

Vyjádření SPIR a ČUV ke Stanovisku EDPB 08/2024 k platnému souhlasu v kontextu modelů souhlasu nebo placení zavedených velkými online platformami

EDPB vydal na základě požadavku nizozemského, norského a hamburského dozorového úřadu Stanovisko 08/2024 k otázce za jakých okolností a podmínek mohou být modely “consent or pay” týkající se behaviorální reklamy zavedeny velkými online platformami.

Jakkoliv mediální vydavatelé obecně vítají snahu o vyjasňování problematiky výkladu GDPR v oblasti online marketingu, takovýto postup klade velké nároky také na EDPB samotný, neboť tím reguluje celou řadu vztahů, které se dotýkají mnoha byznysových odvětví, uživatelů a jiných právních oblastí, než je zpracování osobních údajů, a to i na úrovni základních práv a svobod (právo na ochranu osobních údajů versus svoboda podnikat).

Bohužel ne vždy se podle našeho názoru EDPB daří veškerá tato hlediska řádně zohlednit a skloubit. Příkladem může být nedávno přijaté Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms (dále jen „stanovisko“). S ohledem na výše uvedené vydávají čeští mediální vydavatelé zastoupení v profesních asociacích Sdružení pro internetový rozvoj (SPIR) a Česká unie vydavatelů (ČUV) dále uvedené vyjádření ke Stanovisku EDPB 08/2024 k platnému souhlasu v kontextu modelů souhlasu nebo placení zavedených velkými online platformami.

Základní pochybnosti ohledně stanoviska EDPB 08/2024 je možné shrnout do těchto bodů:

1. Nedostatečné zohlednění oprávněných zájmů provozovatelů a jejich základních práv, nezohlednění ekonomické reality a cenová regulace prováděná orgánem k tomu nekompetentním, bez konzultace s jinými dotčenými orgány
2. Způsob přijetí a absence veřejné diskuze a konzultace
3. Věcné vymezení regulovaných vztahů a z toho plynoucí nejistota ze strany jiných provozovatelů, než velmi velkých online platform a strážců přístupu (gatekeepers)
4. Zvýšení nejistoty mezi provozovateli a s tím související rizika pro další rozvoj evropských služeb

I. Nedostatečné zohlednění oprávněných zájmů provozovatelů a jejich základních práv, nezohlednění ekonomické reality a cenová regulace prováděná orgánem k tomu nekompetentním, bez konzultace s jinými dotčenými orgány

EDPB ve svém stanovisku vykládá GDPR a další relevantní předpisy pouze z pohledu ochrany spotřebitelů, resp. fyzických osob – uživatelů služeb, aniž by jakkoliv zohlednilo zájmy poskytovatelů služeb, např. jejich právo podnikat a určit, za jakých podmínek budou nabízet

své zboží a služby. Ačkoliv řada úvah EDPB skutečně vychází z textu GDPR, nebyla dostatečně zohledněna jedna z jeho základních premis a to čl. 1(2), podle něhož jsou chráněna všechna základní práva a svobody. EDPB by tedy měl, zejm. tam kde může docházet k omezení výkonu práv a svobod uznaných Listinou základních práv Evropské unie (jako např. právo na svobodu podnikání zakotvené v čl. 16 Listiny), dbát na pečlivé poměrování tohoto práva v souladu s čl. 52 Listiny a s recitálem 4 GDPR s (taktéž základním) právem na ochranu osobních údajů. Každé omezení výkonu práv a svobod uznaných Listinou musí být stanoveno zákonem a respektovat podstatu těchto práv a svobod.

Není možné spravedlivě požadovat, aby provozovatelé nabízeli svůj obsah zdarma. Tento doposud velmi rozšířený model přestává být v souvislosti se změnami na trhu, udržitelný. Primárním zdrojem financování provozovatelů je reklama, díky které mohou provozovatelé nabízet uživatelům širokou škálu obsahu i služeb, přičemž specifickou a dnes na trhu dominantně zastoupenou reklamou je tzv. cílená reklama, díky které je možné konkrétní reklamu zobrazit právě uživatelům, kteří mají o daný produkt nebo službu zájem. Ta je také účinnější a umožňuje provozovatelům získat odpovídající příjmy bez toho, aby jejich služby byly zahlceny reklamou. Uživatelé, kteří umožní zobrazování cílené reklamy, mohou přitom služby využívat jako doposud. Uživatelé, kteří toto řešení neumožní, mohou využít řešení spočívající ve službách bez (cílené) reklamy, které je poskytováno za poplatek. Tento přístup provozovatelů je možné vidět všude ve světě.

Zde musíme zdůraznit to, že z právního pohledu není rozdíl mezi tím, kdy provozovatel nejprve nabídne svou službu za úplatu a následně umožní její získání také výměnou za souhlas se zpracováním osobních údajů a situací, kdy provozovatel službu nejprve nabízí zdarma a následně se rozhodne ji zpoplatnit způsobem, jakým tak učinila řada provozovatelů v EU (tedy nabídnout Pay or Consent model). To, zda je souhlas v rámci Pay or Consent systému platný nebo ne, nemůže být tedy – jak se nesprávně domnívá EDPB – spojen se samotnou skutečností, že je takto vyžadován. O jeho korektnosti rozhodují vedlejší okolnosti (na něž ostatně EDPB také poukazuje), jako je např. dominantní postavení dotčeného provozovatele na trhu.

Dále musíme upozornit na to, že zcela mimo právní rámec je požadavek EDPB na poskytnutí bezúplatné alternativy bez zpracování osobních údajů (viz bod 4.2.1.1). Tím EDPB pasuje sám sebe a národní dozorové úřady do role orgánu určujícího cenu, což není a nikdy nebylo jejich úkolem a není to ani v jejich kompetenci. Na rozdíl od EDPB si tuto skutečnost řada národních dozorových úřadů, které již svá stanoviska k Pay or Consent dříve vydaly, uvědomuje a zřiká se potenciální roli tvůrce cen pro podnikatelské subjekty s argumentem, že takováto role je mimo jejich pravomoce.

Orgány veřejné správy, nejsou však obecně oprávněny nařizovat poskytování služeb bezúplatně.¹ Zde je výklad „equivalent alternative“ ze strany EDPB zcela neodpovídající cílům sledovaným GDPR a tržní ekonomice, na níž je EU vystavěna. U služeb, jež mají být financovány z výnosů ze svého provozu (ať již se jedná o výnosy z předplatného či z reklamy)

¹ Provozovatelé webových stránek nejsou nijak povinni k jejich provozování či poskytování přístupu k nim či svým službám. Žádný soukromý podnik, bez ohledu na jeho velikost, není povinen poskytovat služby zdarma. I naprosto základní služby každodenní potřeby jako je voda, elektřina či plyn jsou poskytovány za poplatek, protože zahrnují zdroje a náklady na jejich výrobu, nákup či distribuci.

je požadavek EDPB na poskytnutí alternativy bezúplatně a bez behaviorální reklamy v některých případech ekonomicky nesmyslný a pouze ukazuje, že nedostatek veřejné konzultace vede k tomu, že není zohledňována ekonomická realita. Podotýkáme, že u některých služeb je takovýto přístup z hlediska jejich ekonomické rentability představitelný, u řady dalších služeb nikoliv. Uvědomujeme si, že s behaviorální reklamou je pro uživatele spjata řada rizik. Mělo by být tedy spíše otázkou, jak co nejlépe zajistit využívání a aplikaci již existujících institutů na ochranu osobních údajů a umožnit uživatelům se plně informovaně rozhodnout (včetně případných rizik) o volbě, kterou činí. V každém případě je ale subjekt údajů chráněn předpisy na ochranu osobních údajů, které poskytovatel služby musí vždy plně aplikovat.

EDPB by zde měl spíše hledat cesty, jak a za jakých podmínek umožnit behaviorální reklamu, která by na jedné straně umožnila provozovatelům financovat jejich služby a na straně druhé zajistila uživatelům dostatečnou míru ochrany jejich soukromí a osobních údajů. Rychlá řešení formou zákazů či požadavků na bezúplatné poskytování služeb nejsou pro byznys ve skutečnosti žádným přínosem. Praxe navíc i ukazuje, že takové plošné zakazy nemusí být v souladu se zákonem a jejich vydání může být překročením pravomoci předmětného orgánu.² Je tedy proto třeba vést skutečný dialog s byznysem a hledat rozumná řešení, jejich nalezení bez skutečného dialogu však nebude možné.

Koncept zakazu poškození (detriment) v rec. 42 GDPR nelze v žádném případě vykládat tak, že ukládá provozovatelům poskytování jejich služeb zdarma (resp. je nutí je financovat pouze z výnosů z necílené reklamy).

II. Způsob přijetí a absence veřejné diskuze a konzultace

Stanovisko bylo přijato postupem podle 64(2) GDPR. Domníváme se, že právě v důsledku zvolení tohoto postupu, a tedy aplikace lhůt stanovených v čl. 64(3) GDPR nebyla provedena veřejná konzultace ve smyslu čl. 70 odst. 4 GDPR. Neprovedení veřejné konzultace u takto zásadního stanoviska přitom považujeme za značný nedostatek, zejména v situaci, kdy je pochybné, zda vůbec měl být zvolen postup podle čl. 64(2), který předpokládá, že k jeho aplikaci dojde zejména v případě nedostatků v rámci vzájemné pomoci či společných postupů dozorových úřadů. Text stanoviska přitom nijak nenaznačuje, že by docházelo k nutnosti řešit postupy podle čl. 61 a čl. 62. (odůvodnění přípustnosti tohoto postupu v bodě 1.2. stanoviska je pouze povrchní, aniž by se zabývalo následkem tohoto postupu, jímž je faktická nemožnost provedení veřejné konzultace).

V této situaci se domníváme, že měl být zvolen spíše postup podle čl. 70(1)(e) GDPR, který by umožňoval provedení veřejné konzultace.³ Chápeme, jaký význam má provozování velkých sociálních sítí a jakékoliv nejasnosti či chybné postupy s tím spojené pro obyvatele EU, nicméně to by nemělo být omluvou pro nenaplňování principů better regulation ze strany

² Rozhodnutí Státní rady ve Francii ECLI:FR:CECHR:2020:434684.20200619 ze dne 19.7.2020 rušící dříve francouzským dozorovým úřadem (CNIL) uveřejněný obecný a plošný zákaz cookie wall, který CNIL uplatňoval téměř dva roky. Státní rada rovněž konstatovala překročení pravomocí CNIL, když CNIL založil své pokyny, resp. obecný a plošný zákaz, na pokynech EDPB, které postrádají právní závaznost – nestanovují práva a povinnosti, přitom v praxi silně ovlivňují praktiky hospodářských subjektů.

³ Pro úplnost poznamenáváme, že takto nevhodný postup zvolil EDPB již v případě „Opinion 04/2024 on the notion of main establishment of a controller in the Union under Art. 4.16(a) GDPR“

EDPB. Provádění veřejných konzultací není samoúčelné, ale naopak umožňuje EDPB seznámit se s názory adresátů dotčených předpisů, kteří k nim mohou poskytnout řadu praktických informací, jimiž EDPB nedisponuje, a tak i pomoci EDPB v orientaci v této problematice.

III. Věcné vymezení regulovaných vztahů a z toho plynoucí nejistota ze strany jiných provozovatelů, než velmi velkých online platform a strážců přístupu (gatekeepers)

EDPB ve svém stanovisku zcela nevhodným způsobem vymezuje pojem „velké online platformy“, když nevyužil možnost odkázat na definice zavedené evropským zákonodárcem (ať již pro účely DSA či DMA), ale definuje (resp. spíše naznačuje) pouze některé body a nechává otázku definičního vymezení velkých online platform ve skutečnosti spíše neřešenou. To pak vede k nejasnosti v tom, na jaké subjekty se bude stanovisko aplikovat. To je podpořeno textem bodu 30, který *via facti* rozšiřuje aplikaci stanoviska, resp. jeho některých aspektů, i na jiné hráče, než jsou online platformy (které samy o sobě jsou zcela nedostatečně a „neostře“ definovány, viz níže).

Domníváme se přitom, že záměrem EDPB bylo určit toto stanovisko pouze určitému vymezenému okruhu subjektů, a to i s ohledem na obsah žádostí národních dozorových úřadů adresovaných EDPB. Tyto žádosti nesměřovaly na aplikaci Pay or Consent u médií či jiných menších správců, pro které již existují vodítka a rozhodnutí vydaná několika dozorovými úřady (bod 6 stanoviska), ale proti velmi velkým online platformám, které jsou aktivní ve všech členských státech EU a EHP a dopadají tak na miliony subjektů údajů napříč těmito státy (bod 9 stanoviska). Textace stanoviska se však od tohoto záměru odchyluje, když okruh subjektů, kterému je stanovisko určeno, není určitý ani určitelný.

Stanovisko tak namísto toho, aby vyjasnilo právní situaci provozovatelů online služeb, naopak celou situaci zatemňuje, neboť dává EDPB možnost rozhodnout *de facto* neomezeně o tom, že některého provozovatele označí za velkou online platformu. Navíc použitý pojem „platforma“ by mohl vést adresáty stanoviska k tomu, že se skutečně aplikuje pouze na zprostředkovatelské služby ve smyslu DSA, nicméně nic v bodech 22 a násl. stanoviska takové omezení neobsahuje. Vymezení online platformy je dáno pouze velkým množstvím uživatelů, velkým množstvím zpracovávaných údajů a pozicí na trhu (přičemž není jasné, zda se jedná o trh EU či národní trhy). EDPB tak může za velkou online platformu ve smyslu stanoviska označit v principu jakéhokoliv většího internetového hráče, a to s poměrně významnými důsledky. Takový postup nepřináší žádnou právní jistotu, a naopak zvyšuje míru regulačního rizika. Pokud byly cílem vydání stanoviska harmonizace a jednotné uplatnění GDPR v rámci EU, vágní a nejednoznačná definice velkých online platform ve stanovisku je s tímto cílem v přímém rozporu. Výkladové nejasnosti (jak na straně správců, tak na straně regulátorů) tak mohou působit ze strany EDPB (pravděpodobně) nezamýšlené důsledky v podobě dopadu tohoto stanoviska na subjekty, kterým toto stanovisko nemělo být určeno, zcela odlišné aplikace stanoviska v jednotlivých členských státech a zásahu do práv jednotlivých správců.

EDPB tedy měl pokud možno využít již existujících definic zavedených evropským zákonodárcem, např. pro zprostředkovatelské služby v DSA a DMA, neboť primárně adresáti právě této regulace by měli být adresáti stanoviska EDPB. Velikost poskytovatele má být posuzována v kontextu jednotného evropského trhu a nikoliv případ od případu, bez jasné

daných kritérií, kdy jednotliví národní regulátoři mohou posuzovat situaci provozovatelů dle vlastního uvážení, což může vést až k libovůli ze strany národních regulátorů.

IV. Zvýšení nejistoty mezi provozovateli a s tím související rizika pro další rozvoj evropských služeb

V textu výše jsme se snažili popsat základní problematické body zveřejněného stanoviska. Stanovisko je koncipováno jako rámec prvků podstatných pro dané posouzení a zdůrazňuje potřebu posuzovat správcem i dozorovým úřadem vždy okolnosti jednotlivého konkrétního případu, ne vždy se však tohoto principu v textu samo drží. EDPB se v něm věnuje zásadním otázkám, které mohou být určující pro charakter financování digitálních služeb pro řadu dalších let, a to za situace, kdy evropské služby čelí zvyšujícímu se tlaku digitálních gigantů. I když dotčené stanovisko bylo pravděpodobně zamýšleno jako omezení právě pro tyto velké služby, bohužel některá jeho východiska a taktéž závěry se mohou vztahovat i na služby jiné či celý internetový trh.

K tomu dochází za situace, kdy některé evropské předpisy⁴ svým zvýšením regulačních požadavků ve skutečnosti nahrávají koncentracím na trzích, neboť sice na jedné straně usnadňují (regulačními výjimkami) vznik malých startupů, ale na druhé straně ukládají již existujícím středně velkým evropským provozovatelům řadu nových povinností a omezení, které jsou pro ně značnou regulační zátěží. Zejména v případě služeb, které nejsou z hlediska těchto provozovatelů základní, pak může dojít k tomu, že se raději rozhodnou tyto služby dále neprovozovat či omezí investice do jejich dalšího rozvoje. Obáváme se, že takový regulační přístup ve skutečnosti vede k tomu, že posiluje pozici (skutečných) velmi velkých online platform⁵ a omezuje rozvoj jejich konkurence, která by byla skutečně relevantní a byla potenciálně schopná s nimi soutěžit. Zároveň se tak zvyšuje prostor pro ty dodavatele obsahu, kteří nejsou závislí na příjmech z reklamy či od svých uživatelů, jako jsou dezinformační weby.

Zároveň zejména věcné vymezení adresátů stanoviska je velmi neurčité a vzbuzuje obavy, že EDPB, resp. jednotlivé dozorové orgány, budou jeho závěry aplikovat zcela volně tak, jak se to bude v daném případě hodit. To ovšem pouze zvyšuje nejistotu regulovaných subjektů, neboť není zřejmé, zda splňují požadavky na to, aby zůstaly mimo dosah tohoto stanoviska. Z hlediska menších evropských poskytovatelů by přitom bylo velmi vhodné, aby EDPB poskytl svůj názor ne na to, co velké online platformy dělají špatně, ale jak mají naopak postupovat menší provozovatelé při zavádění Pay or Consent tak, aby byli v souladu s GDPR případně dalšími právními předpisy v oblasti ochrany osobních údajů (zejména ePrivacy). Aby však takové stanovisko bylo opravdu fundované, zohledňovalo veškeré regulační aspekty (zejména pokud by mělo pokrývat i doporučení ohledně výše platby v rámci Pay or Consent modelu), je nutné splnit tři základní podmínky:

1. Musí se jednat o stanovisko multioborové, připravené za spolupráce všech dotčených orgánů

⁴ Např. DSA.

⁵ Pro něž je provozování online platform hlavním byznysem, a proto jsou schopny a ochotny věnovat na jeho rozvoj a splnění regulačních požadavků značené prostředky

2. Musí být provedena řádná veřejná konzultace, která umožní dotčeným stranám se k němu vyjádřit
3. Posouzení musí být provedeno v souladu se zásadou proporcionality a zahrnovat i poměrování se základním právem na svobodu podnikání.

Byť výklad EDPB či dozorových úřadů není právně závazný, v praxi silně ovlivňuje praktiky hospodářských subjektů. Apelujeme tedy na provedení veřejné konzultace a vypořádání všech výše zmíněných problematických aspektů stanoviska a rovněž na zdrženlivost u dovozování povinností s významným dopadem do práv podnikatelských subjektů prostřednictvím výkladu nad rámec legislativy.

Dovolujeme si proto touto formou apelovat na relevantní aktéry, aby při diskuzi či případné aplikaci stanoviska EDPB měli tyto kritické body na paměti a podpořili naši výzvu k uspořádání řádné veřejné konzultace, která by vedla k tvorbě nového a propracovanějšího stanoviska.

Sdružení pro internetový rozvoj

www.spir.cz



Česká unie vydavatelů

www.cuv.cz

