

PRÁVNÍ MONOGRAFIE

Elektronické právní jednání

Analýza s důrazem na využití
elektronického podpisu
a elektronické pečeti podle práva EU,
České republiky a Německa

Vojtěch Kment

 Wolters Kluwer

PŘEDMLUVA

Není posláním předmluv podat obsah či shrnutí¹ textu, ale spíše vyjádřit autorovo subjektivní hledisko a osobní vztah k tématu, nebo ozřejmit genezi vývoje díla. Ke čtenářům se touto monografií dostávají výsledky mé právně výzkumné činnosti za několik posledních let. Současně se sledováním akademických kritérií jsem při tvorbě usiloval o to, aby vedle obecnějších či teoretických pasáží došlo i na zpracování konkrétnějších otázek, jejichž řešení souvisí nejen s osvětlením právně teoretických konstrukcí, ale současně je i užitečné pro širokou právnickou, ale i neprávnickou odbornou veřejnost.

Tato kniha se zaměřuje na srovnávací analýzu *elektronického právního jednání* podle práva EU, ČR a Německa, s důrazem na využití vyšších verzí elektronického podpisu, jejichž úprava vyplývá především z nedávno účinného evropského nařízení (EU) č. 910/2014 Sb., označovaného zkratkou eIDAS, a jejíž vrchol představuje takzvaný *kvalifikovaný elektronický podpis*. Současně je hlavním cílem osvětlit a popsat elektronické právní jednání *právnických osob*, a to jak obecně², tak konkrétně v souvislosti se zaručenou nebo *kvalifikovanou elektronickou pečeti*, též upravenou v nařízení eIDAS. Jsem si vědom, že můj pohled na využití elektronických pečeti právními osobami, který předkládám v této monografii, částečně není českou právní naukou vůbec předpokládán ani zastáván. Přesto se domnívám, že je legitimní předložit svůj pohled k diskusi, neboť jeho akceptace by mohla být přínosná zejména pro právní jednání právnických osob v praxi. Domnívám se, že mne k tomu opravňují i nově předložené argumenty, vyplývající z hloubky provedené a předestřené analýzy.

Zbývá vysvětlit, proč jsem se na dané téma zaměřil. Faktická koncepce *kvalifikovaného elektronického podpisu* (nebo podobné *kvalifikované elektronické pečeti*) nová není, byla založena již dřívější směrnici 1999/93/ES (v monografii označované DirES). Je to právě jeho teoretický základ takzvané infrastruktury veřejného klíče, který představuje komplexní výzvu. Ta spočívá v tom, zda lze splnit nejen abstraktní kryptografické modely, jež jsou považovány za silnou kryptografii a samy o sobě za teoreticky odolné, ale i jejich předpoklady. Ty zahrnují jednak bezchybnou a nesnadno prolomitelnou implementaci v elektronických zařízeních informační technologie, tak i organizační a právní navázání na fyzické osoby takovým způsobem, aby vzniklé digitální záznamy, zajištěné digitálním podpisem, bylo možné právně spolehlivě přičítat určité osobě jako výsledek její záměrné činnosti, tj. i jako její právní jednání.³

¹ Pro rychlé zjištění právně akademického obsahu práce doporučuji samotné *shrnutí* (s. XXXV), popř. jeho sekci *závěrů* (s. XXXVII) či určení *původních poznatků* (s. XXXVIII).

² Srov. zejména kap. 10.

³ Obdobně je možné data opatřená zaručenou nebo kvalifikovanou elektronickou pečeti přičítat původem přímo určité právnické osobě. Pokud to právo dovoluje, mohou potom být tato data považována

Celý tento koncepční základ se za účinnosti směrnice DirES vhodně označoval jako *rámec [framework] elektronického podpisu*, zatímco v novém nařízení eIDAS jako *služby vytvářející důvěru*.

Podstatným požadavkem DirES na zaručený (*advanced*) a potažmo i na kvalifikovaný elektronický podpis bylo, že musel být *vytvořen s využitím prostředků, které podepisující osoba mohla mít plně pod svou kontrolou (means ... under ... sole control)*. Transpozice DirES v právně a technicky rozvinutých státech jako Německo pak směřovala ke dvěma cílům. Prvním bylo, aby rámec elektronického podpisu zajišťoval podepisujícím osobám skutečný *trh* různých produktů, prostředků a služeb, ze kterých by si podepisující osoba mohla svobodně vybrat. Druhým cílem bylo, aby uvedené produkty, prostředky a služby všechny prošly nezávislou *předchozí kontrolou* ohledně toho, zda skutečně plní právní a v posledku všechny technické požadavky implementace kryptografie. Nejen oči a slib výrobce, ale i další nezávislé oči technické zkušebny, bezpečnostního auditora nebo dohledového úřadu byly předpokladem *kvalifikace* pro finální použití.

Tvorba systémů informačních technologií představuje výzvu již sama o sobě, rychlost inovací oboru pak i pro právo IT. Při návrhu a tvorbě prostředků IT, které implementují silnou kryptografii, se požadavky ale kvalitativně gradují. Již vůbec nedostačuje jakkoli rozsáhlé funkční testování, které si běžně může zajistit samotný uživatel u demoverze nebo v pilotním projektu. Je třeba zjišťovat, zda produkty neobsahují navíc žádnou skrytou funkcionalitu (tzv. zadní vrátka), ať úmyslnou nebo nedbalostní, a do jaké míry jsou odolné proti úmyslným útokům na své ochranné funkce. Ověřování vyžaduje specializované kryptoanalytiku, provádí se až v rovině nízkourovňového návrhu integrovaných obvodů, kontrolují se varianty útoků různými fyzikálními metodami a je naprosto mimo možnosti uživatelů.

Silná kryptografie bývá státy považována, přiznaně či mlčky, za *technologii dvojího užití*. Legislativa států se proto chová ke kryptografii běžně macešsky. Někdy kryptografii zakazuje vůbec, pravidlem bývá, že jejímu šíření nepomáhá. Tržní mechanismus sám pak tlačí jen na nižší cenu, což se zpravidla odrazí v nižší než potřebné péči výrobce a může usnadnit prolomení. Za nejvýznamnější výjimku ze státní dislojality ke kryptografii pro masu považují právě metodologii *rámce elektronického podpisu*, používanou Evropskou unií. Užití kryptografie pro podpis státy neohrožuje. Podpis slouží k autentizaci obsahu a podepsané osoby, nikoli k šifrování obsahu.

Fyzická osoba si může být dostatečně jista bezpečností prostředků a služeb, které rámec nabízí. Spolu s akcentem na výhradní kontrolu prostředků (*sole control*) celý scénář pak skutečně ústil k zajišťování *autonomie* jednajících osoby v maximální možné míře, a to v tom smyslu, jak autonomii tradičně chápe soukromé právo.

Podepisující osoba stále spoléhá na technické prostředky a služby. Již z principu tomu nemůže být jinak, neboť digitální svět je běžně přístupný pouze zprostředkovaně. Legislativa však zajišťuje předchozí kontrolu i vytvoření trhu prostředků a služeb.

bud' za právní jednání právnické osoby, anebo za záznam, který dokladuje či dokazuje provedení určitého právního jednání právnické osoby.

Trh se nejen diverzifikuje dle potřeb, stlačuje cenu, ale brání i vzniku bezpečnostně nežádoucí monokultury technických zařízení. Nejen právní předpisy, ale i všechny relevantní technické normy a specifikace jsou zde k dispozici pro kontrolu veřejností. Legislativa se asi všemi myslitelnými způsoby snaží zaručit, že činnost technického zařízení je zcela a výlučně subjugována vůli osoby, která zařízení drží a ovládá. Je to zajištění tohoto podřízení techniky, které zpětně ztěžuje popření pravosti podpisu i jím podepsaného obsahu. Takový elektronický podpis je pak využitelný nejen v právu soukromém, ale i v právu veřejném, jakož i pro vnitřní komunikaci úřadů a společností.

Ze všech výše uvedených důvodů je institut *kvalifikovaného elektronického podpisu* nebo analogické *kvalifikované elektronické pečeti* hodný maximální pozornosti, a právě proto je na ně tato monografie zaměřena.

Současně je nutné připustit, že za více než 15 let si populace vyšší verze elektronického podpisu nijak zvlášť neoblíbila a míra penetrace činí cca 3–4 % obyvatelstva ČR v ekonomicky aktivním věku. Důvodů je zřejmě řada. Vyžaduje určité počáteční náklady podepisující osoby, péči o techniku, a to i v době, kdy se podpisy nevytváří. U tradičního vlastnoručního podpisu tato zátěž nemá obdobu. Schopnost se podepsat si nosí lidé bez jakékoli námahy v sobě, v rámci své neuromotorické paměti a systému. Svoji roli určitě hraje i rozpačité přijímání elektronicky podepsaných dokumentů nebo dat, nedostatek technického zázemí na straně příjemců. Zdá se, že na straně podepisující, ale i spoléhající osoby je výhodnější disponovat stacionárním prostředím, jako je budova úřadu, kancelář společnosti nebo byt. Existuje též určité zbytkové riziko ztráty kontroly navzdory výše popsané péči legislativy, výrobců, zkušeben, auditorů, dohledového orgánu. Je třeba určitá sebedisciplína při užívání.

Vyšší verze elektronických podpisů (zaručený, kvalifikovaný) se od počátku prosazují spíše tam, kde je zapotřebí **ochrana vyšších hodnot**. Ze soukromého práva se jedná o oblast internetového bankovníctví v širokém slova smyslu, ve veřejném právu o takzvaný e-government. V druhém případě je chráněnou hodnotou zákonné využívání veřejné moci a její kontrola až po potenciální soudní přezkum.

Nejpopulárnějším a velmi častým případem užití elektronického právního jednání se za poslední dekádu však zřejmě staly nákupy v elektronických obchodech, oblast označovaná jako e-commerce.

V okamžiku, kdy jsme konfrontováni s naznačenými problémy, je přirozené obrátit se k právu a hledat odpovědi i v něm. Tomu se věnuje tato monografie.

Ze získaných poznatků se kupříkladu jeví, že se praxe vždy sama snaží nalézt takový způsob realizace právního jednání, který je pro účastníky nejsnadnější a ještě vyhovující z hlediska pokrytí rizik, a to i rizik právních. Obdobně i původní vlastnoruční podpis je institut povstalý z obyčejů. Ujal se dlouho před vznikem prvních kodexů z počátku 19. století a ani v průběhu pozdějších dob zákonodárci neměli potřebu jeho znaky a funkce nadměrně právně normovat. Na způsobu jeho vytvoření, ale i případech použití, se společnost dokázala ustálit zdola skoro sama. V kontrastu s tím právní úprava elektronického podpisu je „oktrojovaná“ do vztahu mezi podepisující a spoléhající osobou shora právním řádem, byť s nejlepší možnou snahou napodobit co nejlépe funkci vlastnoručního podpisu.

Vytvářejí ale i jiná právní hlediska. Právní jednání elektronickými obchody strany provádí ve fázi realizace práva, kdy obě jednající strany mají zájem na uzavření dohody a uskutečnění obchodu a plně spolu spolupracují. Využívá se vícekový proces, v němž na podpisovou složku právního jednání není kladen zvláštní důraz a je na straně kupujícího nahrazen především jím provedenou platbou, což odpovídá i reálnému způsobu anonymního maloobchodního prodeje v kamenných prodejnách.

Oproti tomu hlavní funkci kupříkladu datových schránek je potvrzené doručování, tedy nucený příjem datové zprávy, jejímuž přijetí by se adresát často raději vyhnul. Zpravidla se jedná o úkon některého správního řízení, obecně o výkon veřejné moci, včetně moci soudní. Takové systémy proto bude nutné z podstaty věci navrhovat i zavádět jinak než systémy, k nimž mají uživatelé přirozeně vstřícný vztah.

V právní praxi slouží podpis pro stvrzení důležitých právních jednání, pro možnost pozdějšího dokladování nebo dokazování. Buď jej vyžaduje právní předpis, ať již soukromoprávní nebo veřejnoprávní, nebo protistrana jednání. Podepisující osoba jej zpravidla vytváří v době své relativní vstřícnosti, náročnost provedení by ji neměla odradit od provedení jednání. Účel podpisu ale v posledku bývá v důkazním zajištění o provedení právního jednání a o jeho obsahu, tedy možnosti vymáhání právní odpovědnosti. Ze střetu těchto dvou cílů, tj. snadnosti použití a důkazní hodnoty, bude vyplývat to, s jakými technikami provedení elektronického podpisu se v praxi spokojí spoléhající osoby nebo platné právo. Plyne z toho i to, že osud kvalifikovaného elektronického podpisu, ale i jiných druhů technik podpisu, ještě vůbec není u konce.

Sepisovatelé nařízení eIDAS si nízké penetrace vyšších verzí elektronického podpisu byli vědomi. Rozhodli se umožnit vytvářet kvalifikované elektronické podpisy i na dálku, zřejmě s pomocí chytrých telefonů. Tím by se podpisy mohly více rozšířit do masy populace, vznikla by možnost jejich mobilního a nikoli spíše jen stacionárního použití. Právě za tímto účelem byl požadavek výhradní kontroly prostředků z DirES v eIDAS nahrazen výhradní kontrolou dat pro vytváření podpisu. Mé hodnocení této inovace je zdrženlivé. Vítal bych ji, kdyby současně existoval mechanismus omezení výše rizik osob nebo jiný právně bezpečnostní mechanismus, které navrhuji i v závěru⁴.

Ještě radikálnější byli sepisovatelé českého adaptačního zákona č. 297/2016 Sb., o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce, kteří pro písemnou formu soukromého právního jednání dovolili jen elektronický podpis prostý. Ten nemá vůbec žádné důkazní vlastnosti a ty budou muset být všechny zajištěny jinými metodami, zřejmě pravidelností provozu a autentizací na počátku sezení nebo provádění právního jednání. Tyto metody mohou být pohodlnější pro „podepisující“ osobu, neposkytují jí však již autonomii tak, jako to činil kvalifikovaný elektronický podpis. Rozhodující nakonec zřejmě bude opět praxe. Oblast e-commerce si však dosud vystačila bez formality písemné formy s podpisem, faktická důkazní přesvědčivost zůstává zatím⁵ stejná.

⁴ Srov. 11.3 a 11.4.

⁵ V ČR bude praxe jasnější poté, když v červenci 2018 nabude účinnosti zákon č. 250/2017 Sb., o elektronické identifikaci, a až se stanou funkční technické systémy, které na něm budou založeny. Technické inovace jsou nepřetržité, jakož i jejich právní hodnocení.

S nařízením eIDAS přichází konečně i do České republiky *kvalifikovaný elektronický podpis*, který dosud nebyl českým právním řádem vyžadován. Na druhé straně monografie ústí v poznatek, že právní úprava nařízení není úplná. Některé otázky subjugace činnosti techniky pod vůli fyzické osoby nejsou vyjádřeny, strany si je musí zajistit dobrovolně samy, dohodnout v rámci smluvní svobody nebo stanovit vnitřními předpisy, jinak mohou zůstat sporné. Podepisující fyzické osoby, resp. pečeti právnické osoby však získávají možnost těžit z prostředků a služeb, které jsou nově poskytovány v rámci ustanovení o *službách vytvářejících důvěru*. Tato oblast je nařízením upravena sjednocujícím způsobem, což vytváří dobrý předpoklad toho, že v EU vznikne trh s navzájem se podporujícími řešeními, na němž se již v roce 2017 vyskytovalo téměř dvě stě kvalifikovaných poskytovatelů. Je možné, že evropský zákonodárce zůstal v některých obtížných otázkách zdrženlivý i proto, jelikož jen kusá úprava se mu osvědčila v oblasti e-commerce. Spoléhá na dotvoření samotnými soukromými subjekty, kterým poskytuje značný prostor. I když samo nařízení stanoví pro kvalifikovaný elektronický podpis právní účinek rovnocenný vlastnoručnímu podpisu, neznamená to ještě stanovení stejných důkazních účinků. Upozorňuji pak, že zmíněnému dotvoření je třeba věnovat pozornost nejen technicky, ale i právně.

Hledá-li někdo jednotné řešení elektronické podoby právního jednání v písemné formě, u nějž lze nejspíše očekávat, že bude právně přípustné ve všech odvětvích práva, v rámci právních řádů všech členských států EU a bude dobře právně i technicky využitelné i přeshraničně, bude jím zřejmě stále především řešení využívající kvalifikovaný elektronický podpis. U veřejnoprávních podepisujících český právní řád připustil používat pouze⁶ kvalifikovaný elektronický podpis. Jak je uvedeno výše, ten navíc představuje současný technicko-právní vrchol počítačové bezpečnosti pro tento účel, dostupný běžné soukromé osobě. Pokud lze nalézat právní nedostatky či technické slabiny v jeho rámci, tím spíše budou existovat hlubší či širší, ale zamlčované, potíže u řešení jiných.

Elektronické právní transakce příležitostně potřebují i jiné bezpečnostní mechanismy, než je samotný elektronický podpis. Nařízení eIDAS upravuje i od elektronického podpisu odvozené digitální objekty a takzvané služby vytvářející důvěru. Ty plní další funkce ověřování pravosti informací v jinak inertním digitálním kyberprostoru. Vznikají pak otázky o jejich podstatě, vlastnostech a právním významu. Novinkou jsou elektronické pečete, včetně právních požadavků na ně a jejich účinků. Nalézání odpovědí na výše uvedené otázky je též ambicí tohoto textu. Nejobecněji mohou být zapotřebí i další bezpečnostní mechanismy. Informační technologie mohou být schopny i jejich napodobení či provedení, v tomto textu však již probírány vesměs nejsou, neboť škála takových potřeb je obecně otevřená a neomezená.

Posoudit výhody či nevýhody jakékoliv právní úpravy lze nejen jejím hodnocením z pohledů praxe, ale i na základě srovnání nebo abstraktnějšími či systematickými úvahami v rámci úpravy samotné. Právě kontrasty komparací vnáší poznání do toho, co je pro který právní institut nebo způsob jeho faktického provedení charakteristické.

⁶ Výjimka je dovolena přechodnými ustanoveními, jejichž účinnost končí v září 2018.

Z těchto důvodů obsahuje tento text jak exkurz do teorie právního jednání, tak různá srovnání teorie i platné úpravy mezi právními řády ČR a Německa.

Zájemcům o nejvyšší přínos právní teorii doporučuji kapitolu 4, ve které se rozebírají funkce podpisu, zejména vlastnoručního, částečně i elektronického. Pokud je mi jen známo, jedná se zřejmě o dosud nejpodrobnější právně teoretickou analýzu podpisu provedenou v rámci české nauky, ale i nejpodrobnější teoretické shrnutí pokrývající nauku českou, německou a common law. Výsledky této kapitoly umožňují kvalitnější rozvahy o podpisech v nejrůznějších právních i faktických kontextech.

Monografie vznikala následovně. Zárodek textu byl sepsán již na podzim 2013 a na jaře 2014, kdy byl ještě soustředěn na vývoj práva EU a Německa od roku 1997, kdy byl v Německu přijat vůbec první zákon o digitálním podpisu, přes rok 2001 a transpozici směrnice DirES až do tehdy platného stavu práva. Německo je považováno za všestranně vyspělý stát, který je silný ekonomicky, technologicky, početností populace a pochopitelně i právně. Právní řád ČR náleží do stejné středoevropské právní kultury, což činí srovnávání i více schůdné. Zejména mne zajímalo, zda německá úprava obsahovala přiměřené požadavky na všechny součásti rámce elektronického podpisu, včetně potřeby jejich nezávislých kontrol. Též jsem zkoumal problematiku vztahu technické normalizace k právu, jak se nyní používá ve státech EU obecně a pro oblast informačních technologií zvlášť.

Krátce předtím (r. 2012) již ale došlo k vydání návrhu nařízení Komise a návrh procházel zákonodárným procesem, završeným publikací nařízení v srpnu 2014. V důsledku přijetí nařízení eIDAS se dalo očekávat, že německé předpisy budou derogovány a mé pojednání o nich zastará, což posléze i nastalo. Z pojednání o právu let 2000 až 2016 jsou v této monografii ponechány jen velmi dílčí vysvětlující nebo komparativní fragmenty zejména tam, kde dřívější německá úprava předčila stávající unijní, nebo německá judikatura řešila problematiku, kterou stávající nařízení opomíjí.

Brzy poté vznikly pasáže textu o nové definici elektronického podpisu prostého. Další dva roky trvaly do nabytí účinnosti příčných částí nařízení. Během stejné doby byly Komisí postupně vydávány prováděcí implementační akty, které vyhlášovaly čísla různých nových technických norem, na jejichž obsah bylo třeba počkat. Legislativní metoda použitá u eIDAS je totiž založena na kombinaci základní a velmi obecné právní úpravy, jako shora zastřešující právní regulaci, a současného vydání několika desítek technických norem, které částečně v návaznosti na právo, ale částečně i nezávisle na něm regulují materii technicky zdola. V oblasti překryvů zde těžím nejen ze své právní kvalifikace, ale i z kompetence počítačového inženýra, dlouhodobě se zabývajícího počítačovou bezpečností.

Poslední nutné prováděcí rozhodnutí bylo vydáno až na jaře 2016, pouhé dva měsíce před účinností částí eIDAS týkajících se služeb vytvářejících důvěru. K tvorbě textu jsem se tak vrátil na podzim 2016, pracoval na něm průběžně a prakticky celou druhou polovinu roku 2017, dopracování pak proběhlo počátkem roku 2018.

Na jaře 2017 jsem uvažoval až o podrobné komparaci oblíbeného právního jednání elektronickými obchody vůči právnímu jednání s kvalifikovanými elektronickými

podpisy, napříč právními řády EU, ČR a Německa. To se ukázalo časově i rozsahem monografie neúnosné. Přesto na základě těchto směrů rešerší vznikla podstatná část kapitoly 10, která mimo jiné pojednává o právním jednání právnických osob elektronickými agenty, jakým je i elektronický obchod. Podtéma pak zpětně ovlivnilo a posílilo můj náhled na nový institut *zaručené a kvalifikované elektronické pečeti* ze samotného nařízení eIDAS, i proto podávám výklad, který se částečně liší od dosud v ČR zastávaného.

Až teprve během léta 2017 byl vydán německý implementační zákon k nařízení, což teprve umožnilo novou smysluplnou komparaci platného práva. Z konečné verze monografie byly kvůli již tak značnému rozsahu vyňaty obecné analýzy o vztahu unijního a obecného vnitrostátního práva v případě evropského nařízení. Jsou však ponechány závěry o možnostech implementace nařízení obecně, jakož i mnohá konkrétní implementační doporučení.

Vedle nadčasové právní teorie je **nyní obsah textu soustředěn výlučně na právní stav po přijetí nařízení eIDAS. Čtenář dostává do rukou zpracování tematiky zcela aktuální.** Vzhledem k dlouhým periodám novelizací unijního práva lze předpokládat, že nejen právní teorie, ale i významná část ostatního textu rychle nezastará. Jednotlivým novým právním konceptům byla věnována intenzivní pozornost. Do značné míry se však jedná o právní úpravu zcela novou, jíž se zatím věnuje jen omezené množství právní literatury. Některé výklady institutů nařízení eIDAS jsou mnou provedeny zřejmě vůbec poprvé, v jiných předkládám někdy i názory odlišné od dosud vyjadřovaných. Měly by sloužit pro rozvoj dalšího diskursu. Nemohu vyloučit, že vzniknou i jiné přístupy či názory, než které zde zastávám. Text by proto neměl být chápán jako kanonický zdroj právní jistoty, ale jako zdroj jisté argumentace a poznání, které je vhodné vzít na zřetel, popřípadě se s nimi vypořádat, pokud možno vliďně.