

Varování Národního úřadu pro kybernetickou a informační bezpečnost pohledem forem správních činností

Radislav Bražina*

Abstrakt: Základním cílem předkládaného článku je rozbor povahy varování, které může vydat Národní úřad pro kybernetickou a informační bezpečnost v případě zjištění kybernetické hrozby. Článek se přitom na varování zaměřuje z toho pohledu, o jakou formu správní činnosti se jedná a jaké důsledky má, respektive může mít, jeho vydání pro jeho „adresáty“. S ohledem na skutečnost, že varování můžeme označit za neregulativní úkon, je podrobena zkoumání i otázka, zda a nakolik existují možnosti, jak se jeho vydání bránit. Navzdory tomu, že varování představuje neregulativní úkon, má otázka ochrany proti němu zásadní význam, neboť varování jako takové může zasáhnout do práv a povinností konkrétních subjektů. Proto se článek zabývá i otázkou, jestli existuje procedura, v rámci které by bylo možné přezkoumat existenci důvodů pro vydání varování.

Klíčová slova: varování, formy správní činnosti, neregulativní úkon, soudní ochrana

Úvod

Dne 17. 12. 2018 Národní úřad pro kybernetickou a informační bezpečnost (dále jen „NÚKIB“) vydal varování, č. j. 3012/2018-NÚKIB-E/110, kterým upozornil, že technické nebo programové prostředky čínských společností Huawei Technologies a ZTE Corporation představují hrozbu v oblasti kybernetické bezpečnosti. Tento krok NÚKIBu vzbudil poměrně velkou pozornost nejen odborné veřejnosti. Zmíněné varování tak bylo podrobena kritice a hodnocení i v rámci široké veřejnosti, politickou reprezentaci nevyjímaje.¹ Především, že se v rámci tohoto článku nebudu konkrétně zmíněným varováním zabývat, respektive nebudu (a ani nemohu pro nedostatek informací) posuzovat, zda jeho vydání bylo provedeno v souladu se zákonem či nikoliv. Cíl tohoto článku je jiný. Mým záměrem je naopak přinést hodnocení toho, jakou formu správní činnosti veřejné správy varování představuje a jaké důsledky má jeho vydání pro jeho „adresáty“. Současně se zabývám i otázkou, zda existují možnosti, jak se jeho vydání bránit, popřípadě jestli existuje procedura, v rámci které by bylo možné přezkoumat existenci důvodů pro jeho vydání, respektive zákonnost jeho vydání jako takového. Právě poslední uvedená myšlenka má podle mého názoru zásadní význam, neboť varování jako takové má z mého pohledu nemalý potenciál zasáhnout do práv a povinností konkrétních subjektů. Pro podpoření těchto úvah je však nejprve nezbytné posoudit povahu varování jako takového.

* JUDr. Radislav Bražina, Ph.D. Autor působí jako odborný asistent na katedře správní vědy a správního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity a jako advokát spolupracující s Advokátní kanceláří Poncza–Šrámek. Tento článek vyjadřuje soukromé názory autora.

¹ Kupř. lze uvést článek GOLIS, Ondřej. Zeman o Huawei ve světle faktů: kdo varoval jako první, jak reagují jiné státy a jak vypadají investice? In: *iRozhlas.cz* [online]. 11. 1. 2019 [cit. 2020-03-26]. Dostupné z: <https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/huawei-zte-milos-zeman-andrej-babis-cina-otazky-a-odpovedi_1901111400_ogo>.

1. Opatření podle kybernetického zákona

Zákon o kybernetické bezpečnosti řadí varování mezi tzv. opatření.² Ze znění uvedeného zákona lze dovodit, že NÚKIB musí v případě zjištění hrozby v oblasti kybernetické bezpečnosti varování vydat, a tudíž nedisponuje správním uvážením v otázce, zda v případě zjištění kybernetické hrozby varování vydá.³ Určitou míru „úvahy“ tak má jen z hlediska hodnocení toho, zda zjištěné informace skutečně vedou k závěru o existenci kybernetické hrozby. Činnost NÚKIBu tak směřuje k tomu, že v dané situaci vyhodnocuje (interpretuje), zda zjištěné okolnosti spadají pod (respektive naplňují) pojem kybernetické hrozby, který zde má povahu neurčitěho právního pojmu.

Podle důvodové zprávy má varování primárně preventivní charakter s tím, že slouží k varování před konkrétní bezpečnostní hrozbou.⁴ Smyslem varování je oficiální publikace informací o bezpečnostní hrozbě,⁵ tj. preventivní informování orgánů a osob, a to ještě před tím, než se tyto hrozby projeví v kybernetickém prostoru. „Vydávaná varování necílí jen na [...] povinné osoby podle zákona o kybernetické bezpečnosti, ale jsou obecně platná (pro subjekty soukromého i veřejného sektoru).“⁶ Varování představuje přitom podle důvodové zprávy speciální druh správního aktu,⁷ který na rozdíl od dalších druhů opatření, reaktivního a ochranného, není právně závazné.⁸

Je namístě uvést, že podle zákona o kybernetické bezpečnosti je NÚKIB oprávněn vydat mimo varování i již zmíněná reaktivní a ochranná opatření. Reaktivní a ochranná opatření přitom může podle zákona o kybernetické bezpečnosti NÚKIB vydat buď ve formě správního rozhodnutí, nebo opatření obecné povahy. Bylo by přitom zkratkovitě se domnívat, že nastíněné zákonné vymezení, podle kterého mohou být ochranná a reaktivní opatření vydána ve formě správního rozhodnutí nebo opatření obecné povahy, s sebou nebude přinášet žádné aplikační nejasnosti či obtíže. Po mém soudu tomu bude v řadě případů opačně a řadu nejasností zejména v hraničních případech ve finální fázi vyřeší až rozhodovací praxe soudů.

V případě varování je přitom současná situace složitější, neboť zákonodárce ani nena značuje, o jakou formu činnosti se v případě varování jedná, respektive v důvodové zprávě uvádí jen některé dílčí znaky, které v omezené míře napomáhají zařazení varování do konkrétní „skupiny“ správních činností. Přitom určení toho, jakou formu správní činnosti varování představuje, není samoučelné, neboť možnosti dotčených subjektů bránit se proti jednotlivým formám správní činnosti se liší, respektive možnosti ochrany jsou u každé jednotlivé formy správní činnosti odlišné.

² Podle § 11 odst. 1 zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, ve znění pozdějších předpisů, „opatřeními se rozumí úkony, jichž je třeba k ochraně informačních systémů nebo služeb a sítí elektronických komunikací před hrozbou v oblasti kybernetické bezpečnosti nebo před kybernetickým bezpečnostním incidentem anebo k řešení již nastalého kybernetického bezpečnostního incidentu“.

³ Podle § 12 odst. 1 zákona o kybernetické bezpečnosti „úřad vydá varování, dozví-li se zejména z vlastní činnosti nebo z podnětu provozovatele národního CERT anebo od orgánů, které vykonávají působnost v oblasti kybernetické bezpečnosti v zahraničí, o hrozbě v oblasti kybernetické bezpečnosti“.

⁴ Důvodová zpráva k zákonu o kybernetické bezpečnosti.

⁵ POLČÁK, Radim. Kybernetická bezpečnost jako aktuální fenomén českého práva. *Revue pro právo a technologie*. 2015, roč. 6, č. 11, s. 113.

⁶ LECHNER, Tomáš. Problematika kybernetické bezpečnosti z pohledu obcí. *Veřejná správa*. 2014, roč. 12, č. 4, s. 23.

⁷ Blíže však tento druh správního aktu důvodová zpráva nespecifikuje.

⁸ Důvodová zpráva k zákonu o kybernetické bezpečnosti.

2. Varování a formy správní činnosti

Před samotným rozbořem toho, jakou formu správní činnosti veřejné správy varování představuje, považuji za vhodné alespoň krátce shrnout, co představují již několikrát zmíněné pojmy správní činnost a formy správní činnosti.

V obecnosti můžeme správní činnost chápat jako projev výkonu působnosti veřejné správy vůči jejím adresátům,⁹ respektive lze uvést, že „činnost veřejné správy se uskutečňuje v určitých formách“.¹⁰ Protože existuje nemalé množství jednotlivých druhů správních činností, je nezbytné jejich rozřazení do skupin se společnými znaky. Tyto skupiny pak bývají označovány jako formy správní činnosti, formy jednání veřejné správy či formy státní správy.¹¹ Platí přitom, že „aktivity veřejné správy se projevují v různých, poměrně bohatých formách, které se teorie pokouší více či méně úspěšným způsobem klasifikovat“.¹² Rozdělování mezi jednotlivé skupiny, ani zařazování jednotlivé „správní činnosti“ do dané konkrétní skupiny není vždy jednoduché a jednoznačné, neboť hranice mezi nimi nepředstavují „čínskou zeď“, ale naopak jsou vnitřně propustné.

Není přitom cílem, ani smyslem tohoto článku přinést vyčerpávající pojednání o jednotlivých formách správních činností a jejich rozlišování, ale naopak alespoň částečně upozornit na ne zcela zřetelné linie mezi jednotlivými skupinami a také na nejednotnou terminologii spojenou s označováním jednotlivých forem správní činnosti. To má totiž za následek, že zařazení ne zcela obvyklých správních činností, jako je po mém soudu varování, není zcela jednoznačné, respektive není na první pohled zřejmé, jakou formu správní činnosti varování představuje. Právě s ohledem na tuto skutečnost i v dalších částech tohoto článku vycházím z materiálního pojetí forem správní činnosti, kdy pro zařazení určitého „výstupu“ činnosti veřejné správy do konkrétní „skupiny“ správních činností považuji za rozhodující vlastnosti dané konkrétní správní činnosti, a nikoliv jejich formální označení.

Lze přitom upozornit, že zákony v řadě případů výslovně neurčují,¹³ jakou konkrétní formu správní činnosti mají správní orgány pro daný „jednotlivý případ“ využít. Taková situace může být i záměr zákonodárce směřující k tomu, aby měl správní orgán dostatečnou „volnost“ ve výběru toho, jakým způsobem bude na daný skutkový stav reagovat. Ostatně tak je tomu v případech již zmíněných reaktivních a ochranných opatření, u kterých NÚKIB „sám“ (v rámci správního uvážení) rozhodne o tom, zda je přijme ve formě správního rozhodnutí nebo opatření obecné povahy. Již výše jsem naznačoval, že „rozhodnutí o správné formě“ správní činnosti nebude vždy jednoduché, respektive jednoznačné.

V případě varování je posouzení jeho vlastností, respektive zařazení do určité „skupiny“ správních činností veřejné správy, složitější, neboť varování jako takové samo se nejví, alespoň z hlediska pravidelnosti výskytu v právních předpisech, jako obvyklá, respektive pravidelná a základní forma správní činnosti.¹⁴ Skutečnost, že zákon o kybernetické bez-

⁹ KOPECKÝ, Martin. *Správní právo: obecná část*. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 146.

¹⁰ HENDRYCH, Dušan. *Správní věda: teorie veřejné správy*. 4. aktualizované vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 119.

¹¹ KOPECKÝ, Martin. *Správní právo: obecná část*, s. 146.

¹² SLÁDEČEK, Vladimír. *Obecné správní právo*. 4. aktualizované vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 115.

¹³ HENDRYCH, Dušan. *Správní věda: teorie veřejné správy*, s. 81.

¹⁴ Varování se objevuje i v některých dalších zákonech, a to konkrétně v zákoně o vodách, kde se o varování hovoří v souvislosti s informováním obyvatelstva před hrozcími povodněmi, popřípadě v zákoně o ČNB, která může při plnění svých úkolů vydat varování určené veřejnosti, orgánům České republiky anebo jednotlivým nebo druhově určeným osobám. Současně se předpokládá možnost vydání varování ze strany provozovatele distribuční soustavy, a to v případě hrozby vzniku stavu nouze ve

pečnosti řadí varování souvztačně s reaktivními a ochrannými opatřeními mezi opatření, podle mého názoru také nedává jasnou odpověď na to, jakou formu správní činnosti varování představuje, a to minimálně ze dvou důvodů. Za prvé i v případě ochranných a reaktivních opatření se může jednat, respektive je možné je vydat (minimálně z formálního hlediska) jako správní akt a abstraktně konkrétní akt. Tudíž zde pro ně není jasně daná forma správní činnosti. Současně ani v odborné literatuře, ani v judikatuře není označení opatření používáno pro žádnou konkrétní formu správní činnosti, tudíž samotné označení varování za opatření nedává bližší odpověď na otázku, jakou formu správní činnosti varování představuje.

Vyjdu-li z již výše uvedeného, pak platí, že varování by mělo vždy upozorňovat na jednotlivou, konkrétní kybernetickou hrozbu. Toto omezení na konkrétní kybernetickou hrozbu po mém soudu proto zužuje okruh forem správní činnosti, do kterých by bylo možné varování zařadit. Z tohoto důvodu po mém soudu přichází do úvahy (při materiálním pohledu) celkem tři možné formy správní činnosti, jejichž definiční znaky by mohlo varování naplňovat, a to správní akt (správní rozhodnutí), abstraktně konkrétní akt (opatření obecné povahy) nebo neregulativní úkon.¹⁵ Právě určení toho, které znaky z uvedených forem činnosti varování naplňuje, jsou věnovány následující řádky.

Jako *správní akty (správní rozhodnutí)* můžeme označovat výsledky jednání příslušného vykonavatele veřejné správy (správního orgánu), který jednal na základě zákona, jednostranně a autoritativně rozhodl o právech nebo povinnostech od správního orgánu odlišných subjektů (vnější působnost správního aktu) s tím, že jeho závěry jsou bezprostředně právně závazné v konkrétní věci vůči konkrétním (individuálně určeným) subjektům, jimž je správní akt určen.¹⁶ Správní akty (správní rozhodnutí) mají být vydány v rámci zákonem stanoveného formalizovaného postupu, pravidelně v rámci správního řízení. Je namístě doplnit, že správní akty (správní rozhodnutí) smí vydat jen správní orgány k tomu příslušné, jinak by mohl být takový „akt“ stížen vadou nicotnosti.¹⁷

Vydeme-li z nastíněné charakteristiky, varování vydávané NÚKIBem naplňuje jen dílčí definiční znaky správního aktu (správního rozhodnutí). Jediný zcela naplněný definiční znak je, že varování smí vydat zákonem stanovený správní orgán, konkrétně NÚKIB. Další definiční znaky již nepovažuji za naplněné. Do určité míry bychom mohli uvažovat o naplnění znaku konkrétnosti, avšak toliko z pohledu „předmětu upravovaných vztahů“, ke kterým se varování vztahuje. NÚKIB totiž má prostřednictvím varování varovat před konkrétní (individualizovanou) hrozbou. Varování nicméně nesměruje vůči konkrétním individuálně určeným subjektům, ale naopak jeho smyslem je informovat o existující hrozbě co největší okruh subjektů, čímž se naopak blíží svou povahou aktům abstrakt-

smyslu energetického zákona. Povaha těchto varování se od varování ve smyslu kybernetického zákona v zásadě neliší, neboť slouží, s výjimkou varování podle zákona o ČNB, které může být adresováno i konkrétní osobě, primárně k informování široké veřejnosti o konkrétní hrozbě. Mimoto se v českém právním řádu objevuje i varování „soukromoprávní“ ve smyslu § 2896 odst. 2 o. z., které však má odlišnou funkci a kterému právě pro jeho specifika věnuji větší pozornost níže.

¹⁵ Pro účely tohoto článku primárně vycházím z dělení forem správních činností, jak je vymezuje kolektiv autorů „pražské“ učebnice správního práva. Současně je vhodné upozornit, že existují i odlišné přístupy k rozdělování forem správní činnosti, a to např. PRŮCHA, Petr. *Správní právo: obecná část*. 8. doplněné a aktualizované vydání. Brno: Doplněk, 2012, s. 269, který formy správní činnosti dělí primárně na 1) normativní správní akty, 2) individuální správní akty, 3) správní akty smíšené povahy, 4) veřejnoprávní smlouvy, 5) faktické úkony s přímými právními důsledky, nebo SLÁDEČEK, Vladimír. *Obecné správní právo*, 2019, s. 115, a KOPECKÝ, Martin. *Správní právo: obecná část*, s. 146, kteří přinášejí další možná dělení forem správní činnosti.

¹⁶ HENDRYCH, Dušan. *Správní právo: obecná část*. 9. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 133.

¹⁷ SLÁDEČEK, Vladimír. *Obecné správní právo*, s. 131.

ním, jejichž znakem je neurčitý okruh adresátů. Protože po mém soudu nemůžeme hovořit o „*právně mocenském zásahu do sféry práv a svobod svých (explicitně uvedených) adresátů*“,“¹⁸ již jen z tohoto důvodu nemůžeme varování charakterizovat jako správní akt (správní rozhodnutí).

Současné je na místě doplnit, že pokud by bylo varování vydáváno ve formě správního aktu (správního rozhodnutí), pak by jen velmi obtížně splnilo svůj předpokládaný cíl, kterým je zejména informování co nejširšího okruhu subjektů tak, aby mohly na zveřejněnou hrozbu v budoucnu reagovat.

Poslední zkoumanou otázkou je posouzení, zda je varování vydáváno jako výsledek formalizovaného procesu, respektive správního řízení. Jakkoliv lze připustit, že vydání varování nesmí být projevem libovůle, a vždy tudíž musí být do jisté míry výsledkem formalizovaného „procesu“, mám za to, že jeho vydání je výsledkem činnosti, kterou lze jen obtížně charakterizovat jako striktně formalizovaný proces, respektive zákon o kybernetické bezpečnosti takový postup nepředpokládá. Tím méně je proto možné vyhodnotit postup vydávání varování jako správní řízení. Lze po mém soudu uzavřít, že varování není individuální správní akt – správní rozhodnutí.

Dalším druhem správních aktů, který přichází do úvahy, jsou abstraktně konkrétní akty (opatření obecné povahy).

Pro *abstraktně konkrétní akty (opatření obecné povahy)* platí, že „*zatímco ve správním aktu musí být věc konkretizována a osoby, jimž je tento akt adresován, jmenovitě určeny, pro všeobecné opatření to neplatí. Zpravidla půjde o situaci, kdy věc sice bude určena konkrétně, ale adresátem bude neurčitý počet osob obdobně jako u abstraktního aktu.*“¹⁹ Abstraktně konkrétní akty (opatření obecné povahy) tak „řeší“ konkrétní otázku, která je upravována závazně a autoritativně pro určitý abstraktně vymezený okruh adresátů (nejedná se o adresáty konkrétně určené) s tím, že tento akt smí vydat jen zákonem stanovený subjekt.

Platí přitom, že prostřednictvím abstraktně konkrétních aktů (opatření obecné povahy) není možné samostatně stanovovat povinnosti, ale jen v mezích zákona určovat jejich rozsah.²⁰ Z výše uvedené charakteristiky současně plyne, že dělicí čára mezi abstraktně konkrétními akty (opatření obecné povahy) a správními akty na jedné straně a abstraktními akty na straně druhé nebude vždy zcela zřetelná, respektive jednoznačná. Absence této dělicí linie se ukazuje jako problematická zejména v případech, kdy zákon o konkrétní formě správní činnosti mlčí a v daném případě nezbývá, než aby sám správní orgán určil, o jakou formu činnosti se jedná a jak bude v rámci této „správní činnosti“ postupovat. V souvislosti s nastíněným problémem se nejen v odborné literatuře, ale i judikatuře objevily dva základní přístupy, jak lze k abstraktně konkrétním aktům (opatření obecné povahy) přistupovat, přičemž v dané souvislosti můžeme hovořit o opatření obecné povahy ve formálním a materiálním pojetí. *Podstata formálního pojetí spočívá v tom, že správní orgány mohou vydat opatření obecné povahy pouze v těch případech, kdy jim to zvláštní zákon ukládá, a to v rozsahu a za podmínek tam uvedených. Naproti tomu se při materiálním pojetí posuzuje z materiální (obsahové) povahy úkonu správního orgánu, zda má být použit postup správního řádu o vydávání opatření obecné povahy, není tedy rozhodné, zda*

¹⁸ HENDRYCH, Dušan. *Správní právo: obecná část*, s. 133.

¹⁹ HENDRYCH, Dušan. *Správní právo: obecná část*, s. 122.

²⁰ PRŮCHA, Petr. *Správní právo: obecná část*, s. 274.

zvláštní zákon pro určitý správní úkon abstraktně konkrétní povahy výslovně formu opatření obecné povahy stanoví. K formálnímu pojetí opatření obecné povahy se přiklonil NSS v usnesení rozšířeného senátu čj. 3 Ao 1/2007-44, ovšem následný náleze Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 14/07 toto usnesení zrušil a vyslovil se pro materiální pojetí.“

Materiální přístup k opatření obecné povahy má po mém soudu slabinu v tom, že hranici mezi formami správních činností (konkrétně zejména mezi abstraktními akty a abstraktně konkrétními akty) ještě více „rozostřuje“ a definitivní „rozhodnutí“ o tom, jaká má být výsledná forma správní činnosti, s jistotou určí až správní soud. Současně jsem názoru, že opatření obecné povahy jakožto forma správní činnosti nabízí svým (byť abstraktně určeným) adresátům značně větší možnosti ochrany proti jeho obsahu, než je tomu v případě abstraktních aktů, u kterých jsou možnosti ochrany spíše dílčí až velmi omezené,²¹ a proto bude jeho využívání namísto, byť se kupř. autoři návrhu stavebního zákona rozhodli jít odlišnou cestou.

Vydeme-li z nastíněné krátké charakteristiky abstraktně konkrétních aktů (opatření obecné povahy), mám za to, že varování splňuje část výše uvedených definičních znaků. Varování je do značné míry abstraktně konkrétním aktům blízké v tom, že „upravuje“ relativně konkrétní věc pro neurčitý okruh adresátů. Varování totiž upozorňuje na konkrétní kybernetickou hrozbu a obrací se na široký okruh potenciálních adresátů. Nicméně pro potvrzení závěru o tom, že se jedná o abstraktně konkrétní akt, by bylo nezbytné, aby varování určovalo, respektive autoritativně vymezovalo, svým adresátům rozsah zákonem stanovených povinností. To však NÚKIB prostřednictvím varování udělat nemůže, neboť prostřednictvím varování se nikomu žádné povinnosti neukládají, ani se blíže jeho prostřednictvím blíže nespécifikuje jejich rozsah, respektive neupravuje se ani rozsah práv.²² Byť se tedy varováním NÚKIB obrací na široký okruh adresátů, neukládá jim, ani nespécifikuje žádné konkrétní povinnosti a práva, a proto varování není možné z povahy věci vnímat jako abstraktně konkrétní akt. Shodně jako v případě správních aktů, tak varování naplňuje v případě abstraktně konkrétních aktů jen ten definiční znak, a to, že jej smí vydat jen zákonem stanovený orgán.

Posledním druhem správního aktu, který po mém soudu připadá při charakterizování varování do úvahy, je neregulativní úkon.

Neregulativní úkon je možné charakterizovat jako výsledek jednostranné činnosti správního orgánu, kterým správní orgány realizují svou působnost, přičemž pro jejich vydávání musí existovat právní základ a jejich vydání musí být zákonem předpokládané. Současně nemají tyto akty (*a priori*) právotvorné účinky, neboť nevytvářejí novou právní situaci, ani autoritativně nedeklarují existenci práv či povinností.²³ Jejich právní význam nicméně může spočívat v kvalifikovaných účincích pro jiné vykonavatele veřejné správy²⁴ s tím, že mohou být důležitým (avšak nikoliv nutně závazným) podkladem pro další rozhodování veřejné správy. Je přitom důležité upozornit, že neregulativní úkony je možné dále dělit do dalších dílčích skupin²⁵ s tím, že však bližší konkrétní charakteristice se již dále nevěnuji.

²¹ SKULOVÁ, Soňa – POTĚŠIL, Lukáš. *Prostředky ochrany subjektivních práv ve veřejné správě – jejich systém a efektivnost*. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 290.

²² Níže však poukazují na skutečnost, že ani varování nelze zcela bezrizikově ignorovat.

²³ KOPECKÝ, Martin. *Správní právo: obecná část*, s. 198.

²⁴ HENDRYCH, Dušan. *Správní právo: obecná část*, s. 191.

²⁵ *Ibidem*, s. 195.

Vydeme-li z uvedených charakteristik, varování vydávané NÚKIBem naplňuje vymezené znaky neregulativních úkonů. Vydání varování je výsledkem jednostranné autoritativní činnosti správního orgánu, přičemž NÚKIB je povinen toto varování při splnění zákonem předpokládaných podmínek (existenci konkrétní kybernetické hrozby) vydat. Současně varování (kromě NÚKIBu samotného) nikoho nezavazuje a zákon o kybernetické bezpečnosti výslovně nepředpokládá ani žádný konkrétně specifikovaný následek spojený s jeho vydáním a současně ani nepředpokládá uložení jakékoliv sankce při jeho nerespektování.

3. Varování a vznik nové právní situace?

Jak jsem již uvedl, varování není všeobecně závazné, a proto by ze své podstaty nemělo být způsobilé vytvořit ani novou právní situaci. Nelze však nevidět možné zprostředkované právní následky, které mohou být způsobené tím, že je „adresát“ nemůže bez dalšího ignorovat. Jak jsem již naznačoval výše, český právní řád zná tzv. soukromoprávní varování ve smyslu § 2896 občanského zákoníku,²⁶ které slouží k tomu, aby byly další osoby informovány o existenci určitého rizika s cílem zvýšit její obezřetnost.²⁷ Toto varování sice nemůže zcela vyloučit odpovědnost „škůdce“, nicméně prokazatelné informování může mít vliv na spoluzavinění, respektive spoluúčast, poškozeného při vzniku škody, pokud si navzdory varování nebude počínat dostatečně obezřetně.²⁸ Právě v souvislosti se soukromoprávním varováním se nabízí určitá paralela u varování podle zákona o kybernetické bezpečnosti. Podle mého názoru má varování ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti rovněž svůj význam z hlediska vzniku škody, byť uplatnění ochranného, respektive odpovědnostního, mechanismu zde bude fungovat do značné míry odlišně.

Domnívám se, že pokud NÚKIB vydá varování před konkrétní technologií konkrétního subjektu, pak subjekty, které tuto technologii využijí, budou v případě vzniku škody plynoucí právě z použití této technologie (takřka automaticky) vyloučeni z možnosti se z odpovědnosti za vzniklou škodu vyvinut, respektive liberovat. Jsem názoru, že využitím dané technologie se takovéto subjekty ve skutečnosti zachovají zcela opačně, než jak se od nich v případě varování očekává, tj. že na hrozbu budou reagovat a udělají vše možné, aby se hrozbě vyhnuly. Pokud tak v modelovém případě subjekt kritické infrastruktury využije technologie, před kterými bylo NÚKIBem varováno, a následně dojde kupř. ke zneužití dat uživateli (tj. ke vzniku nemajetkové újmy), nemůže po mém soudu dojít k vyloučení vzniku odpovědnosti příslušné osoby za nemajetkovou újmu, ale naopak by jí mělo být přičítáno k tíži.

Jakkoliv je varování nezávazné, nelze bez dalšího uzavřít, že by nemělo vůbec žádné právní důsledky, respektive platí, že pro určité osoby může v některých případech způsobit zásadní zhoršení jejich postavení.²⁹ S ohledem na skutečnost, že varování (alespoň

²⁶ „Oznámí-li někdo, že svoji povinnost k náhradě újmy vůči jiným osobám vylučuje nebo omezuje, nepřihlíží se k tomu. Učiní-li to však ještě před vznikem újmy, může být takové oznámení posouzeno jako varování před nebezpečím.“

²⁷ MELZER, Filip. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek IX, § 2894–3081*. Praha: Leges, 2018, s. 56.

²⁸ ŠVESTKA, Jiří et al. *Občanský zákoník: komentář. Svazek V, (§ 1721 až 2520)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 881.

²⁹ Obdobně upozorňuje v dané souvislosti R. Polčák: „institut varování může se zdát na první pohled zbytečným, neboť jeho užití nepřináší bezprostřední imperativ ani riziko přímé sankce. Jeho charakter však vystihuje typický efekt zákona o kybernetické bezpečnosti v otázkách odpovědnosti za kybernetické bezpečnostní incidenty. Zákon totiž ani u imperativních institutů nepřináší žádné přímé drakonické sankce, ale zavádí přímo nebo nepřímo nové typy právních povinností, jejichž neplnění může mít

s ohledem na již uvedené) je minimálně způsobilé „ovlivňovat“, když ne přímo regulovat, chování svých „adresátů“, nabízí se otázka, zda a jakým způsobem může varování zasáhnout práva subjektu, před kterým je varováno.

4. Je varování způsobilé zasáhnout do práv konkrétního subjektu?

Jak vyplývá z výše uvedeného, varování je specifickým druhem neregulativního aktu s tím, že závazným způsobem neurčuje práva či povinnosti konkrétního subjektu. Tato charakteristika by po mém soudu měla vést k závěru, že varování jako takové nemůže zasáhnout do práv žádné konkrétní osoby a v důsledku toho není potřebné ani uvažovat o (soudní) ochraně proti varování, respektive o prostředcích ochrany proti varování.

Takový závěr se však podle mého názoru jeví jako nesprávný, respektive jako správný jen částečně. Varování jako takové skutečně není způsobilé (díky jeho nezávaznosti) zasáhnout jeho předpokládaného adresáta. Vyjdeme-li však ze skutečnosti, že varování může upozorňovat na konkrétní hrozbu ze strany konkrétního subjektu (kupř. na škodlivý kód v počítačovém programu určité konkrétní společnosti, který například používají banky), může podle mého názoru varování zasáhnout do práv daného subjektu, který je označován za hrozbu, respektive jehož produkt je označován za hrozbu. Tento „zásah“ lze spatřovat jednak v zásahu do dobré pověsti subjektu, v čemž spatřuji přímý zásah do jeho práv, ale také přichází do úvahy zásah zprostředkovaný, respektive nepřímý, spočívající kupř. v tom, že daný subjekt v důsledku vydání varování přijde o své obchodní partnery či bude vyloučen ze soutěže o veřejné zakázky.

Vyjdu-li z nastíněné teze, že varování může zasáhnout do práv konkrétního subjektu, je po mém soudu namístě, aby současně existoval i způsob, jak se proti varování bránit, respektive jak dosáhnout jeho zrušení.³⁰

5. Prostředky ochrany proti varování?

Jako prostředky ochrany můžeme ty procedury, respektive ty instituty, jejichž využití slouží k nápravě vad „výsledků“ správních činností současně sloužících i ochraně veřejných subjektivních práv adresátů veřejné správy, jejichž využití je v dispozici adresátů veřejné správy.³¹ Pokládám si proto otázku, zda v prostředí veřejné správy je k dispozici prostředek, kterým by se daný subjekt mohl proti vydanému varování bránit. Vyjdeme-li z toho, že varování je neregulativní úkon, který nebyl vydán v rámci správního řízení ani k žádosti konkrétního subjektu, opravné prostředky podle správního řádu nebudeme moci využít. Jakkoliv se může varování svou povahou jevit blízké úkonům ve smyslu části

za následek vznik povinnosti nahradit škodu. Povinný subjekt tedy nemůže kalkulovat právní riziko plynoucí z nově založených zákonných povinností pouze ve vztahu k možné pokutě (ta je co do své výše spíše symbolická) ale též vzhledem k velmi neurčitému potenciálu škod, k nimž může dojít v důsledku zaviněného i nezaviněného kybernetického bezpečnostního incidentu.“ (POLČÁK, Radim. *Kybernetická bezpečnost jako aktuální fenomén českého práva*, s. 113).

³⁰ Podle mého názoru bylo možné uvažovat s ohledem na skutečnost, že varování může zasáhnout do dobré pověsti konkrétního subjektu, o tom, že daný subjekt mohl využít soukromoprávní žalobu na ochranu osobnosti. Tím by se po mém soudu mohl domoci případného odškodnění, nicméně nejsem názoru, že by soud v občanskoprávním řízení byl oprávněn varování zrušit. Ochrana daného subjektu by tak byla polovičitá, a proto je nutné uvažovat o ochraně v prostředí veřejné správy, respektive o ochraně ve správním soudnictví.

³¹ K dané problematice srov. blíže SKULOVÁ, Soňa – POTĚŠIL, Lukáš. *Prostředky ochrany subjektivních práv ve veřejné správě – jejich systém a efektivnost*, s. 41.

čtvrté správního řádu, zásadně se od nich odlišuje tím, že je na rozdíl od osvědčení, vyjádření či sdělení vydáváno nezávisle na vůli jeho adresáta, respektive není vydáváno na základě projevu vůle určitého subjektu, což je znak pravidelně přítomný právě v případě zmíněných osvědčení, vyjádření či sdělení. Po mém soudu by právě s ohledem na tuto skutečnost nedávalo většího smyslu využívat institutu rozkladu, který by připadal v úvahu pro případ, že by varování představovalo správní akt, respektive pokud bychom vyšli z toho, že varování je úkon podle části čtvrté správního řádu, a tudíž by do úvahy mohlo přicházet využití rozkladu na základě přiměřeného použití části druhé a třetí správního řádu. Tento přístup by však narážel na problémy s okamžikem počátku běhu lhůty a další, tudíž se domnívám, že úvaha o využití rozkladu končí ve slepé uličce.³²

Z tohoto důvodu je proto namístě podívat se, zda nelze ochranu hledat mimo veřejnou správu.

Do úvahy tak přichází ochrana soudní. Protože jsem již výše uváděl, že varování není správní akt (správní rozhodnutí) ani abstraktně konkrétní akt (opatření obecné povahy), využití žaloby proti rozhodnutí, respektive návrhu na zrušení opatření obecné povahy, nebude možné. Z povahy věci pak nepřipadá do úvahy ani využití žaloby proti nečinnosti, neboť samotné vydání varování ve vztahu k subjektu, před kterým je varováno, nemůže být už z povahy věci považováno za nečinnost.

Proto se nyní budu zabývat tím, zda vydání varování může představovat nezákonný zásah.

Vydeme-li ze závěrů judikatury, pak je možné o nezákonném zásahu hovořit za splnění těchto podmínek: „žalobce musí být přímo (1. podmínka) zkrácen na svých právech (2. podmínka) nezákonným (3. podmínka) zásahem, pokynem nebo donucením (zásahem správního orgánu v širším smyslu) správního orgánu, které nejsou rozhodnutím (4. podmínka), a byl zaměřen přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu přímo zasaženo (5. podmínka).“³³

Nyní proto bude na místě zkoumat, zda vydání varování může naplňovat všech pět výše uvedených podmínek pro závěr o tom, že jeho vydání může představovat nezákonný zásah. První, druhou a pátou podmínku, které považuji za podmínky souvztažné, budu s ohledem na povahu varování hodnotit společně. Již výše jsem uváděl, že varování je způsobilé zasáhnout do práv, respektive zkrátit práva, konkrétního subjektu,³⁴ a to i například tím, že vydáním varování bude nepochybně zasažena dobrá pověst daného subjektu. Lze uvést, že pokud varování varuje před konkrétním subjektem, je zřejmé, že varování splňuje i pátou podmínku, neboť varování směřuje přímo proti tomuto subjektu. První, druhou a pátou podmínku tak mám v případě varování za splněnou. Ve vztahu k čtvrté podmínce lze poukázat, že rozšířený senát Nejvyššího správního soudu konstatoval, že „zásahová žaloba chrání proti jakýmkoli jiným aktům či úkonům veřejné správy

³² Otázku možnosti zahájení a provedení přezkumného řízení ponechávám záměrně mimo pozornost tohoto článku s ohledem na skutečnost, že se jedná o dozorčí prostředek.

³³ Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 3. 2005, č. j. 2 Aps 1/2005 – 65.

³⁴ Jsem si přitom vědom toho, že k důvodnosti žaloby proti nezákonnému zásahu je skutečně potřeba, aby se jednalo o přímý zásah. Lze přitom poukázat, že „nezákonným zásahem nejsou takové úkony správního orgánu, které nejsou zaměřeny přímo proti žalobci. Zásahem tedy nemůže být úkon, který není dostatečně individualizován, který působí obecně, tedy ve vztahu ke komukoliv“ (KÜHN, Zdeněk. *Soudní řád správní: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 700). Mám však za to, že v případě, že je individualizován subjekt, před kterým je varováno, pak je nutné vydáním varování splněna podmínka přímosti zásahu, neboť bylo nepochybným záměrem NÚKIBu poukázat na konkrétní subjekt, který může být hrozbou, čímž se zásahne minimálně do jeho práva na dobrou pověst. Daný subjekt má v takovém případě mít možnost se proti vydání varování bránit.

*směřujícím proti jednotlivci, které jsou způsobilé zasáhnout sféru jeho práv a povinností a které nejsou pouhými procesními úkony technicky zajišťujícími průběh řízení. Nemusí jít nutně o akty neformální povahy či jen o faktické úkony, nýbrž i o jakékoli jiné konání či opomenutí konat, nelze-li je podřadit pod pojem rozhodnutí ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s.*³⁵ Mám za to, že varování jako takové není možné ani z materiálního pohledu³⁶ možné hodnotit jako rozhodnutí ve smyslu § 65 s. ř. s., respektive jako nečinnost. Současně se však nepochybně jedná o výstup činnosti, který má i určitou formální povahu a lze jej tak vnímat jako tzv. jiný akt, u kterého rozšířený senát Nejvyššího správního soudu předpokládá uplatnění zásahové žaloby. Podmínku čtvrtou mám rovněž za naplněnou.

Klíčovým aspektem pro posouzení, zda vydání varování představuje nezákonný zásah, respektive pro závěr o důvodnosti žaloby, bude ověření toho, zda byly dány zákonem předpokládané podmínky pro vydání varování. Jinými slovy bude úkolem soudu ověřit, zda bylo varování vydáno v souladu se zákonem, a zda byl tudíž zásah do práv daného subjektu zákonný nebo nezákonný a jestli skutečně existovaly okolnosti odůvodňující vydání varování.

Protože právní řád, jak už bylo uvedeno výše, nedává k dispozici žádný jiný prostředek ochrany práv subjektu, před „kterým je varováno“, představuje žaloba jediný prostředek ochrany.

Současně se domnívám, že při posouzení zákonnosti vydání varování bude navzdory tomu, že jeho vydání varování má být otázkou výkladu neurčitého právního pojmu (kybernetická hrozba), potřeba i odborných znalostí.

Posouzení zákonnosti jeho vydání se proto v nemalé řadě případů neobejde bez využití soudních znalců, kteří tak budou muset posoudit technické aspekty věci. Je přitom na místě upozornit, že podkladem pro vydání varování v řadě případů budou informace ze své povahy utajované, tudíž bude pro využití znalce nezbytné, aby disponoval příslušnou bezpečnostní prověrkou.

Současně bude důležité, aby soud v případě ustanovení znalce vhodně formuloval své dotazy tak, aby nedošlo k tomu, že by znalec nahrazoval soud ve výkladu práva, neboť samotný pojem kybernetická hrozba k tomu může svádět. Jinými slovy tak bude úkolem znalce kupř. jen určit míru nebezpečí plynoucí z určité technologie, ale nebude moci hodnotit, zda už se jedná o kybernetickou hrozbu, neboť by tím činil výklad práva. S hodnocením odborných aspektů věci samé se však správní soudy setkávají dnes a denně, pročež věřím, že ani posouzení (ne)existence kybernetické hrozby pro ně nebude představovat nepřekonatelnou překážku.

Závěr

Vyjdou-li z výše nastíněných závěrů, varování můžeme považovat za neregulativní úkon, který neurčuje závazným způsobem práva či povinnosti konkrétního subjektu. Navzdory jeho obecně neregulativní povaze, může varování zasáhnout přímo do práv konkrétního subjektu, a to toho, před „kterým je varováno“. Tento subjekt přitom jako prostředek ochrany může uplatnit žalobu proti nezákonnému zásahu. Jiné cesty, jak už bylo uvedeno, podle mého názoru vedou do slepé uličky.

³⁵ Podle usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 7 Aps 3/2008 – 98.

³⁶ K danému srov. KÚHN, Zdeněk. *Soudní řád správní: komentář*, s. 513 an.

Zároveň si na závěr pokládám i provokativní otázku, nakolik je varování skutečně efektivním nástrojem v oblasti ochrany před kybernetickými hrozbami, jestliže je nezávazné, a tudíž jej lze vnímat primárně toliko jako doporučení. Vycházím zde z myšlenky, že pokud skutečně existují informace o kybernetické hrozbě (a ta díky nezávaznosti varování může být i přes jeho vydání nadále a bez dalšího ignorována, byť hrozba určitých nepříznivých následků, jak již bylo uvedeno, zde existuje), nedomnívám se, že by se jednalo o nástroj poskytující skutečně efektivní reakci na reálnou hrozbu. Jakkoliv chápu patrně dobrý úmysl zákonodárce zavést do právního řádu doporučující institut, který budou jeho adresáti dodržovat z důvodů jeho přesvědčivosti, s ohledem právě na dobrovolnost jeho respektování bych se klonil k závěru, aby v případě existence skutečně reálné hrozby využíval NÚKIB primárně ochranná opatření. Podle mého názoru ochranná opatření umožňují NÚKIBu, aby jejich adresátům uložil, které technologie konkrétních subjektů nemají využívat, a jeví se proto alespoň při prvním pohledu jako vhodnější nástroje pro reakci na konkrétní kybernetické hrozby.

Warning of the National Office for Cyber and Information Security from Point of View of Forms of Legal Activity

Radislav Bražina

Abstract: The aim of the article is to analyze the nature of the warning that can be issued by the National Office for Cyber and Information Security in case of detection of a cyber threat. The article focuses on the warning from the point of view of what form of legal activity of public administration it is and what consequences has, respectively may have, its release for its “addressees”. Despite the fact that a warning is a so-called non-regulatory act, the issue of protection against it is crucial, as a warning as such can interfere with the rights and obligations of specific entities. Therefore, the article also deals with the question of whether there is a procedure, within which it would be possible to examine the existence of reasons for issuing warning.

Key words: warning, forms of public administration activities, non-regulatory acts, judicial protection