

Uveřejněno v časopise INSIDE, 2004, 2004, č. 11, s.40 – 43.

**Jakékoliv užití tohoto článku jinak, než pro vlastní potřebu, stejně jako šíření textu nebo jeho části jakýmkoliv způsobem, je přísně zapovězeno!**

## **Otázky a odpovědi k zákonu o některých službách informační společnosti**

*Ihned po vydání zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, se objevily dotazy, ale především pokusy poskytovatelů různých služeb, spojených s Internetem, o výklad zákona v jejich prospěch. Protože k některým otázkám se stanovisko autora zákona, Ministerstva informatiky, liší od stanoviska dozorového orgánu, Úřadu pro ochranu osobních údajů, přičemž ve skutečnosti definitivní výklad zákona může uskutečnit stejně pouze soud v konkrétní věci, považuji za nutné se podrobněji zabývat některými, na pohled nejasnými otázkami.*

*Otázky jsem získal jednak od různých subjektů, jednak zazněly na semináři, který 1.10.2004 uspořádalo MI ČR společně s ÚOOÚ a kde se ukázalo, že názory na některá ustanovení zákona resp. jejich výklad se opravdu liší.*

### **DEFINICE**

V minulém článku jsem definice popsal a učinil k nim komentář. Přesto probíhá diskuse o jejich výkladu, takže je třeba se i těmito základy zabývat znovu a podrobněji.

**Co všechno spadá do kategorie „služba informační společnosti“?** Jak vyplývá z definice, musí se jednat o službu, splňující SOUČASNĚ následující podmínky (skutkové podstaty):

- a) musí být *poskytovaná elektronickými prostředky*, tedy zejména prostřednictvím sítě elektronických komunikací, elektronických komunikačních zařízení, koncových telekomunikačních zařízení a elektronickou poštou, jak je uvedeno v § 2 písm. c) zákona. Tento nesystematický výčet jsem kritizoval v předchozím článku, nicméně logickým výkladem bychom dospěli k interpretaci, že jde o takové prostředky, kde dochází k elektronické komunikaci, neboli předávání zpráv s využitím elektrické vodivosti ve vakuu, plynech a pevných látkách (Akademický slovník cizích slov, Academia, Praha 1997). Z nepříliš vhodného výčtu prostředků také vyplývá, že tomu bude vždy, pokud bude na konci nějaké koncové telekomunikační zařízení (vzhledem k technickým principům alespoň do té doby, dokud nebude člověk schopen přijímat radiové vlny přímo do mozku), jakož i v případě, že se bude jednat o elektronickou poštu (zdůraznění pošty ještě jednou zvláštním uvedením vyplývá snad z toho, že odběremění pošty od nevyžádané komunikace je hlavním cílem zákona). Existuje zde i další výkladový problém: otázkou je, zda se tím myslí síť jakákoliv, nebo pouze veřejná, jako je Internet – osobně se sice kloním k výkladu, že jakákoliv, ale vzhledem k definici pojmu „komunikace“ ve Směrnici ES č. 2002/58/ES, o soukromí a elektronické komunikaci, a k definici použité v zákonu pro elektronickou poštu se zřejmě budeme muset přiklonit k výkladu užšímu, tj. že se jedná o přenos informací mezi určitým počtem smluvních stran pomocí *veřejné telekomunikační služby*;
- b) musí být *poskytovaná na individuální žádost uživatele podanou elektronickými prostředky*; nejedná se tedy o necílené rozhlasové či televizní vysílání – odpověď najdeme opět ve výše citované směrnici, kde podle čl. 2 písm. d) tento termín neznamená informace přenášené jako součást vysílání pro veřejnost prostřednictvím elektronické telekomunikační sítě, s tou výjimkou, že informace lze přiřadit k identifikovatelnému účastníku nebo uživateli, který tyto informace přijímá; takže

očekávaná digitální služba „video on demand“ již tento požadavek splňovat bude, stejně jako jej splňuje uživatel, připojený k Internetu; podrobnější výklad je ve Směrnici ES č. 2000/31/ES, o elektronickém obchodním styku, kde se v bodě 18. říká: „*služby informační společnosti zahrnují širokou oblast hospodářských činností, které probíhají on-line. Tyto činnosti mohou spočívat zejména v on-line prodeji zboží. Činnosti, jako je dodávka zboží jako taková nebo poskytování off-line služeb, zde nejsou zahrnuty. Služby informační společnosti se neomezují jen na služby, při nichž mohou být uzavírány on-line smlouvy, ale vztahují se rovněž, co se hospodářské činnosti týče, také na služby, které nejsou hrazeny těmi, kdo je obdrží, jako např. on-line informační služby, obchodní komunikace nebo služby, nástroje na vyhledávání dat, pro přístup k datům a zpracování dat. K službám informační společnosti patří také služby, které zprostředkovávají informace prostřednictvím komunikační sítě, nabízejí přístup ke komunikační síti nebo ukládají informace pocházející od uživatele služby. Televizní vysílání ve smyslu směrnice 89/552/EHS ani rozhlasové vysílání nejsou službami informační společnosti, neboť nejsou poskytovány na individuální vyžádání. Naopak službami informační společnosti jsou služby, které jsou poskytovány z místa na místo, jako je video na vyžádání nebo šíření obchodní komunikace elektronickou poštou. Použití elektronické pošty nebo rovnocenných komunikací například fyzickými osobami mimo rámec jejich podnikatelské, obchodní nebo profesní činnosti, včetně jejich použití pro uzavírání smluv mezi těmito osobami, není službou informační společnosti. Smluvní vztah mezi zaměstnancem a jeho zaměstnavatelem není službou informační společnosti. Činnosti, které pro svou povahu nemohou být vykonávány na dálku a elektronickou cestou, jako zákonná roční uzávěrka podniků nebo lékařská konzultace s nezbytným fyzickým vyšetřením pacienta nejsou službami informační společnosti*“;

- c) může, ale nemusí být poskytována za úplatu – zákon říká „zpravidla“, ale to nám neklade omezení, poskytovat službu bezúplatně či výměnou za něco jiného (např. svolení připojovat ke zprávám tzv. reklamní patičky – viz dále);
- d) musí být odeslána prostřednictvím sítě elektronických komunikací a vyzvednuta uživatelem z elektronického zařízení pro ukládání dat; podle názoru MI ČR stačí, aby „na konci drátu“ bylo tzv. koncové telekomunikační zařízení (viz výše) a jedná se o službu podle tohoto zákona; odvolává se přitom na čl. 13 Směrnice č. 2002/58/ES, kde se hovoří o „automatických telefonických přístrojích“); citují z názoru MI: „*Ustanovení § 7 zákona o některých službách informační společnosti je transpozicí článku 13 směrnice 2002/58/ES o ochraně soukromí v elektronických komunikacích. Tento článek se týká nevyžádané komunikace prostřednictvím služeb elektronických komunikací (viz definice "zpráva/komunikace" v článku 2 písm. d). Z toho plyne, že zahrnuje i nevyžádanou komunikaci prostřednictvím hlasové služby - telemarketing (oprávněnost tohoto výkladu je podpořena také recitálem 42 uvedené směrnice, kde se přímo hovoří o přímém marketingu formou "person-to-person voice telephony calls"). Provozování této služby pro šíření obchodních sdělení je ve smyslu uvedeného ustanovení zákona povoleno na základě předchozího prokazatelného souhlasu adresáta služby.*“ Podle mého názoru se sice možná MI tento článek transponovat pokusilo, ale – podíváme-li se na definici uvedenou v českém zákoně – zde se požaduje splnění dvou současně působících podmínek, tj. 1. odeslání prostřednictvím sítě elektronických komunikací, a současně 2. vyzvednutí uživatelem z elektronického zařízení pro ukládání dat; podmínka ad 2. při přímém telefonickém hovoru není naplněna, tudíž dle mého názoru ze zákona zákaz telemarketingu nelze dovodit.

Jeho provozovatel může bez výslovného předchozího souhlasu zavolat na ta telefonní čísla, jejichž uživatelé předem takovéto kontaktování neodmítli (např. zvláštním symbolem v telefonním seznamu – viz ust. § 5 odst. 6, 9 a 10 zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, ve znění pozdějších předpisů). Vhodné ovšem i zde bude ihned na začátku telefonního hovoru požádat o souhlas, přičemž samotnou žádost o souhlas není zřejmě možné považovat za obchodní sdělení. POZOR: již není možno nechat vzkaz na záznamníku a už vůbec ne poslat fax. Zákaz se samozřejmě vztahuje i na jiné prostředky umožňující tento druh komunikace (ICQ, SMS, pager apod.). Proto např. i upozornění mobilních operátorů formou SMS zpráv je nevyžádaným obchodním sdělením, pokud ovšem zákazník konkrétního operátora při podpisu smlouvy (příp. akceptací obchodních podmínek) již nesouhlasil s tím, že bude adresátem podobné obchodní nabídky.

**Co to je obchodní sdělení?** Problém nečiní první část definice, ta je podle všeho jasná všem příjemcům práva, nebo není-li, lze ji vyložit. Tak například dotaz v rámci průzkumu trhu či veřejného mínění není obchodním sdělením, pokud neobsahuje údaje vztahující se ke zboží, službám nebo vůbec ke konkrétnímu podniku; jinými slovy, dotazy „Uvedte, které mléko kupujete“ možné jsou, zatímco dotazy „Kupujete mléko z Madety“ nikoliv. Druhá věta § 2 odst. f) část před středníkem, která říká, co obchodním sdělením není, ale již tak jasná není. Práví se zde „*Za obchodní sdělení se nepovažují údaje umožňující přímý přístup k informacím o činnosti fyzické či právnické osoby nebo podniku, zejména doménové jméno nebo adresa elektronické pošty*“. Za nevyžádané obchodní sdělení nelze považovat zprávu o změně telefonního čísla, sídla nebo e-mailové adresy firmy. Ale jak tomu bude v případě, že zpráva bude obsahovat pouze odkaz na WWW adresu podnikatele a přitom zcela jistě bude mít za cíl, aby se adresát na tento web podíval a tím na sebe nechal působit reklamu, zda uvedenou?

V tomto případě se zákon poněkud odlišuje od směrnice č. 2000/31/ES, kde se uvádí: „*níže uvedené údaje jako takové nepředstavují formu obchodní komunikace: údaje umožňující přímý přístup k činnosti společnosti příp. organizace nebo osoby, jako zejména název domény nebo adresa elektronické pošty*“. Vidíme, že se oba texty liší v tom, že podle zákona jde o přímý přístup k informacím o činnosti, zatímco podle směrnice o přímý přístup k činnosti jako takové (viz anglický text „direct access to the activity of the company“). Podle mého názoru se jedná o různé situace – první je spíše obchodním sdělením, zatímco druhá pravděpodobně přístupem dovnitř společnosti za účelem objednání či dokonce čerpání určité služby, tj. např. na nějaký servisní intranet. Ale zde je opravdu každá rada drahá.

Z hlediska praktických otázek lze říci, že vlastní žádosti o souhlas se zasíláním obchodních sdělení, ve kterých se ještě nevyskytují žádné konkrétní informace o daném podniku, jeho výrobcích či službách, ale je v nich uveden jen název podniku a příslušná komodita, které by se měly případně budoucí sdělení týkat, by nemusela být považována za obchodní sdělení (viz ust. § 2 písm. f). Rovněž tak nikoliv oznámení o změně sídla, kontaktů, vstupu do konkursu nebo likvidace, fúzi, přeměně právní formy, povinné nabídce převzetí, konání valné hromady a jiných úkonech, které vyplývají ze zákona. I zde se ale bude hledět na přiměřenost; například dovedu si představit posouzení jednání společnosti, která cizím osobám (ne akcionářům) rozesílá svoji výroční zprávu e-mailem, jako rozesílání nevyžádaných obchodních sdělení, neboť pravým úmyslem společnosti bude, aby se informace o podniku, jeho úspěších, produktech apod. dostaly k potenciálním zákazníkům.

Jakékoliv jiné zprávy (pozvánky na akce společnosti, tiskové zprávy, nabídky školení) budou zcela jistě nevyžádaným obchodním sdělením.

## **ODPOVĚDNOST POSKYTOVATELŮ ZPROSTŘEDKOVATELSKÝCH SLUŽEB**

Diskuse k této části zákona se odehrává především k tomu, jak má poskytovatel služby reagovat, aby naplnil dikci zákona, případně aby nevznikla jeho odpovědnost. Otázkou teoretickou, leč rovněž vyslovenou, je o jakou odpovědnost se jedná, tj. co to vlastně znamená.

Z hlediska druhé otázky, ustanovení o vzniku odpovědnosti nepředstavuje nepřímou novelu platných právních předpisů. Podle názoru předkladatele zákona, s nímž se v tomto plně ztotožňuji, se jedná o blanketní ustanovení, které obecně odkazuje na jiné relevantní zákony, upravující odpovědnost. Těmi mohou být jak normy veřejnoprávní (trestní zákoník, zákon o ochraně osobních údajů apod.), tak soukromoprávní (zejména pak občanský zákoník a jeho ustanovení o náhradě škody).

Co se týká *poskytovatelů služby, jež spočívá v přenosu informací* (§ 3), pak odpovědnosti se zprostí vždy, když nebude žádným způsobem zasahovat do obsahu přenášené informace, ani nebude tím, kdo bude aktivně informace rozesílat k jím zvoleným příjemcům. Z tohoto hlediska by mohla být odvozena i odpovědnost „přidavačů reklamních patiček“ za vlastní zprávu, posílanou jejich prostřednictvím někým jiným, neboť změnili obsah přenášené informace. Takže aniž bych chtěl malovat čerta na zeď, mailová výzva příslušníkům skinheadské organizace „*Pojďme dnes zmlátit Cikány*“, ve freemailu doplněná reklamou „*Kupte si ledničku XYZ*“ by mohla být z hlediska tohoto ustanovení zákona přičítána k tíži nejen zmíněným skinheadům, ale i poskytovateli této služby. Pokud tedy poskytovatel naplní podmínky uvedené v § 3, odst. 1, tj. některou z podmínek uvedených ad a) až c), je odpovědný za obsah přenášených informací, které poskytují jiní uživatelé (Internetu). Toto ustanovení transponuje článek 12 směrnice 2000/31/ES o elektronickém obchodu.

Co se týká poněkud záhadného *přenosu informací automaticky dočasně meziukládaných*, jedná se o činnost, podle originálu směrnice nazývané jako „caching“, jehož se využívá jako ochrana před přetěžováním některých serverů resp. jako nástroje pro rychlejší či rovnoměrnější přenos dat v rozsáhlé a složité síti (typicky v Internetu). Pravděpodobně by se do této kategorie dala zařadit i činnost vyhledávačů, jak jsem upozorňoval v předchozím článku. Ustanovení § 4 zákona zavádí odpovědnost provozovatele takovéto cache, pokud naplní skutkovou podstatu podle kterékoliv varianty, popsané pod písm. a) až e). Naopak z toho pro něj vyplývají povinnosti, a to následující: a) nezasahovat do obsahu uložených dat; b) nerespektuje podmínky pro přístup k informacím – tj. např. umožní uživatelům mladším osmnácti let přístup na erotické servery; c) neaktualizuje informace podle obvyklých zvyklostí; d) nebude se pokoušet získávat údaje (o uživatelích) nad rámec obvyklých zvyklostí; e) neodstraní ihned informace, které byly jejich původním zdrojem staženy nebo zablokovány soudním rozhodnutím. Upozorňuji důrazně na požadavek ad e), kde se výslovně říká „ihned“. Toto ustanovení transponuje článek 13 směrnice 2000/31/ES o elektronickém obchodu.

Třetí druh služby, spočívající v *ukládání obsahu informací poskytovaných uživatelem*, spočívá v činnosti, označované jako „hosting“, neboli jde o informace ukládané na zakázku uživatele. Dle mého názoru se toto ustanovení vztahuje jak na poskytovatele služby webhostingu (kdy poskytovatelé služeb umožní uživatelům, aby uložili svá data na servery poskytovatele), ale i na jiné způsoby ukládání dat u někoho jiného (u poskytovatele), pokud se bude jednat o činnost, spadající svým charakterem do služeb informační společnosti. Tedy bude do toho patřit i webhousing (hostování celých

serverů), ale možná – podle konkrétní situace – i jiné činnosti, např. provoz datových skladů.

V důvodové zprávě k návrhu zákona se říká: „*Není rozumné požadovat od poskytovatelů, aby při vysokém počtu uživatelů a vysokém objemu uložených dat zjišťovali a posuzovali legálnost či nelegálnost veškerého obsahu uložených informací. Je věcí a odpovědností samotných uživatelů, jaký obsah ukládají na poskytnutém serverovém prostoru. Poskytovatelé proto nemají povinnost aktivně monitorovat materiály, které jsou na jejich serverech uloženy. Pokud se však poskytovatel dozví o protiprávní povaze obsahu, a neučiní veškeré možné kroky vedoucí k odstranění či zneprístupnění takového obsahu, stává se odpovědným za obsah uložených informací.*“ S tím se lze zcela ztotožnit.

Poskytovatel této služby bude odpovědný, pokud nastane jeden ze dvou případů:

1. mohl-li vzhledem k předmětu své činnosti a okolnostem a povaze případu vědět, že obsah ukládaných informací nebo jednání uživatele jsou protiprávní – toto ustanovení by bylo poněkud rizikové, pokud bychom neměli v zákoně ust. § 6 (viz dále); jinak lze říci, že by tato situace pravděpodobně nastala v případě poskytování takové webhostingové služby, jejíž součástí je i vytvoření webu, kdy by se nutně musel poskytovatel služby seznámit s obsahem informací, které mají být zveřejněny, a kdy by mu musela být zřejmá protiprávnost jejich obsahu;

2. poskytovatelova odpovědnost vzniká i v druhém případě, a to dozvěděl-li se prokazatelně o protiprávní povaze obsahu ukládaných informací nebo o protiprávním jednání uživatele a neprodleně neučinil veškeré kroky, které lze po něm požadovat, k odstranění nebo zneprístupnění takovýchto informací. V tomto případě se musí prokazatelně dozvědět (tj. na základě jakéhokoli podnětu, jemu zasláno), že by něco nemuselo být v pořádku, a pokud nazná, že tomu tak je, je povinen neprodleně zareagovat (zablokovat či vymazat informace). „Neprodleně“ je běžný právní termín a myslí se tím „při nejbližší možné příležitosti“. Tedy pokud někdo nabízí služby přístupu 24x7 s nepřetržitým dohledem mělo by se jednat o minuty, pokud se bude jednat o statický server, který někdo spravuje jednou týdně (např. na základě smlouvy o provedení práce), pak je logické, že se nebude předpokládat stejně rychlá reakce, jako v předchozím případě, nicméně vyjádření typu „až pojedou kolem, tak se zastavím a spravím to“ asi nebude považována za uspokojivou.

*Poskytovatel služby ale odpovídá vždy za obsah uložených informací v případě, že vykonává přímo nebo nepřímo rozhodující vliv na činnost uživatele.* Zde zákonodárce (ale i původní Směrnice č. 2000/31/ES) nepočítal s tím, co zná obchodní zákoník a co je dnes velice sledováno: zda se nejedná o propojené (ovládané, ovládající, personálně spojené apod.) osoby. Může totiž dojít k případu opačnému, tj. uživatel bude vykonávat vliv na poskytovatele a ten se bude zprošťovat odpovědnosti s poukazem na odst. 1 § 5. Ust. § 5 a 6 transponují články 14 a 15 směrnice 2000/31/ES o elektronickém obchodu.

Objevila se otázka opačná: **co když poskytovatel nesprávně vyhodnotí obsah informací, zablokuje je a uživatel, který je uložil, bude požadovat náhradu jemu vzniklé škody?**

Podle mého názoru je to podnikatelské riziko poskytovatele, aby správně vyhodnotil danou situaci, případně, není-li si jistý, si opatřil vyjádření odborníka (právníka, znalce, Rady pro reklamu) či příslušného státního orgánu (policie, státního zastupitelství, Rady pro rozhlasové a televizní vysílání apod.) a podle toho postupoval. Každý podnikatel se dnes a denně dostává do situací, kdy musí rozhodovat či posuzovat, zda

to, co se chystá udělat, je či není v souladu se zákonem; nejedná se tedy o nějakou novou, zvláštní a neobvyklou povinnost podnikatele.

Postup opačný, tj. dokud nemám v ruce soudní rozhodnutí, nic nestáhnou, je ale daleko rizikovější. Pokud bude prokázáno, že byl poskytovatel upozorněn na obsah informací a tento obsah je zjevně protiprávní, pak by mohl být volán k odpovědnosti jako spolupachatel či pomocník trestného činu.

Jako nejvhodnější řešení vidím mít s uživateli takové smlouvy, které mi umožní při podezření na protiprávnost informací tyto zablokovat, aniž bych tím dal šanci vystavit se sankci ze strany objednatele služby, či dokonce požadavku na náhradu škody. Tato formulace ale musí být formulována profesionálem – právníkem, aby byla opravdu platná a účinná.

## ŠÍŘENÍ OBCHODNÍCH SDĚLENÍ

Nejvíce sporů je okolo šíření obchodních sdělení. Jak jinak, vždyť jde o obchod, tedy o peníze. Už jsme si minule řekli, že zákon rozlišuje již existující zákazníky a cizí osoby. Přesto i k tomuto se vrátím. A nebude na škodu si rozebrat ust. § 7 zákona do slova slovo od slova.

Je třeba si nejprve uvědomit, že tento zákon je v oblasti elektronické komunikace zvláštním zákonem k obecné úpravě, jež je provedena zákonem č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, ve znění pozdějších předpisů, ale i zákonem č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, ve znění pozdějších předpisů. Znamená to, že i když splňuje šířitel sdělení povinnost uloženou správci dat podle § 5 zákona č. 101/2000 Sb., tj. má souhlas se zpracováním osobních údajů podle tohoto zákona, pak to neznamená, že by tímto měl i souhlas se zasíláním nevyžádaných obchodních sdělení podle zákona č. 480/2004 Sb. Účel dle zákona č. 480/2004 Sb. je jiný, nežli podle zákona č. 101/2000 Sb. – znemožnění zasílání zpráv způsobem, který vytváří náklady na straně adresáta. Zákon č. 480/2004 Sb. pouze připouští, aby podnikatel oslovil své zákazníky a požádal je o souhlas podle tohoto nového zákona.

A aby bylo jasno: zákazník je stávající zákazník; adresát je osoba, která nemusí být zákazníkem. Přitom pojem „zákazník“ není třeba nijak definovat, jedná se o notorietu, s níž pracují jiné zákony, a to včetně občanského zákoníku – viz ust. § 852a a násl. – a kterou lze chápat např. jako „osoba, s níž byl nebo je podnikatel v závazkovém vztahu, který vznikl v souvislosti s předmětem podnikání podnikatele a za účelem naplnění požadavku zákazníka“). Jde o překlad slova „customer“, které lze přeložit jako klient, obchodní partner, objednatel, odběratel, spotřebitel či zákazník, přičemž zákazníkem nemusí být pouze fyzická, ale i právnická osoba, a nemusí být – na rozdíl od pojmu „spotřebitel“ (viz ust. § 52 a násl. občanského zákoníku), chápán jako osoba, která při uzavírání a plnění smlouvy nejedná v rámci své obchodní nebo jiné podnikatelské činnosti.

**Pro zákazníky** platí režim podle § 7 odst. 1, tedy ani stávající zákazníci nelze bez předchozího souhlasu obtěžovat nevyžádanými obchodními sděleními a zákazník musí mít možnost jednoduchým způsobem, zdarma nebo na účet odesílatele toto zasílání odmítnout. V kontextu s odst. 2 je zřejmé, že se musí jednat o zákazníky existující (před zasláním sdělení), tedy nikoliv zákazníci potenciální, které chce svojí nabídkou podnikatel teprve získat.

Zajímavější je odst. 2, který se týká **všech adresátů, nejedná-li se o zákazníky** podle odst. 1. Obsahuje totiž dva zákazy, které pouze na první pohled jsou totožné, leč zřejmě tomu tak nebude. Text zní takto: „*Nejde-li o komunikaci s existujícím zákazníkem, je elektronické prostředky zakázáno použít pro šíření nevyžádaných obchodních sdělení; nevyžádané šíření obchodních sdělení není povoleno bez proka-*

*zatelného souhlasu adresáta.*“ Adresátem se myslí kdokoliv; zákon zakazuje obtěžovat tímto způsobem nejen fyzické osoby, ale i osoby právnické.

V části před středníkem se zakazuje použití elektronických prostředků pro šíření nevyžádaných obchodních sdělení. Jak jsem již napsal dříve, toto je absolutní zákaz zasílání nevyžádaných obchodních sdělení. Na semináři se diskutovalo, co to je šíření a zda je nějaký rozdíl mezi šířením a zasíláním. Směrnice 2000/31/ES pracuje v čl. 7 s pojmem „obchodní komunikace“, v preambuli používá jednou šířit a jednou zasílat. Čeština jako jazyk daleko bohatší, rozlišuje sice šířit, jako sdělovat více příjemcům, uvádět ve známost u většího počtu lidí (Slovník spisovné češtiny, Academia, Praha 1978), zatímco za jednorázový, dokonavý akt je považováno zaslání, na rozdíl od zasílání, které může být chápáno jako opakované zasílání, a to v čase nebo místně, tj. vlastně šíření.) Jinými slovy, kdyby zákonodárce resp. navrhovatel použil v tomto případě místo „šíření obchodních sdělení“ pojem „obchodní komunikace“, byť třeba méně český, leč doslova dle směrnice, čímž by se úskalí možnosti, že soudy budou hloubat nad tím, zda zasláním došlo k šíření, zcela vyhnul.

Za středníkem se ale (i k mému překvapení) hovoří o něčem poněkud jiném: místo šíření nevyžádaných obchodních sdělení zde najednou máme *nevyžádané šíření obchodních sdělení*. Je to opravdu totéž? Jazykově to lze vnímat odlišně: v prvním případě se nikdo nedožadoval nějakého obchodního sdělení, ve druhém případě nikdo nepožadoval šíření (těchto sdělení). Podíváme-li se do směrnice 2002/58/ES, pak se zde praví, že „*bezplatná nevyžádaná komunikace pro účely přímého marketingu, v případech odlišných od těch uvedených v odstavcích 1 a 2, není povolena*“, což odpovídá originálnímu textu „*free of charge, unsolicited communications for purposes of direct marketing, in cases other than those referred to in paragraphs 1 and 2, are not allowed*“. Jsme trochu jinde.

Z hlediska výkladu teleologického, tj. podle smyslu právní úpravy a s přihlédnutím k formulaci, použité ve směrnici, která je tímto zákonem implementována, bychom se mohli klonit k výkladu, že se tím myslí totéž: zasílání obchodních sdělení adresátům, kteří si o ně neřekli či je jakýmkoliv jiným způsobem nevyprovokovali (nevyžádali). Opět ale, stejně jako výše, nebudu překvapen, když brilantnější právnické mozky, např. našich vrcholových soudů, dojdou k názoru odlišnému.

**Kdy se stane z obchodního sdělení vyžádané**, záleží na mnoha okolnostech. Nestačí jen sdělit svůj kontakt podnikateli, ale musí být sdělen takovým způsobem, aby nikdo nemohl pochybovat o tom, že se tak stalo za účelem obchodní komunikace. Čili vyplnění formuláře na webu, stejně jako zaslání e-mailu s poptávkou či nabídkou je oním „žádacím“ aktem. V čem nepanuje shoda, je použití adres obdržených na návštěvce. Podle mého názoru ten, kdo někomu předá návštěvku, tak zcela zřejmě činí s úmyslem, aby jej případně dotyčný mohl kontaktovat. Zřejmě asi nebude možné nakládání s návštěvkami posuzovat obecně; vnutím-li ji slečně, s níž bych se rád seznámil, pak asi neočekávám, že mi začnou chodit nabídky na pronájem jeřábu. Vhodím-li ale návštěvku do krabice na party pořádané dovozci vín, musím očekávat, že mi dříve nebo později v poště (listovní či elektronické) přistane jejich nabídka. Povinnost mít k dispozici *prokazatelný souhlas* ale klade na podnikatele přece jen větší požadavky, než jen mít seznam adres, o kterých bude tvrdit, že je dostal na vizitkách, které nechal přepsat do počítače.

Co se týká odst. 3 v § 7, zde zákon obsahuje ještě **zákazy, týkající se šíření obchodního sdělení**, které znesnadňují život spamérům, resp. usnadní odhalování a dokazování jejich činnosti. Jedná se o zákazy, z nichž platí každý samostatně a bez ohledu na to, zda má odesílatel souhlas adresáta či zákazníka. Zatímco ad b) a c)

nejsou zřejmě pochybnosti o výkladu, byla diskutována otázka, jak zajistit požadavek ad a), tj. *zřetelně a jasně označit elektronickou poštu jako obchodní sdělení*.

Co se týče označení emailu jako obchodního sdělení, musí být toto označení uvedeno přímo v předmětu emailu – viz také bod č. 44 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES, kde se praví: „*určité systémy elektronické pošty umožňují, že účastník vidí odesílatele a předmět zprávy v elektronické poště a může zprávy smazat, aniž by musel přijmout obsah elektronické zprávy či její přílohy, čímž se sníží náklady, které by mohly vzniknout při stahování nevyžádané elektronické pošty či příloh*“.

Problém vzniká např. u SMS, kde podnikatelé namítají, že je v praxi téměř nemožné, aby byly tyto formální náležitosti splněny při každém zaslání SMS zprávy, a to s ohledem na počet znaků zprávy. Další informace jsou údajně zcela nad rámec technických možností SMS zpráv. Podle mého názoru, zda to je nebo není možností SMS, nás z hlediska zákona nezajímá. Je na odesílateli, aby respektoval zákon, a jak to udělá, je jeho věcí. Jako snad jedinou, byť okrajovou možnost, vidím situaci, kdy bude na SMS poslána zpráva, že tam a tam (na určité WWW adrese) je nabídka a ať se příjemce tam podívá, pokud má zájem. Ale i v tomto případě by SMS zpráva měla být – a to hned coby první slovo, které adresát uvidí, tj. název odesílatele – označena jako reklama.

## **REKLAMNÍ PATIČKY**

Reklamní patičky jsou texty, které poskytovatelé telekomunikačních služeb připojují ke zprávám, které zprostředkovávají. Jejich model podnikání je postaven na tom, že určité skupině osob (uživatelé) poskytují nějakou službu zdarma (freemail, SMS), a pobírají příjmy od jiných osob (jejich zákazníci), neboť součástí dopravovaných zpráv je jejich reklama či jiná obchodní sdělení, která se takto dostávají jak k uživatelům, tak k příjemcům zpráv (adresáti).

Podle mého názoru je třeba rozlišit dvě situace právě podle toho, **komu je zpráva doručována**:

1. poskytovatel doručuje zprávy svým uživatelům, kteří s ním mají smlouvu; to je jednodušší, neboť pak platí § 7 odst. 1 zákona, neboli poskytovatel musí mít **předem jejich prokazatelný souhlas** k takovému využití svého elektronického kontaktu, a uživatelé musí mít možnost **jednoduchým způsobem** jej kdykoliv odvolat; poskytovatel může připojovat obchodní sdělení jak svoje, tak svých zákazníků;

2. pokud poskytovatel doručuje zprávy na jiné mailové adresy (nejsou to jeho uživatelé, ale jsou to „cizí“ adresáti), pak bez ohledu na souhlas odesílatele (ten je irelevantní) není možné ke zprávě připojit jakékoliv obchodní sdělení, neboť podle § 7 odst. 2 nejde-li o případ podle odst. 1, je elektronické prostředky zakázáno použít pro šíření nevyžádaných obchodních sdělení; **nevyžádané šíření obchodních sdělení není povoleno bez prokazatelného souhlasu adresáta**.

A to je jádro pudla: pokud dostanu SMS či e-mail od známého či dokonce neznámého člověka, k němuž mi poskytovatel e-mailové služby ještě připojí reklamu na televizi, pak se zcela jistě jedná o obchodní sdělení, k němuž jsem nedal souhlas (a není podstatné, že tento způsob prznění zpráv odsouhlasil odesílatel). Navíc taková zpráva není označena jako obchodní sdělení a já nemám žádnou možnost donutit poskytovatele, aby mi ji neposílal.

Protiargumenty, které se vyskytují, tj. že by případně mohl tu reklamní patičku tam vkládat přímo (nějakým kliknutím) odesílatel, jsou podle mne účelovým překrucováním smyslu této právní úpravy a zcela jistě by byly kvalifikovány jako nepřilíš nápadí-

tý pokud, jak zákon obejít. Je třeba si totiž odpovědět na otázku, v čí prospěch slouží rozesílání patiček, neboli kdo za ně inkasuje?

Obávám se, že poskytovatelé těchto služeb budou muset svůj obchodní model pozměnit: „opatičkovávat“ pouze své vlastní uživatele, kteří jim k tomu, pravděpodobně v rámci všeobecných obchodních podmínek, dají souhlas. Expandovat rozesílání na základě tohoto souhlasu na třetí osoby není možné. Jiný výklad, např. s tím, že jde jen o pár znaků či slov a výše uvedeným zákazem zanikne společensky žádoucí služba (jak jsem slyšel na semináři), je podle mého názoru nepřipustnou extenzí práva. Vždyť žádné omezení na délku patičky zákone nemá (takže už vidím mnohakilobytové multimediální patičky), a co se týká společenské prospěšnosti této služby, mám o ní – vzhledem k velmi častému zneužíváním anonymně založených freemailových účtů – jisté pochybnosti.

Vladimír Smejkal