

ACTA nejsou akta ani akty

Prof. JUDr. Ivo Telec, CSc.

Padl *Megaupload*. Úředně skončil provoz obřího elektronického úložiště „informací“ a „dat“ zpřístupňovaných podnikateli veřejnosti k hromadnému stahování. Namísto filmů a hudby si můžeme napříště stáhnout znak FBI. Jedná se o esteticky působící zásah státu! Servery několika vlád nebo ministerstev neodolaly nepřátelským útokům. Zahltily se úmyslným útočným přetížením a dočasně přestaly pracovat. Co se to všechno děje? Nic zvláštního, jen k nám přišla ACTA.

I. ACTA na síti

Málokterá mezinárodní smlouva má u části společnosti tak špatnou pověst jako mnohostranná **Obchodní dohoda proti padělatelství** (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) z roku 2011, v anglické zkratce ACTA, kterou Česko v lednu 2012 podepsalo v Tokiu. A to tato dohoda ještě ani nevstoupila v platnost! Obchodní dohoda má vázat Japonsko, Koreu, Austrálii, Nový Zéland, Kanadu, Maroko, USA, Mexiko, Singapur, Švýcarsko a EU a její členské země. Signatářů je již asi **31**. Nepřekvapuje, že stranou stojí Čína, Indie a Brazílie, které nebyly přizvány, a také Rusko, jež teprve nyní vstupuje do Světové obchodní organizace založené před osmnácti lety. Dohoda ACTA byla sjednána mezi některými členy Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD) a zároveň mezi převážně „tvrdým jádrem“ Světové obchodní organizace.

Obchodní dohoda proti padělatelství (ACTA) má platit **mimo** Světovou obchodní organizaci (WTO) i **mimo** Světovou organizaci duševního vlastnictví (WIPO). Dohoda ACTA má **oproti** velmi **podobné** Dohodě o obchodních aspektech práv k duševního vlastnictví (TRIPS) z roku 1994,¹ která je vázána na Světovou obchodní organizaci, právně politickou **výhodou**, že lze, aby k ní přistupovali i nečlenové Světové obchodní organizace, a to podle konkretizovaných **vysokých standardů** prosazování práv duševního vlastnictví, jaké známe např. z EU od roku 2004. V tomto srovnání je Dohoda ACTA politicky **pružnější** a zároveň **zpřísňuje či rozšiřuje dosavadní standardy** dle Dohody TRIPS z roku 1994. Srov. též mezinárodněprávní jev zvaný TRIPS-plus, kdy dvoustranné nebo vícestranné smlouvy mezi **některými** členy Světové obchodní organizace (a tedy i mezi signatáři Dohody TRIPS) ovlivňují právní poměr i vůči **třetím** zemím. Nutno dodat, že dosavadní Dohoda TRIPS byla přijata v roce 1994, tj. v době, kdy dnešní „společnost sítí“ ještě nebyla rozvinuta. Hlavním autorskoprávním problémem vyspělých zemí tehdy byla práva k počítačovým programům, resp. počítačové právo jako takové. Vždyť teprve v roce 1992 došlo k prvnímu běžnému připojení k internetu z Československa, a to prostřednictvím sálového, nikoli osobního, počítače.

Dohodě ACTA je vytýkáno mnohé. Právem i neprávem. Právem snad to, že byla

¹ Komentář k této dohodě viz *Correa, C. M.: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Commentary on the TRIPS Agreement. Oxford: Oxford University Press 2007.*

vyjednávána v jedenácti kolech v **režimu státem utajovaných skutečností** ve stupni „vyhrazené“ na přání jednoho ze států.

Ačkoli takovýto postup **nebyl** občansky legitimní ani obvyklý, a to nejen s ohledem na parlamentní orgány EU, které samy moc nevěděly, jak vyjednávání pokračují, do značné míry jej chápou. Část „společnosti sítí“ totiž vnímá tuto dohodu jako vskutku mimořádnou pohromu. Podotýkám, že zhora nepatříčně, což dále mírně rozvedu. V průběhu vyjednávání proto bylo možno reálně očekávat **hrozbu i dokonání násilných útoků** namířených proti politické vůli přijmout takovouto mezinárodní smlouvu a proti příslušným státním institucím.

Také bych byl nerad, jestliže by mi násilníci třeba i opakovaně úmyslně útočili na počítačový server (majetek) s cílem ovlivnit mezinárodní politické a právní dění ve svůj zájmový prospěch. Nedivím se proto neobvyklosti způsobu přijímání této mezinárodní smlouvy. Politický pláč některých evropských poslanců mi proto přijde poněkud nepatříčný. Ocitli jsem se totiž v ohnisku počínající globální kybernetické války. Jen malé a poměrně mírné a občasné války ... zatím. Nikoli však války „studené“, ale „horké“, bojované naostro. Války se škodami na majetku, chodu států i některých soukromníků, kteří prosazují „jiný názor“ než pobouřený dav či ideologičtí „piráti“ anebo zloději. – Nezapomínejme ani na kybernetický útok na Estonsko v roce 2007 po zbourání sovětského pomníku neznámého vojína v Tallinu.

Přímou politickou akci, jíž se v případě Dohody ACTA projevila „elektronická občanská neposlušnost“, ale nelze nazvat jinak nežli **násilím** a až politickým **vydíráním** slabšího státu na citlivém místě. Možná to má něco společného s politicky postdemokratickou „informační společností“, avšak s politickou společností „demokratickou“ to **nemá** společného pranic.

II. Nic nového pod Sluncem

O samotné Dohodě ACTA panují rozličné fámy. Přišla v době, která je emočně rozjitřena americkými návrhy některých zákonů týkajících se „hrozeb on line“ (SOPA a PIPA) i zmíněným americkým „megazásahem“ proti *Megauploadu*. Starší francouzské právo z roku 2009, týkající se šíření a ochrany tvůrčích děl na internetu (HADOPI), také klidu moc nepřispělo, jestliže byl nutný ústavní zásah francouzské Ústavní rady. (Srov. u nás neznámou **zahraniční veřejnoprávní zásadu práva informačních a telekomunikačních technologií (ICT law)** „**tříkrát a dost**“, uplatňovanou při určitých zneužitích sítě elektronických komunikací.) Vzplanuté vášně části lidu, zejména mládeže a libertariánů, jsou silné.

Podíváme-li se však do konečného znění Dohody ACTA, zjistíme, že hrany se hodně otupily a závazky z dohody vyplývající pro nás **nepředstavují v podstatě nic nového**.

Podle předběžného právního náhledu by v důsledku ratifikace této dohody nebylo zapotřebí

v českém právu zásadně nic měnit. Anebo nikoli nic podstatného, snad některý detail, který by si možná vyžádal upřesnění. Podobně to v zásadě (nikoli snad bezvýjimečně) platí i pro právo EU.

Účel Dohody ACTA spočívá ve vzájemném uznání a zároveň sladění vysokých standardů ochrany duševního vlastnictví mezi signatářskými státy, a to pro **obchodní** cíle. Již z názvu „obchodní dohoda“ proti padělatelství vyplývá, že dohoda **není směřována** proti politické svobodě či soukromí, jak jí bývá falešně podsouváno, ale naprosto **jinam**. Do světa trhu a mezinárodního obchodu. Podobně jako Dohoda o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví (Dohoda TRIPS) z roku 1994 anebo regionální úpravy jednotného trhu Evropské unie, resp. Evropského hospodářského prostoru. Dohoda ACTA zajímá mezinárodní obchodníky, **nikoli** totalitní politiky, kteří si vystačí bez ní.

Pravda, překážky obchodu ale někdy bývají chápány poměrně široce.

Sám si kladu otazník nad **zákonodárně politickým trendem rozšiřování civilního trestání** (*punitive damages*). Souviset to někdy může i s **odklonem od trestní represe** (viz např. český trestní zákoník z roku 2009), kdy může naopak přitvrzovat trestání civilní. Nejde ale o žádné specifikum Dohody ACTA, stačí se podívat i do dnešního občanského zákoníku nebo některých jiných českých zákonů, současných i někdejších.

O **odchykách** mezi Dohodou ACTA z roku 2011 a Dohodou TRIPS z roku 1994, která má **153** signatářů z celého světa, by sice bylo možné psát disertace, ale to je asi tak všechno. Trochu věc publicisticky zjednodušuji, ale nikoli příliš.

Dohoda ACTA obsahuje závaznou část, nezávaznou část a část ryze organizačně-technickou. ACTA **zpřísňuje** starší Dohodu TRIPS, byť se tak děje **mimo** Světovou obchodní organizaci, což ovšem může být mezinárodně politicky diskutní. Pár členů Světové obchodní organizace se „utrhlo“. Kvůli trestněprávnímu prosazování práv duševního vlastnictví, jinak již dávnému, sebou EU „strhla“ i své jednotlivé členské státy. Jedná se však o otázky primárně obchodně politické, nikoli právní. A už vůbec **nikoli** o otázky politické ve všeobecném smyslu „svobody internetu“.

Na druhou stranu, jak již bylo řečeno, ACTA **nepřináší** do českého právního prostředí **nic zásadního**, co by mu již nebylo po léta známo.

Díky evropskému komunitárnímu právu z roku 2004, resp. 2001 mnohá ustanovení odpovídající závazným ustanovením Dohody ACTA u nás platí od roku 2006, resp. již od roku 2000, kdy byl přijat dnešní autorský zákon, který o rok předběhl právo Evropských společenství. Celní záležitosti práva duševního vlastnictví u nás výslovně řešíme od roku 1996, resp. 1999. Dosavadní ustanovení, na nichž je založena Dohoda ACTA, nalezneme nejen v autorském zákonu, ale též v zákonu o vymáhání práv průmyslového vlastnictví a v zákonu o ochraně práv k odrůdám rostlin; třeba práv k odrůdám brambor nebo vinné révy. Nemluvě o českých předpisech celních a

soudně nebo správně trestních. V roce 2009 přitvrdil nový český trestní zákoník, když související trestné činy velkého rozsahu označil za zločiny a zvýšil u nich horní sazbu trestu odnětí svobody z dosavadních pěti na osm let. V roce 2000 již byla zvýšena horní hranice pokut za přestupky podle autorského zákona. Můžeme též připomenout, že na **ochraně veřejného blaha vnitřního trhu** před padělkami nebo nedovolenými napodobeninami duševního vlastnictví, které mohou, krom jiného, **klamat spotřebitele** a uvádět je v omyl o původu či kvalitě zboží, se léta podílejí celkem **čtyři** orgány veřejné moci, které jsou nadány svými věcnými působnostmi: Česká obchodní inspekce, Státní zemědělská a potravinářská inspekce, Státní veterinární správa a celní úřady.

Mnohé právně podstatné věci byly dávno **mezinárodně upraveny** ve dvou mnohostranných internetových smlouvách Světové organizace duševního vlastnictví z roku 1996, které vstoupily v platnost v roce 2002 a jichž se účastní **89** států.

Nic nového pod Sluncem, řekl by právník.

Někteří právně neorientovaní **politici** ale mluví jinak. Zvláště pak ti, kteří přiznávají, že Dohodu ACTA nečetli. Ve skutečnosti jim proto nemůže jít o přiměřený věcný pohled a rozmysl, nýbrž spíše o stranický nebo osobní populismus.

Vhodné je předem volit slova, nežli vyvoláme **poplašné zprávy** na veřejnosti, za něž morálně a politicky odpovídáme. Vystrašená, a tudíž lehce ovladatelná anonymní masa věci neznalých občanů se začne bránit neexistujícímu nebezpečí. Třeba i tak, že „preventivně demokraticky“ poškodí veřejný majetek Poslanecké sněmovny, jak se stalo. Anebo poškodí majetek soukromý, jak se rovněž stalo. Žel, na vyvolání téměř až davové psychózy se podílejí i někteří právně neorientovaní novináři včetně těch z nich, kteří se prohlašují za odborníky na „informační technologie“.

Uvedme věc na pravou míru:

- O odpojování domácností od internetu **není** v Dohodě ACTA ani slovo.
- Dohoda ACTA **nezakazuje domácí stahování nebo jiné zhlížení ani vkládání** filmů, fotografií, map či poslech hudby pomocí sítě elektronických komunikací pro **neobchodní osobní potřebu**. Natož, aby snad zaváděla kriminalizaci takového chování.
- Ochrana soukromí, a tudíž i **volné užití** uměleckých či vědeckých děl nebo zvukových záznamů či televizního vysílání pro **neobchodní osobní potřebu** zůstává **nedotčena**.

Je přitom **obecně známo**, že práva duševního vlastnictví zásadně vyvolávají účinky v obchodu (hospodářství a na trhu) či alespoň na veřejnosti, **nikoli** však v soukromí. V tom celosvětově spočívá **právní zásada práva duševního vlastnictví**, jež je na této zásadě léta vybudováno. Dílčí výjimky z této zásady, týkající se pouze práva autorského, platí u nás (i jinde) už po léta; Dohoda ACTA si jich ale **nevšímá**. Platí tedy, že **oddělení soukromí od obchodu** (hospodářství a trhu) je nezpochybnitelnou právní **zásadou** práva duševního vlastnictví na úrovni

mezinárodní, evropské unijní i české. Dohoda ACTA na tomto principu nic **nemění**. (Srov. však ty státy, které **nevyužily dobrodiní** Dohod TRIPS a ACTA a na svých celních územích neupustily od celního dohledu nad neobchodním zbožím v osobních zavazadlech cestujících, pokud jde o padělky duševního vlastnictví.)

III. Politický populismus

Bezpochyby je proto psychologicky a politicky zajímavé, jak se některé parlamentní a dokonce i vládní politické strany nechávají, poněkud iracionálně, **politicky ovlivnit** téměř až davovou psychózou a **ideologií** okrajových mimoparlamentních politických stran typu *České pirátské strany*, která dlouhodobě snáší veřejně deklarovanou podporu ideově vyhocených, krajních a politicky převážně demagogických, internetových *Pirátských novin*, s nimiž je dílem personálně propojena, či z jejich ideové a mediální podpory přímo těží stranicko politický kapitál.

Na světlo alespoň vychází **sociální desorientovanost** nebo **pokryteckost** některých parlamentních a vládních politických stran a jejich zájem spíše o sebe samé, krátkozrace projevovaný populismem. A to **namísto** legitimně očekávatelného setrvalého **veřejného zájmu** na **veřejném pořádku v otázkách trhu**, který ovšem vyžaduje věcnost, rozvahu a znalost stavu. A také alespoň trochu moudrosti (a spravedlivosti). Nikoli pouze stranicko politický kalkul, co může být zrovna nyní pro určitou politickou korporaci mediálně výhodné (rozuměj u části lidu líbivé).

K politickému prohlášení polského a po něm **nápodobně** českého premiéra o „pozastavení“ ratifikace Dohody ACTA za účelem její „důkladné analýzy“ lze říci jediné. Copak Dohoda ACTA nebyla důkladně prozkoumána před jejím podpisem, k němuž prezident republiky na základě vládního doporučení zmocnil velvyslance? Pokud by skutečně nebyla tato obchodní dohoda předem důkladně prozkoumána, pak se by vláda dopustila **vadné správy veřejných věcí**, neboť by při výkonu veřejné moci jednala přinejmenším nezodpovědně či neodborně. Pokud by však Dohoda ACTA byla předem důkladně prozkoumána, o čemž jsem přesvědčen i se znalostí dotčené části české veřejné správy, a doporučena k podpisu, přičemž premiér až následně po **násilí** „pirátů“ **politicky** uhnul, pak bychom měli v čele vlády slabého politika. Anebo člověka, který nevěří vlastním úředníkům, jež podle všeho odvedli dobrou (a běžnou) práci. V lepším případě se jedná jen o taktický manévr do doby nežli bude zlepšena elektronická ochrana vládních serverů před dalšími útoky ... Nakonec, politickým slibem „důkladné analýzy“ nezarmoutíš. V násilnické době lze chápat i takovýto slib.

Škoda, že u nás **nemáme** politickou stranu, která by měla odvahu veřejně říci, že ideologickým cílem elektronického násilí na státním i soukromém majetku může být **touha** po cizím soukromém vlastnictví **bez ohledu** na vůli vlastníka (tvůrce a investora). Nebolí nutková

touha některých „příslušníků informační společnosti“ (zejména některých mladistvých) zdarma a pohodlně se bavit, která může být na povrchu oděna do politicky líbivých frází o „svobodě informací“ (rozuměj svobodu veřejného provozování cizích filmů a hudby zdarma a jejich nákup po síti zdarma). Část informační ideologie je tak zásadně srovnatelná s letitými myšlenkami komunistického rázu. Sovětský komunistický politický model „socialistického vynálezceckého práva“ či „socialistického autorského práva“ byl přitom v Československu opuštěn po roce 1989. Politicky nuceně jsme si tento „model zítřka“ u nás vyzkoušeli po dobu čtyřiceti let a zjistili jsme, co nám všem mělo být od počátku zřejmé, totiž, že to nefunguje. Pokusy odpoutat se od tohoto modelu, které se u nás objevily v právní politice kolem roku 1968, byly komunisty krátce nato zakázány a ideologicky zkritizovány. Představitelé těchto snah byli politicky a pracovně postiženi a pronásledováni.

IV. Padělané léky v malých obchodních zásilkách

Dílčím přínosem Dohody ACTA je povinné použití celního standardu prosazování práv duševního vlastnictví, pokud jde o **celní dohled nad obchodním zbožím** spočívajícím v **zásilkách malé povahy**. Zdůrazňuji, že se jedná o **obchodní zboží, nikoli o osobní zavazadla** cestujících.

Účelem celního dohledu (a tedy i celní kontroly) je **odhalit a přetnout pašerácké kanály** zejména padělaných léků (farmaceutických patentů ztělesněných ve výrobku) a taktéž padělaných parfémů, kabelek, peněženek apod. Nutno dodat, že i obchodního zboží elektronického. Zároveň bylo nutno stanovit, aby takovéto celní zásahy mezinárodně obchodně nebránily nakládání s obchodním zbožím, které hromadně obíhá po celém světě.

Pravda, **padělkem** se v právu duševního vlastnictví rozumí nedostatek „oprávněnosti“ zboží z hlediska nehmotných práv. Tedy, jedná se o obchodní zboží, které je **právně vadné** (tzn. obchodované bez smluvní nebo úřední, popř. zákonné licence). **Nemusí** to samo sebou ještě znamenat, že by právně vadné obchodní zboží muselo pokaždé být **horší jakosti** nežli obchodní zboží po právu. Teoreticky může být i lepší kvality. **Většinou** se ale zároveň jedná o již na první pohled **věcně horší** zboží nebo dokonce o zboží **zdravotně závadné**, což bývá vážný společenský problém zejména (ovšem nejen) u **padělaných léků** nebo **hraček** obchodně dovážených nebo vyvážených i v „malých zásilkách“. Nejde jen o zakoupené parfémů, které „nevoní“, a o kabelky, které se po týdnu nošení trhají a ztrácejí barvu po prvním dešti. Zde končí ideologická „svoboda kopírovatelů“, neboť jde o skutečnou, hromadnou a dlouhodobou mezinárodní **hrozbu veřejnému zdraví**; individuální zdraví našich dětí nebo nás samých nevyjímaje.

Kdo nevěří, ať si na webu přečte veřejná varování Státního ústavu pro kontrolu léčiv a

seznámí se s jeho kampaní proti padělkům léků.²

V souvislosti s Dohodou ACTA byly občas vznášeny blíže nekonkretizované politické obavy o osud **generik**. Na chvíli se u toho zastavme. S generiky se můžeme setkat v každé lékárně.

V případě generik se jedná o léčivé přípravky – podléhající u nás z důvodu ochrany veřejného zdraví veřejnoprávní registraci podle zákona o léčivech –, které jsou **zásadně podobné původnímu výrobku** (léčivému přípravku), který **zduhověl** (stal se druhovým, generickým), a to uplynutím obchodního monopolu na určitý patentovaný farmaceutický výrobní postup. Mluvíme proto o **druhových** (generických) – obvykle levnějších – léčivových ekvivalentech původních patentově chráněných léčivých přípravků, které jsou patentově právně volně uváděny na trh **po uplynutí patentové právní ochrany** původního farmaceutického výsledku anebo tam, kde patent nepůsobí. V podstatě se jedná o **zduhovělé**, patentově právně volné, farmaceutické výrobní postupy vtělené do **druhu výrobku** (léčivého přípravku).

Samy generické léčivé přípravky nesou buď vlastní obchodní název výrobku (značková generika), na nějž může být udělena průmyslověprávní výsada ochranné známky, anebo mohou být věcně označeny zjednodušeným názvem příslušné biologicky účinné látky (neznačková generika).

Možná se mýlím, ale nevím o **ničem**, čím by Dohoda ACTA (nebo Dohoda TRIPS) zásadně bránila obchodům s generickými léčivými přípravky. Samozřejmě, že i generika mohou být padělená. Nejen známkoprávně (a samozřejmě patentově, kdy by se jednalo o falešná generika), ale i nekalosoutěžně. Rovněž tak může dojít k porušení veřejného práva léčivového, které je určeno k ochraně **veřejného zdraví**. I generické léčivé přípravky mohou být z podnikatelské touhy po nízkých výrobních nákladech a vysokém zisku například obsahově ošizené, a tím i přímo nebo nepřímo zdravotně nebezpečné.

Právní problém může vznikat tehdy, jestliže určitý farmaceutický výrobní postup je dočasně patentován pro území některých států (např. členů Evropské patentové organizace nebo Evroasijské patentové organizace), zatímco ve **třetích zemích** se jedná o světově zveřejněný výsledek výzkumu, který je ve třetích zemích **patentově právně volný**; tudíž ve třetích zemích mohou být vyráběna a obchodována generika jakožto druhové výrobky (druhové léčivé přípravky), neboť patentová ochrana zde nepůsobí, a to od počátku, kdy farmaceutický výsledek vešel ve veřejnou známost.

To je ovšem **obecný problém** územně omezených účinků práv průmyslového vlastnictví, který vyplývá z úředních udělovacích (zápisných) aktů zápisných úřadů, jež nemohou vyvolat účinky na cizím území, aniž by se cizí státy těmto účinkům samy dobrovolně, o své vůli, nepodvolily. Rozdíl mezi patentově právním stavem dočasné ochrany a stavem volnosti bývá spíše na překážku mezinárodního obchodu, a proto bývá různě překonáván; srov. např. jednotný trh

² Viz www.nebezpecneleky.cz; [cit. 8. 2. 2012].

Evropského hospodářského společenství apod.

Jistěže **nelze** v konkrétním celním (ani jiném) případě **vyloučit** obchodní střet mezi léčivým přípravkem, jehož farmaceutický výrobní postup je ve státě dovozu patentován, a dováženým generikem, které bylo volně vyrobeno ve třetí zemi, kde příslušný patent nepůsobí. To je ale obecná otázka, kterou Dohoda ACTA neřeší ani nevyřeší.

Proto lze za **mezinárodně obchodně bezpečná** generika považovat jen ta, u nichž **patentová ochrana zanikla na všech územích**, kde předtím působila; tj. hledisko uplynutí doby dočasné ochrany.

Dodávám, že mezinárodní, evropské unijní i české právo již po delší dobu výslovně řeší **střet mezi ochranou veřejného zdraví** (veřejným blahem), a to i s ohledem na země rozvojové a nejméně rozvinuté, a soukromým **patentovým monopolem** (dočasnou a územně omezenou obchodní výsadou) týkajícím se farmaceutických výrobků a zajištění návratnosti investice do jejich výzkumu; viz Protokol, kterým se mění Dohoda TRIPS, přijatý v roce 2005, který je od roku 2007 závazný i pro Česko, jakož i předchozí prozatímní rozhodnutí Světové obchodní organizace z roku 2003 na základě Prohlášení o Dohodě TRIPS a veřejném zdraví z roku 2001; dále viz nařízení z roku 2006, pokud jde o EU, a československý zákon z roku 1990 (nemluvě o starších předpisech). Ve všech případech se tak děje průmyslověprávně **obvyklým způsobem**; tzn. udělením **úřední** (nucené) **licence**, která nahrazuje chybějící projev vůle majitele farmaceutického patentu (i kdyby nechtěl).

Pokud by stoupenci *Internacionály pirátských stran* a podobných západních politických hnutí nebo někteří jiní západní politici měli zájem o politický boj proti „zlým“ korporacím, mohli a měli by politicky tlačit na státy, aby plně využívaly **možností mnohostranné** Úmluvy o biologické rozmanitosti z roku 1992, které se účastní i Česko. A to k ochraně **tradičního vědění** domorodých a místních společenství z hlediska **hospodářského využívání** jejich vědění obchodními korporacemi například ve farmaceutickém průmyslu, resp. farmaceutických patentech. Úmluva o biologické rozmanitosti předpokládá možné zapojení vlastníků tradičního vědění (kolektivního tradičního know-how) do hospodářského využívání jejich vědění, jakož i skupinové právo na spravedlivé rozdělení zisku z tohoto využívání. Právo tradičního vědění, vyznačující se skupinovým subjektivním majetkovým právem, totiž patří mezi obory práva duševního vlastnictví, o čemž svědčí i oblastní, africký, Swakopmundský protokol o ochraně tradičního vědění a folklorních projevů z roku 2010, který ale dosud nevstoupil v platnost. Za politickou podporu by v tomto směru stála i činnost Světové organizace duševního vlastnictví a jejího mezivládního výboru.

V. Dovozy de minimis

Každý, kdo cestuje mimo EU, resp. schengenský prostor, občas zažil celní kontroly osobních zavazadel. Donedávna bývaly běžné i u nás (a v dřívějším komunistickém režimu velmi přísné a důkladné). Pro cestujícího nemusí jít o nic příjemného. Díky **dobrodiní** Dohod TRIPS (1994) a ACTA (2011) toho můžeme být částečně ušetřeni! Alespoň pokud jde o celní kontrolu neobchodního zboží v osobních zavazadlech, která by byla zaměřena na padělky duševního vlastnictví. Ušetření ale nebudeme celním kontrolám týkajícím se například dovážené fauny a flóry, které mají jiný celní režim.

V roce 1994 byla celosvětově přijata již zmiňovaná mnohostranná Dohoda TRIPS, která patří mezi **pilíře mezinárodního obchodního práva** a obchodní politiky Světové obchodní organizace. Dohoda vstoupila v platnost 1. ledna 1995. Od té doby dohoda platí i pro Česko. Parlament vyslovil s dohodou souhlas a prezident republiky ji ratifikoval; viz sděl. č. 191/1995 Sb. Dohoda TRIPS nastavila, krom jiného, **celosvětový celní standard** prosazování práv duševního vlastnictví. Členové Světové obchodní organizace, kterých je **153, mohou** na svých celních územích (tj. i na jednotném celním území EU) **vyloučit** z tohoto standardu **celní dohled** nad zbožím, pokud jde o **neobchodní zboží v osobním zavazadle cestujícího**; viz čl. 60 Dohody TRIPS. Citovaný článek z roku 1994 nese nadpis „*Opomenutelné (de minimis) dovozy*“ a byl za téměř dvacet let mnohokrát podroben různým zkoumáním a odborným debatám.

Rozumná **právní zásada de minimis** neboli **princip, že právo** (zde právo celní) **se nezabývá bagatelními věcmi**, je běžně používána i v jiných obchodních dohodách v rámci Světové obchodní organizace i mimo ni. Koneckonců jedná se o **obecný právní princip**, vyplývající ze samého rozumu.

Někteří političtí odpůrci dnešní Dohody ACTA ale podle všeho ještě v roce 1994 nebyli na světě, a tak jim zřejmě uniká, co tehdy český parlament – podobně jako v mnoha jiných státech světa – schválil a prezident republiky ratifikoval. Citovaný čl. 60 Dohody TRIPS z roku 1994 je **zásadně shodný** s čl. 14 Dohody ACTA z roku 2011. Jestliže bylo **právně politickým cílem** Dohody ACTA rozvinutí Dohody TRIPS mimo členy Světové obchodní organizace (bez obchodní vazby na toto členství), a to podle vysokých standardů, jaké známe např. z EU, pak nezbylo nic jiného nežli převzít i uvedené (liberalizující) ustanovení Dohody TRIPS z roku 1994 a v roce 2011 je zopakovat v Dohodě ACTA.

Naprostá **většina** členů Světové obchodní organizace **využila liberalizujícího** čl. 60 Dohody TRIPS o „opomenutelných dovozech“ a **upustila od celního dohledu** nad neobchodním zbožím v osobních zavazadlech cestujících, resp. jej ani nezavedla. V EU je tato otázka **vyřešena** liberalizujícím celním nařízením z roku 2003, resp. již z roku 1994. Mezním hlediskem je osvobození od cla. Skutečností však je, že se tak v EU, resp. ještě v Evropském společenství **nestalo** z důvodu **ochrany soukromí**, nýbrž s cílem „zabránit vážnému narušování celního

odbavování zboží v osobních zavazadlech cestujících“. Pohnutka může být rozličná, podstatné však je, že **soukromí zůstává nedotčeno**. – Není-li ovšem dán **jiný legální důvod** k průniku do soukromí nežli celní kontrolou, např. použitím trestního řádu. Z takového postupu ale nelze vinit Dohodu ACTA.

Nicméně s ohledem na dlouhodobě a rozumně zavedený právní stav v EU (od roku 1994) je eventuální **změna celního dohledu** (politického dorozumění) v tomto směru krajně **nepravděpodobná**. Pokud by se EU přesto rozhodla tento stav na svém celním území v budoucnu změnit, vůbec by k tomu z hlediska mezinárodního obchodního práva nepotřebovala Dohodu ACTA, nýbrž by jí plně postačovalo použití Dohody TRIPS z roku 1994 (právo Světové obchodní organizace).

Srozumitelně řečeno, prosazovat práva duševního vlastnictví **celním dohledem nad neobchodním zbožím v osobních zavazadlech cestujících** (tzn. celní kontrolou obsahu např. laptopů, popř. i jejich zadržením) na hranicích EU **reálně nehrozí**. Pokud ale tak na svém celním území činí anebo bude v budoucnu chtít činit kterýkoli ze 153 členů Světové obchodní organizace s vlastním celním územím, jedná nebo bude jednat podle Dohody TRIPS z roku 1994; tzn. „ACTA, neakta“. To by se týkalo i celního dohledu v EU.

I kdyby snad Dohoda ACTA nenabyla platnosti, na věci by to nic **nezměnilo**, protože platí Dohoda TRIPS z roku 1994, která spoluvytváří světově uznávané **základy** Světové obchodní organizace neboli právní základy globalizace obchodu zbožím zatíženým cizími právy z duševního vlastnictví.

Jednu mezinárodněprávní **novotu** přece jen ACTA přináší oproti TRIPS. Jedná se o dovození **zahájit celní řízení** o pozastavení propuštění podezřelého zboží z **vlastního podnětu** celního úřadu, *ex offo*.

Z hlediska české práva se ale **nejedná o nic nového**, protože celní úřad může kupříkladu zadržet podezřelé zboží z vlastního podnětu již dnes. Není k tomu zapotřebí ani procesní žádost majitele dotčeného práva, podávaná ústředně u specializovaného Celního úřadu Hradec Králové. Nestačím se proto divit, jaký je zájem veřejnosti o nuance celního procesu na úrovni mezinárodního obchodního práva!

Nicméně, určitý potencionální právní problém (tj. obecná otázka opodstatněnosti celních kontrol kdykoli a čehokoli) zde můžeme spatřovat. **Podobně** to ovšem platí pro důvodnost **jakýchkoli státních kontrol** (i mimo celní správu); např. pro důvodnost kontroly daňové, dotační aj. Nejsem si ale jist, zda při existenci opravných prostředků a veškeré soudní a ústavní ochrany a při objektivní odpovědnosti celních úřadů za eventuální škodu způsobenou nezákonným rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem je nutno kvůli tomu všemu útočit na cizí majetky a na „posvátné“ osobní údaje skupinu politiků, jak se u nás nedávno stalo.

Nicméně, věc má **ústavní rozměr**. Jedná se totiž o právně „klasický“ **střet mezi právním principem individualizovaného důvodného podezření** (tj. přezkoumatelného podezření vyššího stupně spjatého s konkrétním člověkem či zbožím), resp. subjektivním **právem každého na soukromí** a **právem každého na spravedlivý proces**, na jedné straně, a **veřejným blahem** (např. veřejnou bezpečností, veřejným zdravím nebo veřejnou morálkou či veřejným pořádkem), na straně druhé. Podle okolností případu **nelze** vyloučit stav, kdy by všemi sdílené (nesubjektivizované) veřejné blaho mohlo být natolik (tj. podstatně) obecně ohroženo, že by státu nezbylo nic jiného (ústavně šetrnějšího), nežli při výkonu celního dohledu přiměřeně přistoupit například k **namátkovým** celním kontrolám. A to i se zřetelem na generální prevenci.

I tam, kde se Dohoda ACTA výslovně nedovolává použití **poměrnosti** mezi prosazováním subjektivních práv duševního vlastnictví a ochranou práva na soukromí nebo ochranou osobních údajů před jejich zneužíváním, platí **obecný právní princip poměrnosti** beztak. Jedná se totiž o **podstatu práva**, bez níž nelze právní řád spravedlivě vyložit ani použít. Nikde na světě.

VI. Nevaž se, odvaž se

Jen nepřímo s ACTA souvisí nedávný případ odstavení elektronického datového shromaždiště *Megaupload*. Jednalo se o zásah USA v součinnosti s některými dalšími státy. Časově i věcně nám však obojí spadá v jedno.

Na první pohled mohou slavit vlastníci práv z duševního vlastnictví. Otázkou ale je, kdy se bude situace opakovat, protože společenský problém do značné míry přetrvává. Žijeme v **převážně materialistické společnosti**, kde pro mnohé platí „nevaž se, odvaž se“ neboli **kultura vyžití**. Někdy násobená i vlastní tvůrčí neschopností, rozmazleným sobectvím a neúctou k cizímu. Cizí lze získat „nesnesitelně lehce“. Zdarma v domácím pohodlí. Doslova v papučích. Pokušení je proto silné.

Namísto toho můžeme nabídnout vzájemné podporování. Tvůrci, producenti, vynálezci, investoři i zákazníci se vzájemně potřebují. Slavit proto mohou ti, kteří chápou situaci a jednají v **porozumění a s citem**. Na druhou stranu, nikdo se nechce nechat okrádat „podnikavými“ zloději. I takoví lidé jsou totiž ve hře.

Kdo chce mít internetovou živnost s „informacemi“, ať ji svobodně má! Ale za své a ze svého.

Dohoda ACTA a celé právo duševního vlastnictví **není zásadně namířeno** proti tomu, co děláme v **soukromí** doma. **Ochrana soukromí má zásadní přednost**. V soukromí nejde o obchod. **Licenci nepotřebuje** ten, kdo si na doma běžně stáhne film či hudbu z internetu či jinak je zhlédne, **nýbrž** ten, kdo ji tam k tomuto účelu **veřejně zpřístupní** anebo jinak veřejně šíří (sděluje po síti

veřejnosti).

Rozum však velí, že něco asi není v pořádku, jsou-li mi nabízeny zdarma ke stažení zbrusu nové světové filmy, které ještě neoběhly kina, o televizi nemluvě, zatímco na jiných internetových stránkách se za filmy a hudbu platí.

Ano, něco není v pořádku hospodářsky, mravně a právně na straně **nekalého podnikatele** s „informacemi“ na síti. Sám, coby domácí stahovač pro sebe, nejsem právně vinen. Morální spoluvinu ale nesu. Tichý hlas svědomí někdy říká: „je to nějaké divné, nedělej to ...“. Touha po vlastní libosti (pokušení) ale bývá silnější. Zda nakonec i přesto půjdu do kina nebo na živé hudební vystoupení, je věcí jinou. Stejně tak i to, že má činnost může někdy nepřímo, mimoděk, podpořit i legální výnosy či přispět k obecné známosti umělců, k jejich uměleckému prosazení apod. Je však věcí umělců (jejich svobodnou vůlí), jakým způsobem, kdy a kde se chtějí umělecky prosadit (mediálně „zviditelnit“), anebo naopak zůstat v pozadí.

Morální problém spočívá v tom, že **neuznávám svobodnou vůli** tvůrce nebo investora zpřístupnit nebo naopak nezpřístupnit film, román, fotografii nebo hudbu na internetu a kdy a jak tak učinit. A také v jaké kvalitě. **Pánem věci** není domácí stahovač ani podnikatel v „informačních službách“ (prostředník), který mu to pro svůj zisk umožňuje, nýbrž **tvůrce a investor**, bez nichž by nic kloudného a pozornosti hodného nevzniklo. Zde je ale začarovaný kruh, který je nutno rozlomit. Přít se můžeme o způsobu rozlomení tohoto kruhu; třeba o vhodnosti nebo účinnosti **generální prevence civilní nebo trestní represe**.

Domácí stahovač filmů nebo hudby se chová – s jistou morální výhradou – o své svobodné vůli v **soukromí**, do něhož patří i jednotliví lidé s ním spojení **rodinným nebo osobním poutem**; např. rodinný přítel.

Takzvaný *Tříkrokový test (Three-Step Test)*, známý z práva mezinárodního, evropsko unijního i českého, který představuje **zvláštní právní použití obecné zkoušky poměrnosti**, ovšem platí i pro legálnost volného užití uměleckých děl apod. pro neobchodní osobní potřebu.³ Jedná se o **tři hlediska zákonnosti** volného užití: zvláštní legální případ, soulad s běžným užitím (běžným výkonem práva jeho vlastníkem) a jen přiměřené dotčení oprávněných zájmů vlastníků práv.

Ačkoli v jednotlivých soukromých případech se obvykle o nic podstatného nejedná, **společenský problém** vzniká v důsledku **celosvětové hromadnosti volných užití v soukromí**. Podobný jev již ale nastal před více lety v souvislosti s domácím nahráváním hudby a papírovým kopírováním v důsledku nebývalého technického rozvoje. I zde se jednalo o stav **volného užití v soukromí**, avšak odehrávající se tak masovým způsobem, že oprávněné majetkové zájmy vlastníků práv byly **ohroženy** (nepřiměřeně dotčeny). Řešení, které se tehdy našlo, by mohlo být

³ Ve světové literatuře se tomuto posouzení v obecné rovině nejpodrobněji věnuje *Senfleben*; viz *Senfleben, M.: Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright*

vzorem či zákonodárně politickým **podnětem** pro vyřešení dnešní situace, která je podobná.

Jedná se o soukromoprávní **platební zatížení** toho, kdo ku svému **vlastnímu prospěchu** přinejmenším nepřímo **umožňuje** hromadná volná užití dosud chráněných předmětů svými zákazníky v soukromí. Tzn. zatížení výrobců a dovozců kopírovacích přístrojů nebo nenahraných nosičů a poskytovatelů kopírovacích služeb.

Vyjmenovaná **skupina povinných osob** (zpravidla se jedná o podnikatele sledující vlastní zisk) byla legálně zatížena **soukromoprávní náhradní platební povinností** ve prospěch alespoň potencionálně nebo nepřímo nepřiměřeně **dotčených vlastníků práv**. Stalo se tak prostřednictvím soukromoprávní platební soustavy a instituce **kolektivní správy práv**. Hovořit v této souvislosti o „presumpci viny“ na straně domácích spotřebitelů je proto falešné nebo právně nesmyslné ideové klišé. Uvedení podnikatelé (nejde o domácí spotřebitele!) totiž vstupují svými výrobky či službami na **hospodářský trh** tak, že se **objektivně stávají hospodářskými konkurenty** například spisovatelů, skladatelů nebo hudebníků, ale i nakladatelů, neboť ke svému prospěchu uvádějí na trh zboží, které je hromadně používáno spotřebiteli k volnému užití dosud chráněných předmětů v soukromí. **Nejde zde proto o spotřebitele.**

Výše vyjmenované osoby svou hospodářskou činností **podstatnou měrou**, a to přinejmenším potencionálně, nepřiměřeně **krátí jinak oprávněně očekávatelné výnosy** vlastníků práv (tvůrců a investorů) z prodeje zboží, k němuž se váží jejich dočasná práva, a jež se v důsledku konkurujícího **hospodářského záměru třetích osob** (výrobců nebo dovozců kopírovacích přístrojů a nenahraných nosičů či poskytovatelů kopírovací služeb) stává poměrně **obtížně prodejné**, a to v hromadném celosvětovém měřítku. Soustava náhradních odměn sleduje **hospodářskou situaci** na trhu, kdy je státy **upřednostněn obecný kulturní zájem na obecném dobru umělecké nebo vědecké tvorby**, která je spjata též s rozumnou návratností (přiměřeným rizikem) tvůrčích a hospodářských investic do umění nebo vědy. Tzv. náhradní odměny proto nejsou ničím jiným nežli **paušalizovanými náhradami ušlého prospěchu konkurenta** (např. spisovatele) v důsledku cizího podnikání se zbožím, jehož hromadné používání potencionálně přináší podstatné a hromadné záporné účinky na hospodářském trhu. **Soukromí spotřebitele přitom zůstává nedotčeno.** Povinné osoby ale obvykle zahrnují náklady na náhradní platby do spotřebitelských cen svých výrobků nebo služeb. V poměru k cenám těchto výrobků nebo služeb se ovšem jedná o náklady malé, které spotřebitelské ceny žádnou podstatnou měrou nezvyšují. Hospodářský princip je založen na nízkých náhradních odměnách (nákladech) při vysokém obratu.

Z důvodů, které jsem popsal, se v současné době setkáváme s právně politickými **úvahami o rozšíření dosavadní soustavy náhradních odměn** o další okruh povinných osob, jimiž by byli **poskytovatelé vysokorychlostních a vysokokapacitních připojení k síti** elektronických

komunikací, kteří své služby poskytují zákazníkům za účelem vlastního zisku. Zákazníci čerpají tyto služby tak, že je hromadně a přinejmenším potencionálně využívají k volným užitím převážně chráněných statků pro svou neobchodní osobní potřebu. Jelikož se tak ale děje masově, může docházet k **nepřiměřenému dotčení** dočasných majetkových práv vlastníků, jakož i k **omezení jejich vlastního výkonu práv** v síti elektronických komunikací podle jejich svobodné vůle.

Rozhodné by přitom byly **technické ukazatele** síťového připojení. Význam má i ta skutečnost, že zlepšování technických vlastností síťového připojení si často hledí právě zákaznické možnosti rychle a kvalitně si na doma stahovat dosud chráněné filmy. **Objektivní soutěžní záměr** mezi poskytovateli připojení (u nichž nutno rozlišovat různé úrovně) a například filmovými producenty je zřejmý. Řešení, které by se vydalo touto cestou, by předpokládalo změnu autorského zákona a pravděpodobně i vydání vyhlášky, která by stanovila zejména sazby odměn ve vazbě na technické ukazatele. **Nevýhoda** tohoto řešení spočívá v možném ohrožení práv a tržního postavení například legálních hudebních obchodů on line anebo legálních poskytovatelů audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání apod. Další **nevýhodou** je neschopnost technicky rozlišit, kdy se jedná o domácí stahování nebo zhlížení oprávněně síťově sdělovaných filmů a jiných děl, a kdy nikoli. Zavedení tohoto řešení by totiž **nemohlo** znamenat žádný „generální pardon“ či obecnou výjimku z výkonu práv, pokud by se jednalo o sdělování dosud chráněných statků v síti elektronických komunikací.

Vraťme se k otázkám soukromí.

Do **právního problému** se domácí stahovač (a podobně činný člověk) zásadně dostává teprve tehdy, jestliže **vykročí ven ze svého soukromí**. A to až tehdy, když se stává veřejným **zpřístupňovatelem** dosud chráněných cizích výsledků veřejnosti, a to **bez** licence (souhlasu) k veřejnému užití, a kdy se zároveň stává **soutěžitelem na hospodářském trhu s uměním**.

Navození protiprávního stavu veřejného uživatele a nekalého konkurenta ale může někdy odviset od „pouhého“ **technického nastavení systému** na straně podnikatele se shromaždištěm elektronických „dat“. Jednoduchou technickou operací jako je kupříkladu domácí stažení filmu nebo hudby či jiná podobná síťová operace totiž může dojít k veřejnému „zmnohočetnění“ neboli k jevu „sdílení informace“ na veřejnosti a s veřejností, což již není ničím jiným nežli **sdělováním veřejnosti** v právním smyslu mezinárodním, evropsko unijním i českém, jež však odvisí od **opomenuté vůle třetí osoby**, vlastníka práva, o jehož statek se jedná.

Trestně vinen je podnikatel úmyslně poskytující ukládací internetovou službu tohoto druhu. Takovou osobu tíží i **soukromoprávní odpovědnost** za službu, jíž dochází k zásahu do cizího práva a zároveň k nekalé soutěži na trhu.

Soukromoprávní odpovědnost za čin veřejného sdělování dosud chráněných statků formou „sdílení“ **vybočujícího ze soukromí** ovšem stíhá i sdíleče, protože již **přestal** být volným domácím

stahovačem v soukromí, neboť **vstoupil na veřejnost** a navíc **na hospodářský trh**, a to **bez ohledu** na vlastnické právo jiného.

Domácí stahovač, který se proměnil ve veřejného sdíleče (veřejného uživatele na právní a hospodářské úrovni kupříkladu provozovatele kina, nakladatele nebo obchodníka s filmy a hudbou on line či televizního vysílatele) může za **určitých okolností** nést dokonce i správně trestní, popř. soudně trestní odpovědnost (podobně jako kterýkoli jiný veřejný uživatel cizího).

Sdíleč ovšem mohl jednat třeba v **právním omylu**; např. v omylu o tom, že na síti veřejně nabízené filmy a hudba jsou právně volné. Veřejná osvěta, že tomu tak většinou není, bývá ovšem široká a někdy i docela působivá.

V **podobném** právním a morálním postavení jako sdíleč (zpřístupňovatel cizího majetku veřejnosti) se ocitá i vkládač chráněných děl apod., který je ukládá do elektronického veřejného shromaždiště na síti, čímž se rovněž tak stává **zpřístupňovatelem** dosud chráněných předmětů veřejnosti.

Nicméně, zde končí „právní hrátky“ a začíná širší **společenský problém**.

Předesílám, že nejen jako obhájce a spoluautor autorského zákona z roku 2000, ale zejména jako občan obecně **odmítám trestní politiku kriminalizace nekomerčního veřejného užívání dosud chráněného duševního vlastnictví**. Naštěstí u nás platí výslovný **legální příkaz subsidiarity trestní represe**, která **smí** nastoupit až na druhém místě (**právní princip ultima ratio**).⁴ Dohoda ACTA na tom nic nemění.

Při hledání společenského řešení tohoto problému ovšem musíme brát v potaz (a to i po právní stránce) **okolnosti** každého **jednotlivého** případu. Nezapomeňme, že k činu mohlo dojít třeba ze **škodolibosti** nebo **pomsty**, ve větším rozsahu, dlouhodobě a celosvětově, na stovkách či tisících filmech nebo hudebních dílech anebo v rámci **organizované skupiny**, která si ve vlastním hospodářském zájmu předem vše naplánovala pro svůj prospěch z cizího, aby se následně zbaběle „ukryla“ někde na síti.

Na druhou stranu může jít o něco zcela „školáckého“ či drobného, co lze velkoryse přehlédnout. Anebo o jednání zralé „jen“ pro výchovnou pozornost rodičů a školy, směřující k **respektování vůle jiného** a ke **vštěpení úcty** k cizímu talentu, cizímu právu, hospodářství a vlastnictví.

Vyloučit nelze ani to, že určitý veřejný uživatel byl laikem v technických věcech internetu a informačních technologií, s nimiž nebyl obeznámen nad jednoduchou zákaznickou úroveň.

Zrovna tak ale nelze vyloučit ani **účastenství na přečinu až zločinu** na straně **návodce**

⁴ Tento princip zdůraznil i český Ústavní soud ještě v době platnosti předchozího trestního zákona ve svém nálezu v ústavní věci práva na soudní ochranu (práva na spravedlivý proces) týkající se trestního případu porušování autorských práv k dílům hudebním jejich veřejným provozováním ze zvukových záznamů v restauraci; viz náleží Ústavního soudu ze dne 12. 10. 2006 ve věci sp. zn. I. ÚS 69/06, zveř. pod č. 186 Sb. nál. a usn., sv. 43, s. 129 an.

vzbuzujícího u jiného rozhodnutí dát se na dráhu, kterou slušní lidé (a jejich státy), jde-li o značný rozsah činu, považují za **zločin**. Pomocníkem může být i právní nebo technický rádce usnadňující svými radami spáchání až zločinu.

Proto všechno jsou **mimořádně citlivé otázky kriminalizace mladistvých** (nejen v těchto případech). Tam, kde by se jinak jednalo až o **zločin** porušení autorského práva, práv souvisejících s právem autorským a práv k databázi (§ 270 odst. 3 tr. z.), u mladistvých půjde vždy „jen“ o **provinění**.

Objektem zájmu represivních orgánů mají být v první řadě **podnikatelé v informačních službách**, kteří něco takového **úmyslně** umožňují z důvodu své **ziskuchtivosti** z doprovodných reklam či placených služeb à la prémiové účty zákazníků apod. Tito lidé (trestně jsou i právnické osoby) jen těží ze všeobecné touhy po snadné zábavě a z nezájmu rodičů o to, co jejich nezletilé děti vlastně dělají. Hlavně, když „sedí u počítače“ a je „klid“.

Skutečnými parazity internetu jsou někteří podnikatelé v informačních službách.⁵

Nepohoršujeme se proto nad odvahou orgánů USA razantně zasáhnout proti *Megauploadu*.

Nedokáží si ale představit podobnou profesní odvalu a právní odbornost některých českých státních zástupců a policejních orgánů.

Zastavme se ještě u jedné věci, která se týká **hospodářských zločinů**.

Mám na mysli způsobení „**značné škody**“ anebo získání „**značného prospěchu**“ pachatelem ve smyslu trestního zákoníku. V případě hospodářských zločinů na právech duševního vlastnictví dochází k majetkovým škodám méně často, nežli by se mohlo na první pohled zdát. Mnohem častějším následkem činu je totiž „značný“ (či jiný) prospěch pachatele. Skutečná škoda, např. ukradený počítač obsahující nahrané údaje nebo poškozený prototyp vozidla apod., bývá způsobena oběti méně často. V úvahu by častěji přicházela škoda **ušlým ziskem** (ušlým prospěchem), což ale někdy bývá důkazním problémem z hlediska **dokázání příčinné souvislosti mezi** kupříkladu protiprávním **veřejným zpřístupňováním** filmového díla na internetu a **ušlým ziskem** (ušlým prospěchem) filmového producenta a distributora (potažmo režiséra, autorů děl audiovizuálně užitých a herců) nebo provozovatele kina či provozovatele audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání v podobě **ztráty tržeb** ze vstupného nebo **ušlého výnosu** z jiných služeb, a to právě v důsledku uvedeného pachatelova činu (protiprávní internetové služby).

Proto lze pozornost zaměřit spíše na „**značný prospěch**“ pachatele, resp. podezřelého až odsouzeného, což trestněprávně vyjde nastejno. Trestněprávnímu pojmu „značný prospěch“ civilně odpovídá „majetkový prospěch“ (i značný) v **soukromoprávním smyslu bezdůvodného**

⁵ Připomenout můžeme usnesení Městského soudu v Praze, který v roce 2011 předběžným opatřením zakázal žalované obchodní korporaci *ShareRapid, a. s.*, poskytovat zákazníkům služby na veřejném úložišti s názvem *Share-rapid*, umístěném pod českou doménou, jež umožňují ukládání souborů, jejichž obsahem je české audiovizuální dílo (loutkový film) s názvem *Kuky se vrací*, vyrobený v roce 2010 v režii *Jana Svěráka*, anebo jeho část. Zmiňují působivou

obohacení podle občanského zákoníku. „Značný prospěch“ v těchto věcech obvykle skutkově souvisí s plněním (veřejným užíváním cizího majetku) **bez právního důvodu** (tj. bez smluvní nebo úřední, popř. zákonné licence) anebo souvisí s **nepoctivými zdroji**; srov. např. nepoctivé těžení z dobrého jména cizí ochranné známky používané ve filmovém či hudebním průmyslu apod. Vyloučit nelze **souběh** více skutkových podstat bezdůvodného obohacení v soukromoprávním smyslu.

Výše „značného prospěchu“ odpovídá **obvyklé ceně licence**, resp. licencí v místě a čase skutku, kterou by pachatel činu byl jinak povinen zaplatit. Prospěch spočívá v „ušetření“, v nezkrácení pachatelova majetku, který by jinak byl krácen, kdyby pachatel jednal po právu a zaplatil by za licenci (nejde-li samozřejmě o licenci bezúplatnou).

„Obvyklou cenou“ se rozumí zprůměrované **uskutečněné** (nikoli jen nabízené, vytoužené nebo hospodářsky optimální) ceny **stejných nebo srovnatelných licencí** (odměny za ně) na trhu licenčních služeb v místě a čase (nikoli tedy ceny zvláštní oblíbenosti); a to například v Česku, pokud jde o obvyklé licence k užití dosud chráněných předmětů k jejich sdělování veřejnosti kupříkladu prostřednictvím audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání (*video on-demand*). Rozhodná je tak cena licence, resp. licencí k příslušnému užití chráněných předmětů na trhu, nikoli snad „vnější“ cena audiovizuální mediální či jiné služby, která je určena spotřebiteli služeb. Pachatel totiž není v postavení spotřebitele (zákazníka), o něhož nejde, nýbrž v postavení veřejného zpřístupňovatele dosud chráněných předmětů spotřebitelům (zákazníkům).

Pro trestněprávní účely **nelze** počítat se **soukromou pokutou** (civilním trestáním) vyjádřenou soukromoprávním nárokem bezdůvodně ochuzeného na vydání dvojnásobku bezdůvodného obohacení podle autorského zákona.

Tam, kde by nebylo možné historickou obvyklou cenu licence v daném místě a minulém čase skutku zjistit nebo by to bylo možné jen s nepoměrnými obtížemi, určil by výši peněžitého plnění (výši vydávaného bezdůvodného obohacení) soud v civilním řízení podle své úvahy s přihlédnutím k provedenému dokazování, a to podle občanského soudního řádu.

Jednu poznámku na závěr.

Nezapomínejme na ochranu obětí. Patří mezi ně i tvůrci umění.

VII. Nevyrovnání práv?

Dodejme ještě, že domácí stahovač filmů a hudby **nemá žádná subjektivní soukromá práva**, leda práva spotřebitelská (např. právo reklamační), o něž tu ale nejde. Stahovač se určitým způsobem **volně chová v soukromém prostoru**, jehož si právní řád, až na výjimky, nevšímá. (O

novinářskou zkratkou „*Kuky vrací úder*“.

omezeném politickém právu stahovače vyhledávat a šířit informace a o právním důvodu tohoto omezení pojednávám dále.)

Lidskoprávně, ústavně i mezinárodně, je uznáván a chráněn **vlastník** práv k duševnímu vlastnictví, jímž je tvůrce nebo investor, anebo oprávněný licencionář, jde-li o vlastnictví licence (relativního majetkového oprávnění).

Proto ani **nemůžeme** právně hovořit o údajném „nevyrovnání“ práv (snad soukromých, snad veřejných), jak **politicky** zaznívá z liberální „zelené“ části Evropského parlamentu v politické debatě o Dohodě ACTA. Domácí stahovač se v soukromí chová **volně**: více, nebo méně mravně (ohleduplně nejen na sebe).

„Červenou kartu“ však dostává podnikatel v „informačních službách“ na síti, který **nepoctivě** (a zároveň protiprávně) **těží z cizího vlastnictví** (a talentu) pro svůj zisk.

Je věcí kupříkladu výrobce zvukového nebo zvukově obrazového záznamu (hudební nahrávky či filmu), zda svůj záznam, do jehož výroby investoval svůj majetek, čas a energii, opatří „technickými prostředky ochrany práv podle autorského zákona“ (*digital rights management, DRM*). Podobně to platí i pro nakladatele „e-knih“ aj.

Účelem technického prostředku zabraňujícímu nebo omezujícímu kopírování či snižujícímu jeho kvalitu, je ochrana záznamu a dalších ideálních předmětů v něm obsažených (např. uměleckých děl) před rozmnožováním a rozšiřováním či jiným veřejným užitím pro **obchodní účely** bez souhlasu majitelů práv. Jedná se o **obchodně legitimní prostředek ochrany obchodních zájmů** tvůrců a investora, který je právně **vyvážen příkazem prodeje zboží na trhu za spravedlivé** (přiměřené) **ceny** bez zneužití tržního postavení.

Ochrana soukromí, tj. i volné kopírování pro osobní potřebu, zůstává **nedotčena**. Nicméně, použité **technické prostředky** jsou „hloupé“. **Nemohou rozlišit** mezi obchodním využíváním a volným domácím kopírováním v soukromí. Tím je technicky (nikoli právně) omezeno i domácí kopírování, byť by se jednalo o zhotovení třeba jen jedné záložní (archivní) kopie. Domácí kopírovatel, který se volně chová v soukromí, ovšem **nemá žádné subjektivní majetkové právo na rozmnožování**, které by mohlo být dotčeno, právě proto, že zůstává v **soukromí**, kde žádné takové právo zásadně nepotřebuje. Jedná se o **volný prostor**. (Výjimkou je hlavně, už letitý, zákaz kopírování počítačových programů a elektronických databází i pro osobní potřebu, což zde ale nemám primárně na mysli.) Je ovšem věcí filmového nebo hudebního producenta apod., zda a jakými technickými vlastnostmi vybaví svůj záznam, resp. výrobek.

Domácímu kopírovateli svědčí **práva spotřebitelská**, totiž nebýt klamán o technických vlastnostech výrobku, u něhož lze vzhledem k jeho povaze a druhu **předpokládat kopírovatelnost**, přičemž ale tomu tak ve skutečnosti technicky **není**. Spotřebitel by v takovém případě mohl být **uveden výrobcem v omyl o technických vlastnostech výrobku**. Producenti ale obvykle na

výrobku uvádějí jeho technické omezení, takže spotřebitel může předem vědět, jaké jsou technické vlastnosti výrobku, který si chce koupit.

Odstranění nebo obejití zabraňujícího či omezujícího technického prostředku sloužícího ochraně obchodu, jestliže se tak stalo pro **neobchodní účely osobní potřeby** (soukromí), **není právním deliktem** na majetkovém právu k duševnímu vlastnictví právě proto, že nejde o obchodní účel, který se realizuje na hospodářském trhu; viz obecnou právní **zásadu práva duševního vlastnictví**, jíž je **oddělení sféry obchodu** (hospodářství a trhu) **od soukromí**. „Majetkové“ právo, jehož ochrana je tím vším sledována, **nepůsobí** (kromě výjimek u počítačových programů a elektronických databází) v soukromí, kdy se **apriorně** jedná o užití volné, rázu spotřebitelského.

Třeba říci, že instituce volného užití pro neobchodní osobní potřebu je u nás zákonodárně systematicky pojata **vedle** zvláštních případů zákonných licencí.

Uvedený dílčí **právní závěr** se opírá o účeloslovný a systematický výklad práva a zároveň o **vyváženost** mezi ochranou soukromí a obchodu (hospodářství a trhu) neboli o **rozumné uspořádání** poměrů ve společnosti.

Musíme ale dodat ještě jednu věc. Mezinárodní, evropsko unijní i český „**Tříkrokový test**“, který se týká uplatnění výjimek a omezení podle autorského zákona, **platí i pro volná užití** pro neobchodní osobní potřebu. Ve svém důsledku to znamená, že právní závěr, který je výše podán z důvodu **rozumného upřednostnění soukromí**, podléhá právnímu prozkoumání „Tříkrokovým testem“ podle okolností jednotlivého případu (§ 29 odst. 1 a. z). Ani na tom ale není nic nerozumného, protože se jedná o druh obecného testu poměrnosti cíle a prostředku.

Znamé rčení, které bývá v naší souvislosti používáno, „*kde hodnota, tam nárok*“, bych si dovolil poopravit nebo doplnit, „*kde hodnota, tam svoboda (svobodná vůle vlastníka)*“. Zdá se, že jsme poněkud pozapomněli na podstatu **soukromoprávní společnosti**, jež spočívá v **autonomii vůle**. Protipólem soukromého zájmu ovšem bývá zájem veřejný, zde často chápaný jako **kulturní zájem obecný**. Proto nezbyvá nežli uzavřít, že bez **vyváženého ústavního pohledu** na právo duševního vlastnictví nejsme schopni rozumně (a s citem) vyřešit jakýkoli autorskoprávní či jiný právní problém týkající se duševního vlastnictví v informační (ani jiné) společnosti.

VIII. Politická svoboda a duševní vlastnictví

Začněme nejprve jinou otázkou, jež se týká internetu. Na mysli mám **veřejné subjektivní „právo na připojení k internetu“** (*right to Internet access*), které je součástí **svobody projevu** a **práva vyjadřovat své názory a vyhledávat, přijímat a rozšiřovat ideje a informace**, jakož i **práva spolčovacího** bez ohledu na hranice států, a to všemi prostředky, tedy i pomocí sítě elektronických komunikací (čl. 17 Listiny). Některé státy výslovně uznávají právo na přístup

k internetu. Český Ústavní soud se této ústavní otázky zatím dotknul spíše jen okrajově. Stručně řešeno, „právem na připojení k internetu“ se rozumí právo komunikovat s jinými lidmi určitým, dnes běžným, technickým způsobem. „Odpojení od internetu“ znamená nezanedbatelné omezení výkonu tohoto práva. U člověka, spíše jen výjimečně, odkázaného jen nebo převážně jen na tento způsob komunikace s vnějškem (např. u nemocného nebo zdravotně postiženého) by se mohlo jednat až o zábranu výkonu práva. Nicméně, v politicky kritizované Dohodě ACTA o tom nic není.

Politickou **svobodu projevu** a **politické právo** vyhledávat a šířit informace lze **ústavně omezit**, krom jiného, **ochranou práv a svobod druhých**. Na ústavním omezení těchto práv, a to i coby politických „práv digitálních“, **nic nemění** ani politické, technické a právní prostředí „informační společnosti“. Veškeré osvědčené obecné lidské hodnoty „mimoinformační“ platí i v prostředí „informační společnosti“. **Opakem** bývá informačně politická ideologie, která se v některých směrech vyznačuje až „fetišizací“ pouhého technického nástroje, jímž je internet (sít' elektronických komunikací), a která v krajních variantách aspiruje na „nový svět“, poměrně blízký některým vizím komunistickým. **Lidská práva** pochopitelně existují i v informační společnosti. Jejich výkon se ale právě zde vyznačuje **zvýšenou mírou odpovědnosti**, neboť zneužití kupříkladu svobody projevu na úkor bližního je právě v informační společnosti „nesnesitelně lehké“ i celosvětově.

Politické právo šíření informací všeho druhu, a to i ve světové síti elektronických komunikací, je **dočasně ústavně omezeno**, a to **upřednostněnou ochranou práv k duševnímu vlastnictví** jiných. Ovšem jen po **dobu určitou**, po níž tato práva trvají. Rovněž tak **duševní vlastnictví** je pod **ústavní ochranou**; čl. 11 a 34 odst. 1 Listiny. Ústavně dovolená omezující opatření ve vztahu k politickým svobodám či právům ve prospěch práv duševního vlastnictví druhých jsou v demokratické (i jiné) společnosti **nezbytná** právě proto, aby duševní vlastnictví jiných, které je velmi citlivé, vůbec mohlo nerušeně vznikat a existovat, a tudíž přinášet **plody** nejen svým tvůrcům a investorům, ale i celé společnosti, jejíž kulturu, vědu a techniku obohacuje a rozvíjí.

Politické svobody a práva jsou zjevnými hodnotami, které jsou obzvláště politicky zdůrazňovány v „demokratické“ (lidovládné) společnosti, v níž má každý příležitost podílet se na správě politických (veřejných) věcí. Politické svobody a práva ale **nelze** (ani v demokratické společnosti) uměle vytrhávat z ústavního kontextu, který se vyznačuje soudržností, ohleduplností a vyvážeností.

Jistěže mohu vyhledávat informace o novém zábavném filmu a tyto údaje, třeba o obsazení hlavní ženské role, svobodně šířit nejen v hovoru s naší domovnicí anebo u kadeřníka, ale i po internetu. Neznamená to však, že mohu veřejně zpřístupňovat i nový film jako takový.

Dočasné omezení práva šířit informace v důsledku působení práv duševního vlastnictví ale

není bezvýjimečné. Právní řád stanoví celou řadu případů, kdy je **dovoleno zasáhnout do cizího práva duševního vlastnictví**, a to i proti vůli vlastníka práva a bez ohledu na jeho vůli. Vlastník práva se o tom dokonce nemusí ani dovědět. Jedná se o **mnohačetné** zvláštní případy, kdy byla vyváženě dána **přednost obecnému nebo veřejnému zájmu** (např. na obecném dobru rozvoje vědy nebo na jinak obecně důležitém uspořádání poměrů) **před dočasnými subjektivními soukromými právy** (obchodními monopoly). Kupříkladu české autorské právo zná **17** takových případů (a to **vedle** volného užití pro osobní potřebu); např. zákonnou licenci pro zdravotně postižené anebo pro sociální zařízení. Zmínit můžeme i experimentální zákonnou licenci v právu patentovém aj.

Vedle toho existují **průniky do dočasných soukromých práv průmyslového vlastnictví** na podkladě **úředních licencí v obecném zájmu**, např. pro účely **ochrany veřejného zdraví**, a to i ve prospěch rozvojových a nejméně rozvinutých zemí, aj. Mezinárodní právo autorské zase umožňuje zavést úřední licenci překladatelskou na zahraniční díla (u nás ale opuštěnou počátkem 90. let pro nevyužívání v praxi i pro jistou politickou nevhodnost vůči cizině).

Nikoli na posledním místě musím upozornit na již zažitou soukromoprávní instituci **vyčerpání subjektivních majetkových práv duševního vlastnictví**, která představuje **omezení** jejich výkonu (při zachovaném trvání) ve prospěch **obecného dobra jednotného trhu** v Evropském hospodářském společenství. Ačkoli neexistuje celosvětové vyčerpání těchto práv, setkáváme se s ním i v některých dvoustranných mezistátních obchodních dohodách. V podstatě se přitom nejedná o nic jiného nežli o **výsledek poměřování** subjektivních práv (obchodních monopolů) a obecného dobra jednotného trhu. Alespoň nepřímou tak vyčerpání práv duševního vlastnictví přispívá i ke **svobodě informací**.

Celý systém duševního vlastnictví je po stránce **zákonodárné** dlouhodobě **zásadně rovnovážně** (zásadně spravedlivě) nastaven. O detailech, možných chybách nebo o rozšíření výjimek lze jistě právně i politicky diskutovat. Sám mám několik odborných podnětů v tomto směru ve prospěch veřejnosti; např. zavedení autorskoprávní zákonné licence pro parodie apod., jež odpovídá obecné potřebě výkonu svobody (i umělecko parodického) projevu a kterou výslovně připouští právo EU.

K naznačeným otázkám má poměrně blízko i problematika dosud chráněných uměleckých děl, která však **zlidověla**, stala se obecně známými či obecně příznačnými (nejen pro autora) anebo se stala slavnými či dokonce splynula s kulturní krajinou, kterou spoluvytvořila apod. Na mysli mám nejen různé písně nebo jejich texty, ale též konkrétní architektonické dílo, které je vyjádřeno stavbou televizního vysílače a hotelu na Ještědu v severních Čechách a jeho dvojrozměrnou dojmovou napodobeninou v jednom poli znaku a vlajky Libereckého kraje.

Autor v takových případech musí rozumně počítat s tím, že zveřejněné „slavné dílo“ může

žít „zvláštním životem“, jímž se může projevit jistá „daň za slávu“. Na druhou stranu, proč by ale měl autor dosud chráněného uměleckého díla, které se stalo „národním bohatstvím“, **trpět cizí obchodní nebo jiné hospodářské těžení** ze svého obecně známého uměleckého výtvoru, **aniž** by mu příslušel spravedlivý podíl na cizích výnosech, o které se přinejmenším nepřímo zasloužil. A to nemluvě o ohleduplnosti na **svobodnou vůli** autorovu, který nemusí chtít být jakkoli (ani prostřednictvím svého osobnostního výtvoru) spojován s cizí hospodářskou, politickou nebo jinou činností.

Vraťme se k politické svobodě.

Zdůrazňuji, že v případě práv duševního vlastnictví se jedná o majetková práva, která jsou **časově a územně omezená**, což znamená, že **politické právo na šíření informací není dotčeno trvale a obvykle ani všude**. Navíc, politické právo na šíření informací obsahově a významově inklinuje ke sdělování, přijímání a výměně **politických názorů** (v širokém slova smyslu), a to již proto, že se z ústavního hlediska jedná právě o „politické“ **vertikální právo občana vůči státu**, které přinejmenším nepřímo potencionálně souvisí s **politickou soutěží o státní moc**.

Krom toho, **některé** duševní vlastnictví (nehmotné věci v právním smyslu) je díky své povaze od počátku určeno k **obecnému užívání**. Mluvíme proto o **veřejných statcích** jako jsou označení původu, zeměpisná označení nebo zaručené tradiční speciality či tradiční výrazy výrobků z vinné révy, k nimž se druží zpřístupněné vědecké objevy. Jedná se sice o právní předměty, ale **nikdo nemá** k veřejným statkům **žádná subjektivní soukromá práva**, neboť se právně jedná o veřejně (obecně) sdílené dobro, které se opírá o zvláštní povahu označení zeměpisného nebo tradičního původu výrobků. Platí zde „jen“ zákaz klamání.

Narozdíl od vertikálně působících politických práv platí, že u **horizontálně působících** práv duševního vlastnictví (u soukromého majetku) se jedná o práva majetková (vedle přirozených lidských práv osobnostních), která s **politikou nijak nesouvisí**. Naopak, s čím tato **nepolitická** majetková práva souvisí, to je **hospodářská soutěž** v boji o **tržní moc**. Nikoli však soutěž politická v boji o státní či jinou veřejnou moc. Sám „boj o moc“, ač může tento výraz působit jakkoli hrozivě, nemusí být ničím špatným, je-li uskutečňován slušně, ohleduplně, k obecnému i vlastnímu prospěchu a spravedlivě (po právu). Získaná moc přitom zavazuje.

Jednotlivé kolizní případy z praxe jako je například šíření dokumentárního filmu (uměleckého díla), u něhož **významově převažuje politické obsahové sdělení** nad filmovým (uměleckým) ztvárněním i nad hospodářskou investicí, právně řešíme předvídatelným způsobem podle okolností jednotlivého případu. Tzn. použitím obecně uznávané přezkoumatelné **metodiky** jako je právovědne **posouzení (test) poměrnosti cíle a prostředku**, jež je založeno na právně metodologicky podloženém **vážení** kolidujících hodnot (práv).

Sem patří například **konkrétní** případ kolizního upřednostnění svobody projevu (debaty o

veřejné věci všeobecného rázu politického), jež se týkala umístění amerického radaru v Česku, a práva autorského k výtvarnému dílu, do něhož bylo zasaženo politickou satirou v rámci politické debaty o této veřejné záležitosti, již se výtvarník o své politické vůli účastnil.⁶

Můžeme proto hovořit o **zásadně vyvážené ústavní soustavě**, která zohledňuje soužití rozmanitých práv a svobod v prostředí kulturní rozmanitosti, jež by se jinak mohla potencionálně střetnout. Důvodem je nutnost **ohleduplného soužití** lidí navzájem. Eventuální zneužití tržní (nebo politické) moci je stíháno běžnými právními (nebo politickými) prostředky.

Myšlenkově od sebe **oddělme politiku** (v širokém smyslu), na jedné straně, a na druhé straně **umění, vědu a techniku**. Použijeme-li pro vše z toho, nikoli ovšem zcela rozumně, pojem „informace“, vznikne nám zcela **nesourodá směska** a máme zaděláno na mnohá společenská nedorozumění.

Vůbec se přitom nevyhýbám morálním a posléze politickým diskusím o zkrácení doby ochrany některých majetkových práv duševního vlastnictví, když ale moderní zákonodárně politický trend v Evropě je právě opačný.

IX. Není informace jako informace

V souvislosti s Dohodou ACTA se na veřejnosti vyskytují v zásadě **dva odlišné úhly pohledu**. Ponecháme-li stranou většinu lidí, které to je jedno.

Jedna skupina lidí říká, že se jedná o boj o peníze mezi filmovými a nahrávacími studii a provozovateli internetových služeb. **Druhý** obecně známý pohled se politicky zaštiťuje svobodou internetu a projevuje se i politickým bojem o její zachování, zvláště mezi drobnými zákazníky internetových služeb, tlačeny státy či mocnými, začasto nadnárodními, korporacemi.

První pohled mi je bližší, i když je hrubě nepřesný. Na druhou stranu, **svoboda informací je hodnotou**, kterou třeba hájit. Potíž je ale v tom, co všechno považujeme za „informaci“ neboli česky řečeno za „zprávu“. Informací jsou zprávy o počasí, dopravě, politickém, hospodářském a kulturním dění, právní normy či údaje o správě veřejných věcí apod. V podstatě se jedná o klasickou **politickou svobodu slova** včetně volného oběhu a sdílení názorů na věci veřejné a o moderní **právo vědět o veřejných záležitostech** (právo na přístup k údajům o veřejných záležitostech); viz též výše. Internet je pouze technickým prostředkem. Nic více.

Někteří fanoušci internetu ale považují za „informaci“ i film nebo hudbu. Podle nich není rozdíl mezi tvůrčím uměním ducha a odjezdy autobusů či vlaků! Filmy a hudba patří mezi „data“ v počítači. Technicky, knihovnický a archivářský ano. Morálně, ústavně a soukromoprávně naštěstí

⁶ V obecné rovině je případ odborně popsán zde: *Telec, I.*: O americkém radaru a sovětském kosmonautovi. In: *Bejček, J. – Kožíak, J.* (eds.): *Pocta Petru Hajnovi k 75. narozeninám*. Praha: Wolters Kluwer ČR 2010, s. 335 – 340.

nikoli. Státy se tohoto rozdílu drží. Dovolávání se ústavní svobody informací je pak **falešné**, protože u filmů a hudby zásadně nejde o žádný volný oběh zpráv či politických názorů apod.

Tomuto přístupu nepřímou nahrává hodnotově neutrální, chladně racionální, **informační teorie práva** (blízká technické právní informatice), jež je jednou z **pozitivistických právních teorií**. Tato právní teorie, založená na obecné teorii informací, pracuje například s právně teoretickým pojmem „absolutní práva k informacím“, čímž ale celou záležitost spíše zamlžuje; byť by se na první pohled mohla tato teorie jevit jako moderní přístup k právu.

Předměty, které bychom mohli nazvat „informacemi v právním smyslu“, tvoří čtyři ze šesti, popř. sedmi (uvažujeme-li zvláště o investicích) tříd právních předmětů, a to podle civilistické nauky o hodnotově hierarchizovaných právních předmětech. Vytknutá zvláštní „informační skupina“ (tj. nehmotné statky) je ale **vnitřně nesourodá**. Obsahuje totiž povahově neslučitelné „informace“ (statky) od **člověka oddělitelné** (např. doménové jméno, zvukově obrazový záznam či denní zprávy jako nehmotné věci v právním smyslu) a **vedle** toho „informace“ od **člověka neoddělitelné** (např. jméno, nepřenosný osobní údaj ztotožňující určitého člověka, soukromí, hlas anebo vlastnoruční podpis či výtvarné dílo). Tím je již povahově **předurčen** i zcela **odlišný právní oběh** různých „informací“ (nehmotných statků), jakož i **odlišný způsob a míra jejich právní ochrany**.

Některé právně informační přístupy, známé i z části politické praxe, kladou až nadměrný důraz na **politické občanské právo šíření informací**, které neústrojně **vyjímají** (téměř až fetišizují) z ústavního kontextu **vyvážených práv a svobod**. Jsou to přitom právě práva k určitým „informacím“ (duševnímu vlastnictví), která výrazně, byť dočasně a jen teritoriálně, **ústavně omezují** ono politické občanské právo šíření „informací“. Nelze se proto zbavit **pochyb o nejasné hranici** mezi **právně informační teorií** jako scientisticky laděnou společenskou vědou a **politickou ideologií** spojenou i s určitou **politickou praxí**; např. tzv. pirátských politických stran a jejich sympatizantů.

Navíc, právní i jiná odborná praxe se **neobejde bez hodnocení** „informací“; srov. např. průmyslově vzorové hodnocení vzhledu výrobku, třeba karoserie vozidla, pro průmyslověprávní nebo nekalosoutěžní účely. Podle informační teorie práva je ovšem design „informací“! K čemu to je v právní praxi dobré, nevím. Leda snad jako nepřímý a možná bezděčný teoretický návod (pokusení) k obchodnímu „sdílení informací“ (designů) bez ohledu na vůli vlastníka dočasného a územně omezeného průmyslového vzoru. A bez zřetele na jeho **legitimní zájem** na návratnosti tvůrčí i hospodářské investice, kterou vlastník vynaložil třeba do vývoje nové karoserie automobilu, čímž obohatil lidstvo. Vynaložení další investice předchází návratnost předchozí investice a celý hospodářský cyklus se jednoduše opakuje. Co je na tom ideologicky nepřijatelného?

Druhý výše zmiňovaný výklad o útlaku ze strany států a obchodních korporací je hodně

ideologizovaný, a to v **politickém** smyslu až krajní levice. Probleskují v něm i staré nerealistické myšlenky komunistické o materialistickém ráji na zemi. – Vzpomeňme jen na sovětské (a tudíž i československé) „socialistické vynálezecké právo“, které **znárodňovalo vynálezy** a zásadně **odmítalo patenty** (výsady). – Nechce se přitom všem vědět, že zrovna autorský zákon je postaven na **ochraně hospodářsky slabšího** výtvarníka, spisovatele, tanečníka či hudebníka před „zlými“ korporacemi. Zákon též počítá s **kolektivním vyjednáváním** mezi správcí práv a veřejnými uživateli i s pomocí **mediátora**. Mnozí živnostníci v internetových službách se tomu ale dlouhodobě vyhýbají. Proč vyjednat o cenách licencí? Proč mít transakční náklady, když si můžeme vytvořit vlastní svět? Anebo podsvětí?

Zjevné je, že **někteří** příslušníci **jedné skupiny podnikatelů** (živnostníků) na trhu „informačních služeb“, a to poskytovatelů elektronických ukládacích (hostingových) služeb, chtějí pro sebe získat **nepoctivé hospodářské výhody**. Proč by měla být zrovna tato podnikatelská skupina **zvýhodněna** ve srovnání s ostatními obchodníky s „informačními službami“? Třeba ve srovnání s knižními nakladateli nebo výrobcí zvukových záznamů hudby? Knižní obchodník s „informací“ získává pro své obchodní účely autorskoprávní nakladatelskou licenci. Neknižní obchodník se stejnou „informací“ téhož obsahu a významu, který je činný po síti (on line), chce však být na trhu zvýhodněn **oproti** předchozímu konkurentovi. A to jen proto, že takovýto obchodník podniká elektronicky po síti tak, že buď sám zpřístupňuje cizí výsledky veřejnosti za účelem svého zisku, anebo tak nechává „samoobslužně“ činit jiné? Oba **obchodníci** si jsou navzájem **hospodářskými konkurenty**. Dochází tím k **veřejné poruše volného trhu**, a to jen proto, že jeden z podnikatelů prosazuje **jiné ideologické postoje** a hraje na touhu po snadné (poněkud líné) a bezplatné zábavě svých zákazníků.

Nelze se pak divit vyspělým státům, když džbán trpělivosti přetekl.

Chápu ale i rozhořčené zákazníky, jestliže by po nich někdo chtěl, aby za svou hračku, kterou snadno získali na trhu, zaplatili. Nežijeme však v komunismu.

Stále ještě platí „každému podle jeho zásluh“, nikoli komunistické „každému podle jeho potřeb“; např. podle vlastní potřeby zábavy.

X. Dobrá praxe

Svět internetu se v posledních letech proměnil tak, že poskytovatelé internetových služeb, zejména **hudebních obchodů on line**, si uvědomili, že se může vyplácet masově nabízet tyto služby zákazníkům **legálně**. Za dobrou, rozumně nízkou, cenu. Tomu by měly (a právně musí) odpovídat předchozí **spravedlivé ceny licencí** k internetovému sdělování chráněných statků, zejména uměleckých děl, a následné **spravedlivé rozdělení výnosů** z udělených licencí mezi

vlastníky všech práv. Mnozí vykonavatelé práv se již vydali touto cestou. Nabízejí nebo nechávají nabízet chráněné statky ke stažení zákazníkům za rozumnou cenu. Obvyklým hlediskem licenčním odměn je podíl na zisku (*profit participation*), když všechny strany vstupují do jistého hospodářského rizika, které si rozkládají mezi sebou.

Konkrétně můžeme zmínit severo a jihoamerický *Netflix*, který ale není z Česka dostupný a který má přes 20 miliónů platících zákazníků za necelých osm dolarů měsíčně. Cenné papíry *Netflixu* jsou obchodovány na burze. Od nás je ale od loňska dostupný obecně známý hudební obchod (prostor) *iTunes Store* z USA. Anebo můžeme poukázat na slovenskou a krátce nato českou internetovou hudební databázi pod značkou *MusicJet* či českou filmotéku *Voyo*. Společníkem české obchodní korporace *MusicJet, s. r. o.*, založené v roce 2011, je i kolektivní správce práv k hudebním dílům, *OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním, o. s.* Dále můžeme hovořit o české značce *Supraphonline* anebo o autorské značce *Jaromír Nohavica*. Připomeňme i první český hudební obchod on line, dnes již zaniklý, *i-legálně*, obchodně inspirovaný v zahraničí. Nezapomínejme ani na zpřístupňovaná kartografická díla; viz např. *Google Mapy* aj.

Na padesát velkých hudebních obchodů on line působí ve světě. Jen menšina z nich je ale po síti přístupna z Česka. Zahraniční obchodníci buď nemají o mnohá území obchodní zájem, anebo by jej možná měli, ale nezískali licence od vlastníků práv duševního vlastnictví pro některá území. Obchodní význam českého trhu ovšem není srovnatelný s trhem třeba německým nebo britským, o americkém nemluvě.

Podle *Steva Jobse* zákazníci zakoupili do konce roku 2006, a to je již pár let, dvě miliardy nahrávek písní z internetového obchodu *iTunes Store*.⁷

Zákonodárné prostředí u nás v roce 2010 rozvinul zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání (*audio or video on-demand*). Stačí je jen hospodářsky naplnit. Mezi tyto placené mediální služby spadá například česká „nahlížecí“ filmotéka *Voyo*, spjatá s televizní stanicí *Nova*. Věcně podobný je i český *MusicJet*.

Faktem zůstává, že různé internetové služby se věcně liší mírou spotřebitelské dosažitelnosti (u nás poměrně malé), četnosti obsahu, zákaznické přívětivosti i možnosti pohodlného (nikoli obtížného) čerpání. Tak tomu ale bývá i v jiných službách.

XI. Obchody nebo neobchody

Aktuální právní spory mnoho nového nepřinesou. Leda působení **odrazujícího** vlivu

⁷ Viz <http://www.muymac.cz/art/zpravy/steve-jobs-uvahy-o-hudbe-6-unora-2007.html>, [cit. 6. 2. 2012].

generální prevence. Jedná se totiž o boj, který lze konečně **vyhrát obchodně a morálně**. Např. novými **obchodními modely** typu „on line“. Sem patří obchodní model „snadné a levné koupě“ po síti kýmkoli, kdykoli a odkudkoli (tedy i z Česka), třeba jen pomocí mobilního telefonu; viz např. český *Supraphonline*, *MusicJet* nebo americký *iTunes Store*.

A to vše **vedle** rozvíjení **alternativních modelů neobchodních** jako jsou různé volné softwary, neomezené nebo jen málo omezené licence typu *Creative Commons* apod. **Neobchodní soustava** typu *Creative Commons*, tvůrčí občiny, má význam například pro veřejné užívání takových literárních či jiných uměleckých děl, u nichž **společenský význam jejich obsahu** (sdělení údajů k jejich čerpání) je **vyšší**, nežli **význam literárního či jiného uměleckého ztvárnění** (vyjádření) tohoto obsahu. Jedná se o autorská díla zejména **informačního nebo dokumentačního určení**. Stále se však jedná o autorské výtvořiny. Podobně tomu je například u **vědeckých děl**, u nichž rovněž **převažuje význam obsahu** (vědeckého poznatku či objevu) nad autorskoprávně rozhodnou **vědeckou vyjadřovací formou**.

Srov. např. přístup Masarykovy univerzity v Brně k uplatnění zaměstnaneckých děl na veřejnosti, který od roku 2012 využívá soukromý systém autorskoprávních licencí *Creative Commons*, udělovaných univerzitou formou veřejné licenční nabídky.

Celosvětově zde totiž hraje roli **dvojdílnost**, dichotomie, **obsahu** (myšlenky) a **uměleckého či vědeckého ztvárnění obsahu** (podoby vyjádření myšlenky).

Autorské právo, jak známo, **nechrání myšlenkový obsah** (poznatky, objevy, informace), ale až jeho umělecké či vědecké vyjádření (uměleckost či vědeckost). Obsah může chránit právo proti nekalé soutěži. Pokud bychom obojí nerozlišovali, těžko bychom se mohli vzájemně právně domluvit. Mezinárodní (světová) dichotomie myšlenky (*idea*) a jejího vyjádření (*expression*) je **autorskoprávní notorií**, laicky popisovanou třeba i na *Wikipedii* aj.

– Uvedme si **příklad**.

Představme si kaligrafii neboli umění krasopisu. Autorské právo **dočasně** (byť dlouhodobě) majetkově chrání jedinečné umělecké písmo coby osobnostní tvůrčí projev kaligrafického umění. Autorské právo chrání **uměleckost** (krásno) písma **bez ohledu** na to, co je uměleckým písmem napsáno. Napsaný obsah (sdělení, poznatek, informace, děj) autorské právo vůbec nezajímá.

Podobně právo průmyslových vzorů, je-li tak svobodnou vůlí přihlašovatele, chrání pro hospodářské účely světově nové typografické znaky, tedy i písmena a číslice (fonty), a grafické symboly, budí-li u poučeného (informovaného) uživatele celkový dojem individuální povahy odlišitelné od dosavadně zveřejněných tvarů písmen a číslic, **aniž** by přitom hrálo jakoukoli roli, zda a co je novým písmem napsáno anebo pomocí nového tvaru číslic spočítáno či novým grafickým symbolem zástupně obsahově a významově vyjádřeno. –

Po **morální stránce** lze současný boj vyhrát **úctou ke svobodné vůli** filmaře, fotografa či

hudebníka, spisovatele, zpěváka apod. Chápu státní důraz na právní postih a generální prevenci, protože stát odpovídá za veřejný pořádek, ale je to jen jedna stránka věci.

Co proto všechno mohl a měl učinit český stát?

Ponecháme-li stranou **přímé** administrativně-direktivní určení cen a rozdělování honorářů (např. vládním nařízením či vyhláškou Ministerstva kultury) či založení monopolní státní organizace, jak se dělo v komunistickém politickém režimu státního socialismu, nabízejí se nám jen **nepřímé veřejné pobídky fiskální regulací**; např. daňovým zvýhodněním toho, co je převážnou většinou slušných lidí považováno za obecně dobré, státním dotováním úroků z úvěrů na obchodování on line, investiční pobídkou dosažitelnosti zahraničních služeb po síti v českém prostředí apod. Celkově by tato opatření měla směřovat k **veřejné pobídce** filmových a hudebních obchodů on line ve srovnání s některými pochybnými elektronickými úložišti „dat“. Dojde-li k normální **hospodářské soutěži**, lze předpokládat i **soutěž cenovou**, jíž může nakonec vyhrát zákazník. Obvykle stačí jedna cenová štika v rybníce legálních obchodů on line. Je-li však **hospodářský trh podstatně deformován**, jako je tomu dnes u nás, je úkolem státu jednat a v obecném i veřejném zájmu **narovnat soutěžní prostředí**. Politická a odborná iniciativa by měla vzejít z Ministerstva kultury v **součinnosti** s Ministerstvem financí.

Nicméně, i **represivní právní zásahy** mohou mít obecný přínos.

Právní zásahy tohoto druhu totiž mohou morálně a právně veřejně **oddělit** „zrno od plev“. Nemluvě o ochraně individuálního hospodářského postavení kupříkladu provozovatele legálního hudebního obchodu on line (např. typu *iTunes Store* nebo českého *Supraphonline*), který se objektivně ocitl na trhu v soutěžním střetu s internetovým podnikatelem, jenž nabízí ukládací „informační služby“ svým zákazníkům (např. typu *Ulož.to*). Cílem těchto služeb obvykle **není** bezpečné uložení či osobní předání „dat“ na síti čili **funkce depozitáře** (elektronické úschovny např. typu *Úschovna.cz*), kterou nutno **věcně odlišit**. Tímto cílem bývá umožnit veřejné vložení sdělovaných „informací“, a to **přínejmenším s nepřímým úmyslem dosáhnout jejich následného hromadného bezplatného stahování veřejností**. Navíc, takovýto podnikatel v ukládacích službách **má vědět** o protiprávnosti zpřístupňování „informací“ veřejnosti, a to již s ohledem na zjevný druh, formát nebo velikost účelově ukládaných souborů. Jelikož se obvykle jedná o **podnikatele** (obchodní korporaci), platí pro něho **právní zásada profesionality**, neboť se veřejně hlásí k internetové **odbornosti**. Nic nebrání, aby takovýto podnikatel používal například počítačový program, který by ho samočinně upozornil na potencionálně právně nebezpečný soubor, který byl zákazníkem vložena na veřejné úložiště, a to s ohledem na technické vlastnosti určitého souboru.

Podnikatelé poskytující kyberprostor svým zákazníkům jako shromaždiště „dat“ se **nezbaví** své – byť zákonem omezené – **soukromoprávní odpovědnosti**, pokud se jedná o zásah do práv duševního vlastnictví, práva osobnostního nebo za nekalou soutěž tím, že ve svých všeobecných

smluvních podmínkách, za nichž poskytují ukládací služby zákazníkům, stanoví smluvní zákaz ukládat nahrané soubory porušující například cizí autorská práva. Soukromoprávní odpovědnost, omezená v tomto případě zákonem o některých službách informační společnosti z roku 2004, **nepřipouští vyvinění delikventa** poukazem na to, že někdo třetí, zákazník, porušil svůj smluvní závazek vůči němu (tj. vůči poskytovateli služby).

Podobně se tomu má například u soukromoprávní odpovědnosti správce domény „.cz“, civilní korporace *CZ.NIC, z. s. p. o.*, která spravuje soukromou databázi doménových jmen v doméně „.cz“. I zde platí legální omezení jinak objektivní (přísné) soukromoprávní odpovědnosti za následek hospodářské činnosti, resp. její nahrazení odpovědností za zavinění alespoň nevědomou nedbalostí.⁸

Stručně řečeno, na světovém i českém trhu můžeme spatřit **masivní nekalou soutěž** ze strany účelových „poskytovatelů kyberprostoru“ (míst pro účelová shromáždění „dat“), jež se odehrává **na úkor** „poskytovatelů obsahu“, tj. obchodníků s licencovanými filmy, fotografiemi a hudbou po síti. Ačkoli **dobré mravy soutěže** snesnou zátěž „ostrých loktů“, něco takového je přespříliš. Jedná se o **poruchu volného trhu**, který státy chrání jako obecně sdílenou **hodnotu**.

Nevím, proč se někteří politici liberálové (i konzervativci) nestrachují o volný trh, jehož veřejná porucha očividně nastala, ačkoli se na druhé straně ideologicky zaštiťují „mantrou“ volného trhu. Možná proto, že se raději populisticky „vozí“ na zjitřených náladách některých skupin lidí (svých potencionálních voličů).

XII. Anonymní protestní hnutí

Ještě jednu důležitou a zároveň aktuální věc bych rád zmínil. Týká se různých **protestních hnutí** na internetu i v ulicích. Občas se nemohu zbavit dojmu až jisté davové psychózy; téměř až hysterie nezralých lidí, kterým „zlé státy“ a „zlé korporace“ řekly, že si hračky budou muset koupit a uspořít si na ně z kapesného. Z jiného soudku připomínám „tradiční“ násilí v ulicích při zasedáních Mezinárodního měnového fondu a Skupiny Světové banky. Netvrdím však, že kritici establishmentu nemohou mít v něčem pravdu. Proto je **nutno naslouchat i násilníkům**.

Kupříkladu na protestním hnutí *Anonymous* mi vadí právě to, že je anonymní. Faktem je, že svoboda projevu bývá prostřednictvím internetu často vykonávána anonymně nebo pod krycími jmény. Takový přístup ale považuji za projev **osobní neodpovědnosti a osobnostní nezralosti**.

⁸ Srov. též usnesení Vrchního soudu v Olomouci ze dne 19. 7. 2006 čj.: 1 Cmo 255/2005-87 v odvolací věci *Statutárního města Ostravy v. Grendel, a. s., a CZ.NIC, z. s. p. o.*, týkající se práva na náhradu nákladů řízení při střetu doménového jména *ostrava.cz* s názvem právnické osoby, města *Ostravy*, a dále viz zveřejněný rozhodčí nález Rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR ze dne 20. 9. 2011 č. 00059 ve věci určitého doménového jména v doméně „.cz“, vydaný autorem tohoto příspěvku jako rozhodcem tohoto rozhodčího

Namísto kapky ušlechtilosti.

Nejde-li o drobnou anonymní poznámku, mám si za svým politickým či jiným názorem **otevřeně stát** a mám **unést odpovědnost** za své možné veřejně projevené omyly nebo chyby. Na jedné straně slyšíme zcela správná volání po **otevřenosti internetu** a obáváme se o ni. Na druhé straně se sami **skrýváme v anonymitě**, protože nechceme být odpovědny za své činy. Otázky internetu jsou **věcmi veřejnými**, a to platí pro každé internetové hnutí.

Hnutí jako *Anonymous* se sociálně a morálně vyznačují **útekem od osobní odpovědnosti skrytím v anonymním davu**. Současně se některá hnutí, žel, nevyhýbají ani násilí na státu nebo veřejném majetku. Jejich **obětmi bývají i soukromníci**, např. správci majetku nebo ochránci cizích práv, jejichž **svobodné postoje** a činnosti jim ideologicky vadí. **Chceme-li vlastní svobodu, musíme nejprve uznat svobodu bližního**.

Připomínám nedávný násilný útok na server slovenské vlády, který byl veden politickým motivem zastrašit stát před politickým krokem, jímž je přistoupení k Obchodní dohodě proti padělatelství (ACTA). Útok sice trval asi jen dvě hodiny a proběhl o víkendu. Další násilí proběhla u nás a ve Francii. Bouřila část Polska. Budoucí **násilí** ale může trvat déle a může způsobit **veřejnou poruchu**, která zasáhne každého člověka. Možná, že právě to je ale účelem. Vyvolat chaos ve „společnosti sítí“ a postavit proti sobě části běžné lidské společnosti. Například tehdy, jestliže se stát nebude chtít chovat zrovna podle něčí politické ideologie. **Stát, který není internetově bdělý, je v kyberprostoru výrazně slabší stranou**. Každého slabšího je třeba chránit, pakliže si svůj stav nepřivodil vlastní nedbalostí; např. nedbalou veřejnou správou.

Dosavadní násilí na státu včetně Poslanecké sněmovny a na některých soukromnících nemá **pranic společného s ústavně zaručeným politickým právem na odpor** (čl. 23 Listiny). Naopak, za vymezených zcela krajních okolností by bylo lze právo na odpor využít proti útočníkům na stát. Nic neznamená, že míra násilí je doposud poměrně malá a spíše jen exhibiční. Jedná se o předvedení **síly nad státními orgány a nad ústavou**. Zbraní svého druhu jsou technické nástroje. Ostatně i komunisté, k nimž mají někteří odpůrci duševního vlastnictví ideově blízko, v době československé politické krize v únoru 1948 předváděli svou politickou sílu pochody se zbraněmi. Jen druhy zbraní se mění.

Obávám se, že navozené téma je docela vážné.

Škoda, že ACTA nejsou akty.

Brno, 14. 2. 2012



Dílo lze veřejně užívat na základě autorovy veřejné nabídky licence Creative Commons BY-NC-ND:

Uveďte autora – Neužívejte komerčně – Nezasahujte do díla 3.0 Česko

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/cz/>