmínky ve smlouvě, a tedy i v samotném smart kontraktu, však musejí být definovány uvážlivě, neboť je složité je v průběhu transakce měnit. V některých případech navíc nejsou změny přípustné vůbec, proto je nutné věnovat pozornost a být obezřetný při vymezování podmínek daného smluvního vztahu.

Výhodou pro podnikatele je fungování výše zmiňovaných uzamčených účtů, na které budou nahrány finanční prostředky za dané plnění a které se podnikateli zpřístupní, jakmile splní to, k čemu se zavázal. Problém, zejména pro zákazníky, může nastat ve chvíli, kdy budou chtít uplatnit práva z vadného plnění. Jak bude ošetřeno, že jim bude poskytnuto jimi zvolené právo z vadného plnění, když nebudou tušit, zdali je osoba prodávajícího-podnikatele skutečná, nebo se jedná pouze o pseudonym. V tomto místě opět narážíme na problém pseudonymity spojený s digitálním světem.

Využití smart kontraktů se vyplatí zejména větším podnikatelům, kteří např. obstarávají klientům opakující se plnění. Nejsem přesvědčen, že by bylo výhodné využít smart kontrakty v aktuální podobě podnikateli, kteří mezi sebou nahodile uzavírají smlouvy o určitém, vždy jiném, plnění. Takto by bylo nutné vytvářet pro každou jednotlivou transakci stále nové smlouvy se smart kontrakty, což by se už jen z hlediska pořizovacích nákladů patrně nevyplatilo.

Samostatným problémem je využití současných, zákonem upravených platebních prostředků. Byl-li by smart kontrakt vložen do blockchainu, operovalo by se v takovém smluvním vztahu (v části, kdy by byl využit smart kontrakt) se státem neuznanými kryptoměny. I v tomto by tedy byla patrna výrazná decentralizace, která by *de facto* zcela vyloučila stát z role alespoň formálního kontrolora transakcí.

Literatura

- BAMBARA, J. J. a P. R. ALLEN. *Blockchain: A Practical Guide to Developing Business, Law, and Technology Solutions*. New York, San Francisco, Chicago, London, Milan, New Delhi, Sydney etc.: McGraw-Hill Education, 2018, 283 s.
- COHN, A., T. WEST a Ch. PARKER. Smart after all: Blockchain, Smart Contracts, Parametric Insurance, and Smart Energy Grids. *1 Georgetown Law Technology Review*, 2017, č. 1, s. 273–304.
- DE FILIPPI, P. a A. WRIGHT. *Blockchain and the Law*. Cambridge (Massachusetts), London: *Harvard University Press*, 2018, 312 s.
- GRIGG, Ian. The ricardian contract. In: *Electronic Contracting. Proceedings. First IEEE International Workshop on. IEEE*. 2004, s. 25–31. Dostupné z: <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/1319505>
- JUELS, A., A. KOSBA a E. SHI. The ring of Gyges: Investigating the future of criminal smart contracts. In: *Proceedings of the 2016 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security*. ACM, 2016, s. 283–295.
- MAY, T. C. *Crypto Anarchy and Virtual Communities*. Aptos, 1994. Dostupné z: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/crypto/cypherpunks/may-virtual-comm>
- RASKIN, M. The Law and Legality of Smart Contracts. *1 Georgetown Law Technology Review*, 2017, č. 1, s. 305–341.
- RITESH, M. *Solidity Programming Essentials: A beginner's guide to build smart contracts for Ethereum and blockchain*. Birmingham, Mumbai: Packt. 2018, 376 s.
- SKLAROFF, J. M. *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*. Philadelphia: Penn Law: Legal Scholarship Repository. Student Paper (Prize Winning Papers), 2018, s. 262–304.

SURDEN, H. Computable Contracts. *U.C. Davis Law Review*, Boulder, 2012, s. 629–700.

SZABO, N. Formalizing and Securing Relationships on Public Networks. *First Monday: Peer-reviewed Journal on the Internet*, 1997, č. 2. Dostupné z: <https://ojs.uci.edu/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>

WERBACH, K. a N. CORNELL. Contracts ex machina. *Duke Law Journal*, Durham, 2017, s. 101–170.

Contact – e-mail

427148@mail.muni.cz

Dopady digitalizace do autorského práva

Jan Zibner

Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Dopady digitalizace lze sledovat i v oblasti autorského práva, a to zejména s ohledem na narůstající využívání umělé inteligence a jejího potenciálu. Umělá inteligence je v řadě případů nedílnou součástí tvůrčího procesu vedoucího k autorským dílům. Jedním z problematických aspektů je přitom přístup této umělé inteligence k již existujícím dílům používaným pro „učení“ umělé inteligence, resp. užití takových děl, což může být teoreticky zásahem do práva autorského. Příspěvek v tomto kontextu mapuje institut užití díla ve svém autorskoprávním smyslu a dopady digitalizace v této oblasti.

Keywords in original language

Autorské právo; právo dílo užit; umělá inteligence.

Abstract

The impact of a digitalisation may be seen, among others, in the area of copyright law, especially concerning the increasing use of artificial intelligence and its potential. In many cases, artificial intelligence is an integral part of the creative process resulting in copyrighted works. One of the problematic aspects is the access of such artificial intelligence to the already existing works used for „learning” the artificial intelligence, i.e. the use of such works, which may theoretically be a copyright infringement. In this context, the paper maps the institute of the use of the work in its copyright sense and discusses the impact of digitalisation in this area.

Keywords

Artificial Intelligence; Copyright Law; Right to Use the Work.

1 ROLE UMĚLÉ INTELIGENCE

Umělá inteligence je jako software¹ v dnešní době užívána ve stále větším rozsahu, a ne jinak je tomu v případě autorského práva, kde je potenciál umělé inteligence využíván zejména při tvorbě autorských děl, popř. jiných hodnotných výtvorů.² Umělá inteligence slouží jako cenný pomocník, díky kterému mohou být vytvořena díla mnohdy k nerozeznání od děl tradičních³ a jejichž hodnota může zejména teď v „počáteční“ fázi jejího využívání značná. Typickým příkladem tvůrčího procesu, ve kterém hraje roli umělá inteligence, jsou interaktivní online platformy sloužící svým uživatelům k vytváření autorských děl.⁴ Nicméně umělá inteligence může být užívána i jen samostatně jako specializovaný software pro cílené tvoření konkrétního výstupu.⁵ Základním předpokladem efektivního fungování umělé inteligence a přínosu pro tvůrčí proces je však (s ohledem na převažující kombinatorickou⁶ a analogickou⁷ povahu tvůrčí činnosti umělé inteligence)⁸ mapování již existující materie,

- 1 Autor v příspěvku operuje s tímto chápáním na základě předcházejícího výzkumu. Ke shodnému vnímání umělé inteligence jako softwaru obecně srov. RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 3. vyd. Pearson, 2009, 1152 s.
- 2 Podle zpráv Světového ekonomického fóra lze sledovat vzrůstající trend implementace digitálních technologií a umělé inteligence do lidských činností ať už technologického, či jiného charakteru, s tím, že do roku 2025 má tato implementace zasáhnout až 50 % veškerých lidských činností (srov. PERISIC, Igor. How Artificial Intelligence Is Shaking up the Job Market. *World Economic Forum* [online]. Publikováno 17. 9. 2018 [cit. 15. 1. 2019]).
- 3 O tom, že se v případě těchto výstupů jedná o autorská díla svědčí zejména přítomnost lidské tvůrčí činnosti ať už na straně autora umělé inteligence, či potenciálního uživatele dané platformy (obecně srov. GINSBURG, Jane C. a Luke A. BUDIARDJO. Authors and Machines. *SSRN* [online]. Publikováno 20. 8. 2018 [cit. 15. 1. 2019]).
- 4 Příkladem mohou být platformy *Humtap* (Dostupné z: <https://humtap.com/>), *Amper Music* (Dostupné z: <https://ampermusic.com/>), *Shelley* (Dostupné z: <http://shelley.ai/>) či *DeepArt* (Dostupné z: <https://deepart.io/>).
- 5 Příkladem mohou být portrét *Edmonda Belamyho* (srov. de BELAMY, Edmond. From La Famille de Belamy. *Christies* [online]. Publikováno 25. 10. 2018 [cit. 15. 1. 2019]) či projekt *Next Rembrandt* (Dostupné z: <https://www.nextrembrandt.com/>).
- 6 Srov. BODEN, Margaret. Can Computer Models Help Us to Understand Human Creativity? *On the Human: A Project of the National Humanities Center* [online]. Publikováno 10. 5. 2010 [cit. 15. 1. 2019].
- 7 Obecně srov. BODEN, Margaret. Précis of the Creative Mind: Myths and Mechanisms. *Journal of Behavioral and Brain Science*, 1994, roč. 17, č. 3, s. 519–531; BODEN, Margaret A. Computer Models of Creativity. *AI Magazine*. 2009, roč. 30, č. 3, s. 23–34.
- 8 K tvůrčí činnosti umělé inteligence srov. ZIBNER, Jan. Tvůrčí činnost autora v kontextu technologického vývoje. Rigorózní práce. *Masarykova univerzita, Právnická fakulta* [online]. 2018, s. 75 a násl. [cit. 15. 1. 2019].

kteřá je užívána pro následné vytváření děl. Pokud bychom si uvedené chtěli demonstrovat konkrétně, lze si takové mapování již existujících děl představit například u vytváření hudební skladby ve stylu hudební skupiny *The Beatles* prostřednictvím typizované interaktivní online platformy, která ponechává dostatečný prostor uživateli pro realizaci vlastního nápadu, např. „zabrouká-ním“ vlastní melodické linky.

Klíčovou otázkou, která v souvislosti s mapováním jednotlivých děl (v podobě jednotlivých skladeb) vyvstává, je užití těchto skladeb a příslušné autorskoprávní peripetie. Jednalo-li by se totiž o užití v autorskoprávním slova smyslu, bylo by nutné dané skladby užívat pouze na základě smluv-ního oprávnění k výkonu daného práva, popř. na základě adekvátních výji-mek a omezení. V opačném případě by hrozil zásah do práv autora. Lze se přitom oprávněně domnívat, že v případě většiny takových platforem o užití na základě smluvního titulu nepůjde pro vlastní ekonomickou i časo-vou náročnost, která by veskrze omezovala dynamičnost a flexibilitu dané platformy.

Právě o užití díla v tomto kontextu příspěvek pojednává. Příspěvek nejprve představuje samotný institut užití díla s vymezením jeho základního obsahu a podstatných náležitostí. V návaznosti na to příspěvek hodnotí užití díla samotnou umělou inteligencí, popř. jejím autorem či jiným příslušným sub-jektem. Při analýze se příspěvek s ohledem na teritoriální omezenost práva duševního vlastnictví soustředí na systém autorského práva České repub-liky s nezbytným uniijním přesahem, přičemž přesah do osobnostních práv autora při takovém užití ponechává stranou.

2 UŽITÍ DÍLA

Potenciální zásah do autorského práva je podmíněn obsahem autorského práva samotného. Základním majetkovým právem autora je totiž výlučné právo dílo užit,⁹ prostřednictvím kterého autor realizuje své ekonomické zájmy týkající se autorského díla ve vztahu k veřejnosti. Postavení tohoto práva mezi dalšími majetkovými právy je dominantní svým významem

⁹ Srov. § 12 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Autorský zákon“).

i rozsahem,¹⁰ a to zejména s ohledem na otevřený výčet jednotlivých způsobů, jakými je možno dílo užit. Autorský zákon s ohledem na možnosti doby a technologický vývoj pojímá mezi právo dílo užit explicitně zejména právo na (i) rozmnožování díla,¹¹ (ii) rozšiřování originálu nebo rozmnoženiny díla,¹² (iii) pronájem originálu nebo rozmnoženiny díla,¹³ (iv) půjčování originálu nebo rozmnoženiny díla,¹⁴ (v) vystavování originálu nebo rozmnoženiny díla¹⁵ a hojně diskutované právo na (vi) sdělování díla veřejnosti.¹⁶

I přes tento otevřený výčet však samotné užití díla není *de lege lata* nikterak vymezeno, a to ani na národní, unijní či mezinárodní úrovni.¹⁷ Výklad je opřen jen o doktrinální uchopení.¹⁸ Výčet je demonstrativní, což sice na jedné straně umožňuje flexibilně reagovat na vývoj zejména na poli informačních technologií, na druhou stranu nabízí prostor pro debaty o rozsahu institutu užití díla a vlastních možnostech interpretace. Podle *Teke* mělo zavedení demonstrativního výčtu negativní vliv na nepřímé vymezování užití díla do té doby existujícím taxativním výčtem jednotlivých způsobů užití.¹⁹ Ve výsledku lze za užití díla považovat (i) způsoby užití, které jsou v § 12 odst. 4 Autorského zákona explicitně zmíněny, (ii) způsoby užití, které je možné s ohledem na jiná ustanovení Autorského zákona dovodit²⁰ či (iii) další způsoby užití, které nejsou explicitně zmíněny, nicméně které budou svým jednáním naplňovat znaky užití a budou přitom zprostředkovávat vnímání díla.²¹

¹⁰ Srov. SRSTKA, Jiří. Majetková práva autorská. In: SRSTKA, Jiří a kol. *Autorské právo a práva související*. Vysokoškolská učebnice. Praha: Leges, 2017, s. 94 a násl.; TELEČ, Ivo a Pavel TŮMA. *Autorský zákon: Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 165.

¹¹ Srov. § 13 Autorského zákona.

¹² Srov. § 14 Autorského zákona.

¹³ Srov. § 15 Autorského zákona.

¹⁴ Srov. § 16 Autorského zákona.

¹⁵ Srov. § 17 Autorského zákona.

¹⁶ Srov. § 18 a násl. Autorského zákona.

¹⁷ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 10. 2008, sp. zn. 30 Cdo 2277/2007.

¹⁸ Ačkoliv jednotlivé způsoby užití díla (a jednotlivá specifická práva) své legální definice mají a vzdáleně napomáhají jim nadřazený pojem *užití díla* (a právo dílo užit) definovat.

¹⁹ Srov. TELEČ, TŮMA, 2007, op. cit., s. 172. Na druhou stranu i tento taxativní výčet jednotlivých způsobů užití díla způsoboval četné interpretační problémy a praxe dovozovala spíše jeho demonstrativní podobu, a to s ohledem na sporné výklady související „*zejména s nezřetelným vymezením povahy užití díla v jiné než původní podobě*“ (srov. TELEČ, TŮMA, 2007, op. cit., s. 173).

²⁰ Jedná se zejména o užití díla v pozměněné podobě, díla zařazeného nebo spojeného (viz níže).

²¹ Srov. TELEČ, TŮMA, 2007, op. cit., s. 173.

Podle *Chaloupkové* se pak jedná o jakékoliv nakládání s dílem, jehož cílem je přímé naplnění účelu vzniku díla v podobě vnímání díla lidskými smysly.²² Dané užití se přitom vztahuje i na dílo netvůřícím způsobem pozměněné, tvůrčí činnostmi zpracované do podoby nového díla či dílo v souboru nebo ve spojení s dílem jiným, a to zejména s odkazem na mezinárodní předpisy a neodmyslitelnou spojitost užití díla s osobnostními právy autorskými.²³

S ohledem na majetkový charakter práva dílo užit se jedná primárně o pozitivní právo autora nakládat s dílem, ačkoliv dle doktríny neexistuje na výkon tohoto práva bezpodmínečný právní nárok; negativní (výlučnou) složkou je pak právo autora vyloučit třetí osoby z užívání vlastního díla.²⁴ Uvedené se navíc vztahuje ke každému takovému užití jednotlivě s ohledem na zásadu neodvislosti.²⁵ Samotné užití díla ale není vždy podmíněno poskytnutím oprávnění ze strany autora,²⁶ neboť vedle smluvního užití existuje i užití bezsmluvní, kdy lze užívat autorské dílo i s využitím institutu výjimek a omezení práva autorského dle specifických podmínek a zejména v souladu s třístupňovým testem.²⁷ Tolik skloňované užití na základě výjimek a omezení jako bezsmluvní užití díla však závěry o samotném užití nikterak neovlivní, neboť i v případě užití díla tímto způsobem je potřeba hledat konkrétní způsob samotného autorskoprávně relevantního užití,

22 Srov. CHALOUPKOVÁ, Helena a Petr HOLÝ. *Autorský zákon. Komentář*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 34 a násl.

23 Srov. TELEC, TŮMA, 2007, op. cit., s. 167 a násl.; CHALOUPKOVÁ, HOLÝ, 2017, op. cit., s. 35; obecně srov. LÖWENBACH, Jan. *Právo autorské. Komentované zákony Českéoslovenské republiky, svazek 22*. Praha: Československý kampus, 1927, 508 s.

24 Srov. TELEC, TŮMA, 2007, op. cit., s. 165 a násl.

25 Srov. § 2371 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Občanský zákoník“).

26 Starší terminologie používala spojení „svolení ke užití díla“ (srov. § 46 a násl. Autorského zákona ve znění účinném k 31. 12. 2013), které však v tomto kontextu nová právní úprava v Občanském zákoníku nepřevzala. Na druhou stranu je nutno upozornit na to, že aktuální právní úprava se svolením stále operuje, a to zejména v kontextu kvazi-licenčních omezení v podobě zaměstnaneckého díla (§ 58 Autorského zákona) a díla školního (§ 60 Autorského zákona), popř. v rámci osobnostních práv autorských (§ 11 Autorského zákona). V kontextu osobnostních práv má autor právo na nedotknutelnost díla, zejména právo udělit svolení k jakékoliv změně nebo zásahu do díla (srov. § 11 odst. 3 Autorského zákona).

27 Srov. § 29 Autorského zákona.

pro které aplikace výjimek a omezení pouze zakládá potřebný právní titul tam, kde se ho nedostává z pozice smluvního oprávnění.²⁸

Pokud je autorské dílo užito výše uvedeným způsobem, leč bez právního důvodu, může se jednat o zásah do autorského práva s příslušnými soukromoprávními,²⁹ správněprávními³⁰ či trestněprávními následky.³¹ Z toho důvodu je potřeba se v daném případě zabývat otázkou, zda se v případě nastíněného mapování děl jedná o užití díla, které by podmiňovalo hledání právního titulu k užití díla, či nikoliv.

3 UŽITÍ DÍLA UMĚLOU INTELIGENCÍ?

Vrátíme-li se zpět k uvedenému příkladu, pro možnost vytvoření skladby, která „by *zněla jako od Beatles*“, je potřeba zmapovat soubor jednotlivých děl této hudební skupiny, jejichž charakteristika bude posléze reflektována ve výsledném výstupu. Nezáleží přitom na obsahu souboru děl, která se budou tímto způsobem užívat (ať už se bude jednat o všechny skladby *The Beatles*, nebo jen vybrané úspěšné kusy s ohledem na popularizaci dané platformy). Ve chvíli, kdy budou skladby užity jako „trénovací sada“ pro umělou inteligenci,³² aby tento software s jejich užitím vytvořil obecný ideální model (jakýsi generický obraz skladby *The Beatles*) poté nabídnutý uživatelům k přetváření na základě jimi poskytnutých dat, je potřeba přistupovat k jednotlivým skladbám a tyto specializovaným způsobem použít.

3.1 Způsob užití díla

S ohledem na exkluzivitu majetkového práva dílo užít je potřeba pro potenciální zásah do tohoto práva právě *užití* díla. V uvedeném příkladu je však otázkou, jakým konkrétním způsobem užití by takové jednání bylo. Z explicitně zmíněných totiž není vhodný ani jeden ze způsobů, a to pro povahu mapování děl a převážný mechanický charakter Autorským zákonem explicitně

²⁸ Srov. PRCHAL, Petr. Výjimky a omezení práva autorského, náhradní odměny. In: SRSTKA, Jiří a kol. *Autorské právo a práva související*. Vysokoškolská učebnice. Praha: Leges, 2017, s. 124 a násl.

²⁹ Srov. § 40 a násl. Autorského zákona.

³⁰ Srov. § 105a a násl. Autorského zákona.

³¹ Srov. § 270 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

³² V tomto kontextu se též často hovoří o datasetech, zejména s důrazem na strojové učení.

upravených způsobů užití.³³ V případě vytváření generického obrazu nelze z podstaty věci hovořit o zhotovování rozmnoženiny, neboť se nejedná o zachycení díla do hmotného nosiče v žádné podobě, jak Autorský zákon předpokládá.³⁴ Ač právo na rozmnožování díla musí být chápáno široce,³⁵ pro povahové odlišnosti dané mapování nebude pod toto právo spadat. Stejně tak nelze předpokládat, že by takovým mapováním docházelo k rozšiřování díla, kde by docházelo k vytváření trvalých rozmnoženin a jejich uvádění do oběhu, jak předpokládá doktrína.³⁶ Zcela zcestné jsou i představy o pronájmu, půjčování či vystavování díla touto cestou. Sdělování veřejnosti pak i vlivem bohatého výkladu na úrovni Evropské unie jistě pokrývá problematiku zcela odlišnou než v daném případě.³⁷ Nejen z těchto důvodů je nutno tedy odmítnout užití díla explicitně jmenovanými způsoby.

Je však otázkou, zda právě demonstrativní výčet způsobů není v tomto kontextu relevantní ve svém nezmíněném rozsahu. S unijním návrhem směrnice o autorském právu na jednotném digitálním trhu³⁸ se totiž často hovoří o výjimce pro vytěžování textů a dat (*text and data mining*).³⁹ Tento Návrh je postaven na myšlence vytěžování textů a dat v oblasti vědeckého výzkumu a zachování kulturního dědictví coby prioritě Evropské unie.⁴⁰ V návaznosti na to byla představena daná výjimka pro účely komerčního vědeckého výzkumu, ale ve vztahu jen k některým uživatelům (viz níže), neboť s ohledem na nárůst automatizace je potřeba podporovat zejména výzkumnou obec a inovace.⁴¹ Vytěžováním textů a dat (tedy obecně autorských děl coby

³³ Srov. TELEC, TŮMA, 2007, op. cit., s. 174 a násl.

³⁴ Srov. § 13 Autorského zákona.

³⁵ Srov. recitál 21 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; bod 21 rozsudku Soudního dvora (čtvrtého senátu) ze dne 16. července 2009, *Infopaq International*, věc C-5/08.

³⁶ Srov. TELEC, TŮMA, 2007, op. cit., s. 190.

³⁷ Srov. MYŠKA, Matěj. Data a právo duševního vlastnictví. In: POLČÁK, Radim a kol. *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 124 a násl.

³⁸ Návrh Směrnice Evropského parlamentu a Rady o autorském právu na jednotném digitálním trhu COM/2016/0593 final – 2016/0280 (COD) (dále jen „Návrh“).

³⁹ Obecně srov. MARGONI, Thomas a Martin KRETSCHMER. The Text and Data Mining Exception in the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Why It Is Not What EU Copyright Law Needs. *Researchgate* [online]. Publikováno 2018, 7 s. [cit. 15. 1. 2019].

⁴⁰ V recitálu 5 Návrhu je navíc zdůrazňován i edukativní účel.

⁴¹ Srov. recitál 8 Návrhu.

dat určitým způsobem kvalifikovaných)⁴² se podle Návrhu rozumí „*jakákoli automatizovaná technika analýzy, jejímž cílem je analyzovat text a data v digitální podobě za účelem získání informací, jako jsou vzory, tendence a souvztažnosti*“. Definice tohoto jednání přímo odpovídá „užití“, které se prostřednictvím umělé inteligence ve vztahu k jednotlivým dílům provádí, neboť můžeme argumentovat tím, že pro tvorbu generického obrazu, který je informací a vzorem, jak předpokládáno, je užíváno analýzy dat ve kvalifikované formě.⁴³

Lze se tedy domnívat, že by dalším ze způsobů užití díla, které sice Autorský zákon pro autorská díla nezmiňuje, ale mlčky předpokládá,⁴⁴ mohlo teoreticky být právě vytěžování dat, a to zejména s ohledem na to, že zavedení této výjimky předpokládá právě takové nakládání s dílem. Nicméně jak shora uvedeno, samotné výjimky a omezení nové způsoby užití díla nezakládají, nýbrž jen poskytují právní titul při nedostatku smluvního oprávnění u již existujících způsobů užití děl a mnohdy se specifickým účelem.⁴⁵

Na tomto místě nutno zmínit, že aktuální znění čl. 3 Návrhu bohužel po všech úpravách nevyužilo potenciál, který se s výjimkou a obecně s tímto speciálním způsobem „užití“ díla pojil, a při mandatorní povaze samotné výjimky hovoří o „*vytěžování textů a dat z děl nebo jiných předmětů ochrany, ke nimž mají zákonný přístup, pro účely vědeckého výzkumu*“. To vše je doprovázeno nevyhnutelností jakéhokoliv smluvního ujednání v rozporu s touto výjimkou. Vytěžování textů a dat tak sice v rámci demonstrativního výčtu způsobů užití může rozšiřovat samotné možnosti užívání díla za daným účelem prostřednictvím automatické analýzy, ale nikterak nerozšiřuje okruh osob,

⁴² Obecně srov. MYŠKA, 2018, op. cit., s. 121 a násled.

⁴³ Uvedené navíc podporuje i popis datové analýzy předkládaný *Myskou a Harašton* v návaznosti na *Triailleho* vymezení (srov. MYŠKA, Matěj a Jakub HARAŠTA. Omezení autorského práva a zvláštních práv pořizovatele databáze v případě datové analýzy. *Časopis pro právní vědu a praxi* [online]. 2015, roč. 23, č. 4, s. 376 [cit. 15. 1. 2019].

⁴⁴ Navíc vytěžování je jedním z práv náležejících pořizovateli databáze z titulu zvláštního práva pořizovatele databáze (srov. § 90 Autorského zákona). Ač by se dalo teoreticky argumentovat tím, že mapování jednotlivých děl je vlastně mapováním souboru děl, nelze mít za to, že by daná materie byla databází, ke které by se vázalo zvláštní právo pořizovatele databáze, nýbrž se bude jednat o individuálně dostupná díla, která nebudou systematicky ani metodicky uspořádaná, což by dané právo zakládalo. Na druhou stranu, kdybychom dovozovali vznik zvláštního práva pořizovatele databáze k uspořádaným mapovaným dílům, kde by právo na vytěžování databáze náleželo tomu, kdo databázi pořídl (srov. § 88a Autorského zákona), povahově totožný problém by se nevyřešil, leč přesunul o krok zpět, a to k pořizování databáze jednotlivých děl.

⁴⁵ Srov. PRCHAL, 2017, op. cit., s. 124.

kteře by mohly dané dílo takovým způsobem užívat, neboť explicitně předpokládá předchozí legální přístup k vytěřžované materii.⁴⁶ Samotná výjimka proto zejména vlivem své účelové omezenosti znemožní vlastní aplikaci v daném případě mapování pro vytváření generického obrazu, neboť o inovativním účelu vědeckého výřžkumu nelze v daném případě v drtivé většině vůbec hovořit.

Užití díla v tomto smyslu dále polemizuje „užití“ díla bez reprodukce či zobrazení jeho vyjádření (*non-display use of work*), které stojí na rozlišování užití díla (*use of work*) a užití pro díla (*use on work*).⁴⁷ Podle *Borghi a Karapapa* lze v takovém případě pochybovat o tom, zda se v případě užití díla bez zobrazení jeho vyjádření jedná o „užití“ v autorskoprávním slova smyslu, a to pro nenaplnění znaků užití a pro sledování odlišných účelů (v kontextu českého doktríny zejména s ohledem na shora uvedené závěry *Chaloupkové*). Nicméně toto specifické (ne)užití je limitováno legitimním účelem ve vztahu k původnímu dílu a oprávněnými zájmy autora⁴⁸ (argumentací se uvedené blíží obsahu třístupňového testu v případě výjimek a omezení práva autorského), což v našem případě nejspíš aplikovatelné nebude.

3.2 Odpovědný subjekt

Dále je nutné uvědomit si subjektivý základ užití díla. Doktrína operuje v kontextu užití díla se subjektem, který dílo užívá a označuje ho jako *uživatel*; jedná se o (i) osobu, která skutečně dílo užívá, (ii) svým jednáním naplňuje znaky užití díla (viz výře) a (iii) která je za takové užití odpovědná.⁴⁹ Znak odpovědnosti je však relativizován, neboť jak upozorňuje *Telec*, za uživatele „nelze považovat zejména objednatel služby, pouhého poskytovatele zařízení či příjemce služby, ale ani návodce, organizátora či pomocníka“, ačkoliv u daných

⁴⁶ Tento legální přístup k materii je navíc reflexí judikatury Soudního dvora Evropské unie, podle které se výjimky a omezení aplikují jen na legálně jen na díla získaná z oprávněných zdrojů (srov. rozsudek Soudního dvora (čtvrtého senátu) ze dne 10. dubna 2014, *ACI Adam a další*, věc C-435/12; rozsudek Soudního dvora (čtvrtého senátu) ze dne 12. listopadu 2015, *Hewlett-Packard Belgium*, věc C-572/13).

⁴⁷ Obecně srov. BORGHI, Maurizio a Stavroula KARAPAPA. Non-display Uses of Copyright Works: Google Books and Beyond. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2011, roč. 1, č. 1, s. 21–52.

⁴⁸ Srov. BORGHI, KARAPAPA, 2011, op. cit., s. 52.

⁴⁹ Srov. TELEC, TŮMA, 2007, op. cit., s. 168.

osob není vyloučena odpovědnost za zásah do práva autorského.⁵⁰ Navíc osoba, která naplní znaky užití díla, ale nebude tak činit na vlastní odpovědnost, ale na odpovědnost osoby jiné, sice bude dílo užívat, ale odpovědná osoba bude odlišná. Z toho lze dovodit, že znak odpovědnosti je sice znakem kumulativním ve vztahu k užití díla, ale nemusí být adresován stejnému subjektu jako samotný akt užití.

Tážeme-li se výše, zda se bude jednat o užití díla umělou inteligencí nebo jejím autorem, který s její pomocí mapuje jednotlivá díla pro tvoření generického obrazu, je nutno uvést na adresu umělé inteligence následující. Aktuální podoba právního řádu nerozeznává umělou inteligenci na pozici subjektu právního vztahu, ani jako osobu, ani v jiné formě, a umělá inteligence je vnímání jen jako pouhý objekt. Postavení osob se však postupem času mění a stejně jako se dříve do postavení subjektu dostaly právnické osoby vlivem společenské potřeby, postupně se objevují tendence o prosazení umělé inteligence v této pozici s ohledem na nárůst jejich možností. Takový posun je však podmíněn řadou fundamentálních změn, zejména s ohledem na nutnou akceptaci právní osobnosti v případě umělé inteligence.⁵¹ V případě uživatele je navíc nutno fyzické osoby, která bude dílo skutečně užívat. Při notné dávce autonomie umělé inteligence tak sice může samotná umělá inteligence mapovat jednotlivá díla, ale o „užití“ se bude jednat až v případě operujícího subjektu, který určuje rozsah daného užití umělou inteligencí a u kterého bude v tomto kontextu též nutno hledat odpovědnost za dané jednání.⁵²

Ač je pluralita subjektů v případě užívání umělé inteligence obecně problémem a v případě autorského práva to jistě představuje výzvu pro jakékoliv závěry ohledně autorství výsledného díla,⁵³ v případě mapování děl pro potřeby vytváření generického obrazu je ve většině případů subjektem „užívajícím“ jednotlivá díla za výše uvedených předpokladů autor umělé

⁵⁰ Srov. TELEČEK, TŮMA, 2007, op. cit., s. 168.

⁵¹ Blíže srov. ZIBNER, Jan. Akceptace právní osobnosti v případě umělé inteligence. *Revue pro právo a technologie* [online]. 2018, roč. 9, č. 17, s. 19–49 [cit. 15. 1. 2019].

⁵² Srov. POLČÁK, Radim. Odpovědnost umělé inteligence a informační útvary bez právní osobnosti. *Bulletin advokacie* [online]. 2018, č. 11, s. 25 [cit. 15. 1. 2019].

⁵³ Obecně srov. GINSBURG, BUDIARDJO, 2018, op. cit.

intelligence, popř. autor dané platformy (pokud ta užívá cizí software) dle fakticity užívání díla.

Co do subjektového hlediska je tedy nutno vyloučit možnost umělé intelligence užívat dílo, a tedy v tomto smyslu zasáhnout do autorského práva. Na druhou stranu řešení této otázky není s ohledem na omezenou pluralitu subjektů nikterak složitou záležitostí.

3.3 Užití námětu a hudebního stylu

Možným argumentem, který by na první pohled mohl ospravedlnit nedostatek titulu pro vytváření generického obrazu, se může jevit užívání nikoliv jednotlivých děl, ale zpracování předlohy, tj. užití nechráněného prostého námětu a hudebního stylu *The Beatles*, který si nelze osobovat.⁵⁴ Tento argument by pak stál proti argumentu užití díla. Na rozdíl od zpracování díla⁵⁵ se v tomto případě jedná o užívání „slabého“ prvku, který autorským dílem není pro nenaplnění pojmových znaků. Užitím námětu či hudebního stylu kapely *The Beatles* by proto do autorského práva zasaženo nebylo.

Nicméně tento argument v daném případě nelze aplikovat, neboť daný typizovaný příklad předpokládá mapování děl, na základě čehož je hudební styl teprve zjišťován, modelován a v generickém obraze reflektován. Ano, v případě, kdy by byl tento obraz vytvářen jen za použití hudebního stylu skupiny či jen na základě myšlenek, které se ve skladbách objevují, jistě by se dal argument uzнат. Generický obraz je však vytvářen odlišně, kdy se hudební styl (sám o sobě nechráněný) teprve produkuje a je až účelem užití daného díla, nikoliv předmětem užití, což jednak vylučuje aplikaci tohoto argumentu, jednak nemůže výše uvedené závěry nikterak změnit.

⁵⁴ Srov. CHALOUPKOVÁ, HOLÝ, 2017, op. cit., s. 36. Námět je navíc jedním z atributů, který není autorským dílem a autorskoprávní ochrany nepoživá (srov. § 2 odst. 6 Autorského zákona). Od takto nechráněných „slabých“ prvků je však třeba odlišit „kvalifikované“ komodyty s přidanou tvůrčí hodnotou a jedinečným charakterem, čímž může být autorskoprávní ochrana i např. pro námět získána (srov. TELEČ, TUMA, 2007, op. cit., s. 67).

⁵⁵ Které navíc judikatura odlišuje od bezprostředního užití díla (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 4. 2007, sp. zn. 30 Cdo 739/2007).

4 ZÁVĚR

Zapojení umělé inteligence do tvůrčího procesu představuje nejednu výzvu autorskému právu. Příspěvek se soustředil na potenciální zásah do autorského práva v podobě práva dílo užit, a to skrze mapování děl použitých v rámci interaktivní online platformy pro vytváření generického obrazu pro následnou uživatelskou manipulaci. Na základě výše uvedeného lze konstatovat, že aktuální výčet jednotlivých způsobů užití díla není uspokojivý, neboť demonstrativní povaha tohoto výčtu ponechává až přílišný prostor interpretaci, která nemusí však být vždy žádoucí. S ohledem na to je otázkou, zda takové mapování bude užitím díla. V úvahu přicházejí prozatím dvě možné odpovědi, diametrálně odlišné.

Za předpokladu, že bude panovat shoda na vytěžování dat coby užití díla, které není Autorským zákonem zmíněné, leč je předpokládané (a tento předpoklad bude umocněn vlivem mandatorní výjimky v podobě vytěžování textu a dat), bude se jednat o užití díla, které je podmíněno smluvním titulem či titulem, který nabízejí případné výjimky a omezení. Dané užití díla by pak bylo prováděno nikoliv samotnou umělou inteligencí, jelikož ta nemá dostatek potřebných atributů pro pozici subjektu právního vztahu, nýbrž autorem umělé inteligence či autorem platformy, resp. fyzickou osobou, která takové jednání s umělou inteligencí iniciuje.

Pokud však shoda na vytěžování dat coby užití díla panovat nebude, pak se v případě mapování děl pro vytváření generického obrazu jednat nebude a ač se budou jednotlivá díla užívat, nebude mít takové počínání autorskoprávní relevanci. O zásah do práva dílo užit se tak jednat nebude. Takový závěr by však mohl mít nemalé následky ekonomického i motivačního charakteru, neboť by mohl negativně ovlivnit další tvorbu. V rámci neužití díla se dále dá vyloučit argument užití hudebního stylu a nikoliv děl samotných, a to s ohledem na střet účelu a předmětu samotného mapování. Pro vyloučení užití děl se navíc nedá nejspíš akceptovat ani teoretický koncept užití díla bez zobrazení vyjádření, kterýžto koncept v tomto případě selže pro nedostatek legitimacy.

Literature

- BODEN, Margaret A. Computer Models of Creativity. *AI Magazine*, 2009, roč. 30, č. 3, s. 23–34. ISSN 0738-4602.
- BODEN, Margaret. Can Computer Models Help Us to Understand Human Creativity? *On the Human: A Project of the National Humanities Center* [online]. Publikováno 10. 5. 2010 [cit. 15. 1. 2019]. Dostupné z: <https://nationalhumanitiescenter.org/on-the-human/2010/05/can-computer-models-help-us-to-understand-human-creativity/>
- BODEN, Margaret. Précis of the Creative Mind: Myths and Mechanisms. *Journal of Behavioral and Brain Science*, 1994, roč. 17, č. 3, s. 519–531. ISSN 0140-525X.
- BORGHI, Maurizio a Stavroula KARAPAPA. Non-display Uses of Copyright Works: Google Books and Beyond. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2011, roč. 1, č. 1, s. 21–52. ISSN 2045-9807.
- CHALOUPKOVÁ, Helena a Petr HOLÝ. *Autorský zákon. Komentář*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, 386 s. ISBN 978-80-7400-671-5.
- de BELAMY, Edmond. From La Famille de Belamy. *Christies* [online]. Publikováno 25. 10. 2018 [cit. 15. 1. 2019]. Dostupné z: <https://www.christies.com/lotfinder/prints-multiples/edmond-de-belamy-from-la-famille-de-6166184-details.aspx?from=sale-summery&intObjectID=6166184&sid=18abf70b-239c-41f7-bf78-99c5a4370bc7>
- GINSBURG, Jane C. a Luke A. BUDIARDJO. Authors and Machines. *SSRN* [online]. Publikováno 20. 8. 2018 [cit. 15. 1. 2019]. Dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3233885
- LÖWENBACH, Jan. *Právo autorské. Komentované zákony Československé republiky, svazek 22*. Praha: Československý kampus, 1927, 508 s.
- MARGONI, Thomas a Martin KRETSCHMER. The Text and Data Mining Exception in the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Why It Is Not What EU Copyright Law Needs. *Researchgate* [online]. Publikováno 2018, 7 s. [cit. 15. 1. 2019]. Dostupné z: <https://www.researchgate.net/publication/324779796>
- MYŠKA, Matěj. Data a právo duševního vlastnictví. In: POLČÁK, Radim a kol. *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, 656 s., s. 113–212. ISBN 978-80-7598-045-8.

- MYŠKA, Matěj a Jakub HARAŠTA. Omezení autorského práva a zvláštních práv pořizovatele databáze v případě datové analýzy. *Časopis pro právní vědu a praxi* [online]. 2015, roč. 23, č. 4, s. 375–384 [cit. 15. 1. 2019]. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cvp/article/view/5276>
- Návrh Směrnice Evropského parlamentu a Rady o autorském právu na jednotném digitálním trhu COM/2016/0593 final – 2016/0280 (COD).
- PERISIC, Igor. How Artificial Intelligence Is Shaking up the Job Market. *World Economic Forum* [online]. Publikováno 17. 9. 2018 [cit. 15. 1. 2019]. Dostupné z: <https://www.weforum.org/agenda/2018/09/artificial-intelligence-shaking-up-job-market/>
- POLČÁK, Radim. Odpovědnost umělé inteligence a informační útvary bez právní osobnosti. *Bulletin advokacie* [online]. 2018, č. 11, s. 23–30 [cit. 15. 1. 2019]. ISSN 1805-8280. Dostupné z: http://www.bulletin-advokacie.cz/assets/zdroje/casopis/2018/BA_11_2018_web.pdf
- PRCHAL, Petr. Výjimky a omezení práva autorského, náhradní odměny. In: SRSTKA, Jiří a kol. *Autorské právo a práva související*. Vysokoškolská učebnice. Praha: Leges, 2017, 416 s., s. 124–157. ISBN 978-80-7502-240-0.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 10. 2008, sp. zn. 30 Cdo 2277/2007.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 4. 2007, sp. zn. 30 Cdo 739/2007.
- Rozsudek Soudního dvora (čtvrtého senátu) ze dne 10. dubna 2014, *ACI Adam a další*, věc C-435/12.
- Rozsudek Soudního dvora (čtvrtého senátu) ze dne 12. listopadu 2015, *Hewlett-Packard Belgium*, věc C-572/13.
- Rozsudek Soudního dvora (čtvrtého senátu) ze dne 16. července 2009, *Infopaq International*, věc C-5/08.
- RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 3. vyd. Pearson, 2009, 1152 s. ISBN 978-0136042594.
- 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.

SRSTKA, Jiří. Majetková práva autorská. In: SRSTKA, Jiří a kol. *Autorské právo a práva související*. Vysokoškolská učebnice. Praha: Leges, 2017, 416 s., s. 94–115. ISBN 978-80-7502-240-0.

TELEC, Ivo a Pavel TŮMA. *Autorský zákon: Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007, 989 s. ISBN 978-80-7179-608-4.

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

Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění účinném k 31. 12. 2013.

Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

ZIBNER, Jan. Akceptace právní osobnosti v případě umělé inteligence. *Revue pro právo a technologie* [online]. 2018, roč. 9, č. 17, s. 19–49 [cit. 15. 1. 2019]. ISSN 1805-2797. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/revue/article/view/9067>

ZIBNER, Jan. Tvůrčí činnost autora v kontextu technologického vývoje. Rigorózní práce. *Masarykova univerzita, Právnická fakulta* [online]. 2018, 121 s. [cit. 15. 1. 2019]. Dostupné z: https://is.muni.cz/auth/th/g6t5k/Tvurci_cinnost_autora_v_kontextu_tecnologickeho_vyvoje.pdf

Contact – e-mail

jan.zibner@mail.muni.cz

Vědecká redakce MU

prof. Ing. Petr Dvořák, CSc. (předseda); PhDr. Jan Cacek, Ph.D.;
Mgr. Tereza Fojtová; doc. JUDr. Marek Fryšták, Ph.D.;
Mgr. Michaela Hanousková; doc. RNDr. Petr Holub, Ph.D.;
doc. Mgr. Jana Horáková, Ph.D.; prof. MUDr. Lydie Izakovičová Hollá, Ph.D.;
prof. PhDr. Mgr. Tomáš Janík, Ph.D.; prof. PhDr. Tomáš Kubíček, Ph.D.;
doc. RNDr. Jaromír Leichmann, Dr. rer. nat.; PhDr. Alena Mizerová;
doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D. ; doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.;
Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.; prof. RNDr. Ondřej Slabý, Ph.D.;
prof. PhDr. Jiří Trávníček, M.A.; doc. PhDr. Martin Vaculík, Ph.D.

Ediční rada PrF MU

doc. JUDr. Marek Fryšták, Ph.D. (předseda);
prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.; prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.;
prof. JUDr. Věra Kalvodová, Dr.; prof. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc.;
doc. JUDr. Petr Mrkývka, Ph.D.; doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.;
doc. JUDr. Ivana Průchová, CSc.; doc. JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D.

DNY PRÁVA 2018 – DAYS OF LAW 2018 ČÁST IV. – DOPADY DIGITALIZACE DO OBLASTI SOUKROMÉHO PRÁVA

**Eds.: prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., JUDr. Pavel Koukal, Ph.D.,
doc. JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D., JUDr. Jiří Valdhans, Ph.D.**

Vydala Masarykova univerzita
Žerotínovo nám. 617/9, 601 77 Brno
v roce 2019

Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity
Edice Scientia, sv. č. 653

1. vydání, 2019

ISBN 978-80-210-9328-7 (online : pdf)
www.law.muni.cz

MUNI
PRESS

MUNI
LAW



ISBN 978-80-210-9328-7



9 788021 093287