

PENÍZE, NEBO (SOUKROMÝ) ŽIVOT! OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ V OBCHODNÍM MODELU *PAY OR OKAY*

KRISTÝNA BÓNOVÁ

Abstract: **Your Money or Your (Private) Life! Personal Data Protection in the Pay or Okay Business Model**

This article discusses the controversial *pay or okay* business model and examines its legal prerequisites and implications when used on online platforms within the European legislative environment. The analysis begins with a review of a decision by the Court of Justice of the European Union, which deemed this model legal, followed by exploration of its theoretical and practical problematic aspects. Criticism of the model primarily focuses on freely given consent and the pricing of the “pay” option. Consequently, the European Data Protection Board and certain national authorities have formulated positions and outlined criteria to consider when contemplating the implementation of the *pay or okay* business model.

Keywords: personal data; right to privacy; *pay or okay*; cookies; targeted advertising

Klíčová slova: osobní údaje; právo na soukromí; *pay or okay*; cookies; cílená reklama

DOI: 10.14712/23366478.2024.164

ÚVOD

Digitální ekosystémy se stále více spoléhají na znalost detailních informací o uživateli. Proto je v zájmu poskytovatelů online služeb získat souhlas uživatelů se zpracováním osobních údajů, které podnikatelům umožňují personalizovat zobrazovaný obsah, včetně reklamy. Tím získají větší pozornost nebo angažovanost uživatelů, a tedy i větší zisky. Poskytování personalizované reklamy se odehrává skrze tzv. *real-time bidding* (RTB). RTB představuje burzu online reklamní plochy, kterou si poskytovatelé reklamy mohou vybírat například podle toho, komu se reklama na dané webové stránce nebo v dané aplikaci bude zobrazovat.¹ V případě možnosti zobrazit personalizovanou reklamu jsou inzerenti ochotni za poskytnutí reklamní plochy zaplatit více než za běžnou reklamní plochu.² Na základě sdílení informací o tom, jaké charakteristiky jsou typické pro návštěvníka nebo návštěvnici daných webových stránek,

¹ Srov. např. TOMÍŠEK, J. *Ochrana osobních údajů v systémech internetové reklamy*. Disertační práce. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2024, s. 74 a násl.

² MÜLLER-TRIBBENSEE, T. – MILLER, K. – SKIERA, B. *Paying for Privacy: Pay-or-Tracking Walls* [online]. 5. 3. 2024, s. 7 [cit. 2024-03-20]. Dostupné na: <https://ssrn.com/abstract=4749217>.

projeví poskytovatel reklamy zájem o inzertní plochu a uživateli se v odpovídajícím čase zobrazí reklama přizpůsobená jeho zájmům.³

V tomto článku nejprve stručně představím jednotlivé způsoby, jakými lze přístup k obsahu omezovat, resp. podmiňovat, jestliže není poskytnut zcela volně komukoliv. Tím zasadím model *pay or okay* do kontextu ostatních variant *cookie* lišt. Jednotlivé varianty nazývám obchodním modelem, neboť mají vliv na zapojení uživatele, na způsob financování provozu a na celkový zisk podnikatele. Dále se v článku zaměřím výhradně na model *pay or okay*.

Tento model vešel nejvíce ve známost široké laické veřejnosti teprve nedávno – v uplynulém roce k němu přistoupila společnost Meta na svých sociálních sítích Facebook a Instagram a v době psaní tohoto článku i český zpravodajský server Seznam. Meta jej zavedla v reakci na rozhodnutí Evropského sboru pro ochranu osobních údajů, jež bylo součástí zajímavého rozhodovacího vývoje, v rámci něž se otázkou poskytování služeb výměnou za poskytování osobních údajů zabýval také Soudní dvůr Evropské unie v rozhodnutí Meta v Bundeskartellamt. Přestože se s touto praktikou do určité míry vypořádává jak legislativa, tak i rozhodovací autority, setkává se s kritikou mezi laickou i odbornou veřejností. Na identifikaci milníků rozhodovacího vývoje proto navazují kapitolami popisujícími jednotlivé problematické aspekty přijetí tohoto modelu. Těmi jsou komoditizace osobních údajů, svobodný souhlas a výše ceny, kterou uživatelé platí za ochranu svého soukromí. Článek v rámci hodnocení tohoto modelu poskytuje argumenty, které se vypořádávají s jednotlivými kritikami z teoretického i praktického pohledu a ke kritickým místům tohoto obchodního modelu nastiňuje možná řešení.

Cílem článku je představit možné konflikty praktiky *pay or okay* s předpisy na ochranu osobních údajů a na ochranu soukromí a uvést do vzájemných souvislostí jednotlivé argumenty jak kritiků, tak příznivců této praktiky. Článek zasazuje tuto praktiku do jednoznačných teoretických východisek, zároveň ale neopomíná ani praktické důsledky pro podnikatele, kteří uvažují nad zavedením tohoto modelu.

V článku se proto zaměřuji na evropské právní prostředí. České právo na ochranu osobních údajů a na ochranu spotřebitele silně vychází z unijní právní úpravy. Relevantní unijní úprava je provedena do národních právních předpisů, které se tudíž nijak neodchyľují v tématech zásadních pro tento článek. Článek zohledňuje stav ke dni 25. 4. 2024.

PAYWALL, COOKIE WALL, PAY OR OKAY

V praxi existují vedle volného přístupu k obsahu tři varianty obchodních modelů, z nichž podnikatelé mohou vybírat. Prvním z nich je *paywall*, tedy zpřístupnění obsahu za peníze. V tomto případě web nenabízí (a nabízet nemusí) žádnou alternativu pro uživatele, kteří peníze platit nechtějí. Tato varianta se využívá například u internetových televizí, online zpravodajství nebo u platforem umožňujících sdílení videí a podcastů. Často je tento model modifikován do hybridní podoby, která spojuje volný přístup k části obsahu s formou placeného přístupu k „prémiovému obsahu“.

³ TOMÍŠEK, c. d., s. 74 a násled.

Pokud je obsah dostupný za *cookie wall*, uživatel musí udělit souhlas se zpracováním *cookies*, aby k obsahu získal přístup. Od typických *cookie* lišt se liší tím, že je skryta celá webová stránka, tudíž přístup k obsahu bez udělení souhlasu není vůbec možný. Souhlas je klíčovým prvkem při zpracování *cookies*. Provozovatelé komunikačních sítí potřebují souhlas uživatele k ukládání analytických a marketingových *cookies* (na rozdíl od ukládání technických provozních údajů). Tyto *cookies* navíc představují natolik podrobné informace, že mohou vést k identifikaci uživatele – představují tedy osobní údaje.⁴ Proto se na ně vztahují ještě pravidla pro ochranu osobních údajů, která upřesňují, že udělený souhlas musí být svobodný.⁵

Právním posouzením *cookie walls* se již zabývaly dozorové úřady například v Nizozemsku a ve Francii.⁶ Závěrem stanovisek obou orgánů bylo, že souhlas v rámci *cookie walls* nelze považovat za svobodný, neboť je vynucený podmíněním přístupu k obsahu, který se zpracováním osobních údajů jako takovým nespojuje.⁷ Stejný závěr prezentuje i Evropský sbor pro ochranu osobních údajů (dále jen EDPB) a odůvodňuje ho tím, že pokud je poskytnutí služby udělením souhlasu přímo podmíněno, uživatel nemá skutečnou možnost volby, a proto nelze souhlas považovat za svobodně udělený.⁸

Podle francouzského dozorového orgánu musí být uživateli v případě zavedení modelu *cookie wall* nabídnut alternativní spravedlivý způsob, jakým může k obsahu získat přístup.⁹ Jestliže chce poskytovatel obsahu zachovat určitou míru výdělečnosti, nebo alespoň financování činnosti, bude tato alternativa zpravidla spočívat v zaplacení finanční částky výměnou za zpřístupnění obsahu bez současného zpracování osobních údajů uživatele. I francouzský dozorový úřad tedy ve svém stanovisku ke *cookie walls* předpokládal variantu kombinace s placenou verzí.

K této variantě se poskytovatelé skutečně v poslední době začali uchylovat a *cookie wall* zkombinovali s modelem *paywall*. Existence dvou alternativ přístupu k obsahu – po zaplacení penězi nebo po poskytnutí osobních údajů – vešla ve známost jako model *pay or okay*.¹⁰ Po zaplacení částky je uživateli buď zpřístupněn určitý obsah (např. k jednomu videu, k deseti článkům apod., tzv. *pay per use*), nebo je mu zpřístupněn všechny

⁴ FIALOVÁ, E. Cookies a požadavky na souhlas. In: *Právní prostor* [online]. 8. 9. 2020 [cit. 2024-02-08]. Dostupné na: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/obcanske-pravo/cookies-pozadavky-na-souhlas>.

⁵ Souhlas by navíc měl být udělen k jednotlivým typům *cookies* v souladu s požadavky na granularitu. Více srov. The EU's Article 29 Data Protection Working Party. Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookie [online]. 2. 10. 2013 [cit. 2024-02-12]. Dostupné na: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_en.pdf.

⁶ Autoriteit persoonsgegevens. *Hoe legt de AP de juridische normen rond cookiewalls uit?* [online]. [cit. 2024-02-08]. Dostupné na: https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/normuitleg_ap_cookiewalls.pdf; *Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation*. In: *CNIL* [online]. 16. 5. 2022 [cit. 2024-06-21]. Dostupné na: <https://www.cnil.fr/fr/cookie-walls-la-cnil-publie-des-premiers-criteres-devaluation>.

⁷ FIALOVÁ, c. d.

⁸ European Data Protection Board. Pokyny č. 05/2020 k souhlasu podle nařízení 2016/679. Verze 1.1 [online]. 4. 5. 2020, s. 12, bod 39 [cit. 2024-02-11]. Dostupné na: https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_cs.pdf.

⁹ France: CNIL publishes criteria for assessing legality of cookie walls. In: *Data Guidance* [online]. 17. 5. 2022 [cit. 2024-02-11]. Dostupné na: <https://www.dataguidance.com/news/france-cnil-publishes-criteria-assessing-legality>.

¹⁰ „Pay or Okay“ bei derStandard.at? In: *noyb* [online]. 10. 12. 2018 [cit. 2024-02-13]. Dostupné na: <https://noyb.eu/en/pay-or-okay-bei-derstandardat>.

obsah na určitou dobu (typicky měsíc, tzv. *pay per period plan*),¹¹ často s automatickým obnovením.¹² Jednou z nejvýraznějších společností využívající tuto variantu je v současné době Meta.

EXKURZE DO „HISTORIE“ – JAK ŠEL ČAS SE SPOLEČNOSTÍ META

Možnost placení nebo využití alternativy v podobě poskytnutí osobních údajů, tedy model *pay or okay*, není novinkou. Již před lety tento obchodní model začaly zavádět online časopisy v Německu a v Rakousku.¹³ Nedávno se však tato praktika dostala do hledáčku široké veřejnosti díky společnosti Meta, která jej implementovala na svoji sociální síť Facebook a Instagram. Najednou stálo před dlouholetými uživateli těchto platforem rozhodnutí, zda souhlasit s poskytováním osobních údajů za účelem personalizace reklamy, nebo zda zaplatit Metě částku pohybující se mezi 200–300 korunami (v závislosti na webové nebo mobilní verzi). Případnou alternativou bylo se těchto sociálních sítí, které mnozí používali po několik dlouhých let, vzdát. V této kapitole představím, kde celý příběh placeného Facebooku a Instagramu začal a proč Meta k tomuto řešení po tolika letech přistoupila. A to zvláště poté, co měl Facebook drtivou část svojí existence na úvodní stránce informaci, že „*je a vždy bude zdarma*“. Ta v loňském roce bohužel ze stránky nenápadně zmizela. K zavedení možnosti placené verze totiž společnost Meta nepřistoupila zcela dobrovolně, ale v návaznosti na rozhodnutí irského dozorového úřadu pro ochranu osobních údajů, který se zabýval právním titulem zpracování osobních údajů za účelem personalizované reklamy.¹⁴

Aby mohl poskytovatel služeb zpracovávat osobní údaje, musí si předem určit v zásadě dvě věci: účel a právní titul. Účel poukazuje na to, *proč* a *k čemu* osobní údaje potřebuje, jedná se o motivaci poskytovatele. Aby bylo zpracování zákonné, musí být účel popsán dostatečně konkrétně. V případě *pay or okay* modelu bude účel vymezen například jako poskytování personalizované reklamy. Chybné je, pokud účel není definován dostatečně konkrétně, a odkazuje se například pouze na „vylepšení služeb“ nebo „lepší zážitek pro uživatele“ – takové vymezení totiž uživateli zdaleka neřekne, k čemu vlastně mohou být jeho osobní údaje využity. Pojmenovat účel zpracování zpravidla není těžké, zato určit právní titul zpracování bývá složitější. Právní titul je vymezen obecným nařízením o ochraně osobních údajů (GDPR) a slouží jako právní základ, kterým správce musí zpracování osobních údajů za daným účelem podložit. Právními tituly, které připadají v úvahu v kontextu personalizace, jsou smlouva, oprávněný zájem a souhlas. Zbylé právní tituly (plnění právní povinnosti, plnění úkolů ve veřejném zájmu a ochrana životně důležitých zájmů) proto v tomto článku nebudou rozepsány.

¹¹ MÜLLER-TRIBBENSEE – MILLER – SKIERA, *c. d.*, s. 10.

¹² Tamtéž, s. 19.

¹³ „Pay or Okay“ bei derStandard.at?

¹⁴ EDPB publishes urgent binding decision regarding Meta. In: *European Data Protection Board* [online]. 7. 12. 2023 [cit. 2024-06-20]. Dostupné na: https://www.edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-publishes-urgent-binding-decision-regarding-meta_en.

Obecně platí, že pokud je zpracování osobních údajů nezbytné pro naplnění smlouvy, tedy pokud bez toho fakticky není možné naplnit účel smlouvy a službu poskytnout, pak je požadavek na zpracování osobních údajů jako podmínka přístupu ke službě legitimní.¹⁵ Jestliže však poskytovatel využívání služby podmiňuje udělením souhlasu se zpracováním osobních údajů, aniž by takové zpracování bylo nezbytnou náležitostí služby, pak je tato praktika považována za nepřipustnou a smlouvu jako právní titul nelze využít.¹⁶

Původně Meta považovala zpracování za zákonné na základě právního titulu plnění smlouvy,¹⁷ proti čemuž byla v roce 2018 podána stížnost k belgickému dozorovému úřadu, který ji pro nepřislušnost postoupil irskému dozorovému orgánu.¹⁸ V této věci vydal EDPB závazné rozhodnutí,¹⁹ na jehož základě irský úřad konstatoval, že plnění smlouvy není platným právním titulem právě proto, že shromažďované osobní údaje nejsou nezbytně nutné k poskytování služby, která je předmětem smlouvy.²⁰ Meta proto pro zpracování osobních údajů na svých sociálních sítích musela právní titul změnit a zvolila další, zdánlivě nejjednodušší variantu – argumentaci legitimním zájmem na personalizaci reklamy,²¹ který podle společnosti převažoval nad zájmem uživatelů na ochraně jejich soukromí. Tato argumentace se však nepřekvapivě nesetkala s pochoopením u Soudního dvora EU. Ze závěrů rozhodnutí Soudního dvora EU (dále také jen „SDEU“) z roku 2023, konkrétně z podmínek určených pro přípustnost zpracování osobních údajů na základě smlouvy a oprávněného zájmu,²² plyne, že jediným možným právním titulem zpracování osobních údajů pro účely personalizované reklamy v případě společnosti Meta a sociálních sítí je výslovný souhlas dotčených uživatelů. Meta nicméně vytušila, že souhlas by spousta uživatelů neudělila, kdyby nemusela, čímž by Meta přišla o velkou část osobních údajů a možností jejich zpracování. Proto sociální sítě zpřístupnila buď za podmínky udělení souhlasu, nebo po zaplacení finanční částky. Soudní dvůr se ve svém rozsudku problematikou osobních údajů jako protiplnění nezabýval komplexně, neboť se nejednalo o hlavní předběžnou otázku. Uvedl nicméně, že uživatelé, kteří souhlas se zpracováním osobních údajů neudělí, by neměli být zbaveni možnosti službu využívat, i kdyby to znamenalo, že za ni zaplatí přiměřenou odměnu.²³ Jedná se o izolovaný výrok bez hlubší analýzy a zhodnocení potenciálních následků včetně rizik – toto tvrzení SDEU nicméně není přelomové, se stejnou variantou pracuje

¹⁵ Rozsudek Soudního dvora Evropské Unie ze dne 4. 7. 2023 ve věci C-252/21. In: *InfoCuria Judikatura* [online]. Bod 8 [cit. 2024-06-20]. Dostupné na: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=275125&pageIndex=0&doclang=CS&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

¹⁶ Tamtéž, bod 155.

¹⁷ Rozhodnutí irského dozorového orgánu pro ochranu osobních údajů ze dne 31. 12. 2022, zn. IN-18-5-7 [online]. [cit. 2024-06-20]. Dostupné na: https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/instagram_inquiry-18-5-7_final_decision_en.pdf.

¹⁸ Tamtéž, bod 2.

¹⁹ European Data Protection Board. Binding Decision 2/2022 on the dispute arisen on the draft decision of the Irish Supervisory Authority regarding Meta Platforms Ireland Limited (Instagram) under Article 65(1)(a) GDPR [online]. 28. 7. 2022 [cit. 2024-06-23]. Dostupné na: https://www.edpb.europa.eu/system/files/2022-09/edpb_bindingdecision_2022_ie_sa_instagramchildusers_en.pdf.

²⁰ Rozhodnutí irského dozorového orgánu pro ochranu osobních údajů ze dne 31. 12. 2022, zn. IN-18-5-7.

²¹ Tamtéž.

²² Rozsudek Soudního dvora Evropské Unie ze dne 4. 7. 2023 ve věci C-252/21, bod 155.

²³ Tamtéž, bod 150.

směrnice o digitálním zboží a digitálních službách přijatá roku 2019. Pojetí osobních údajů jako protiplnění se věnuji v následující části článku.

Z vývoje jednotlivých rozhodnutí a postupu společnosti Meta lze usoudit, že Meta vždy volila nejjednodušší možný způsob ospravedlnění svých praktik místo důsledné počáteční analýzy a vyhodnocení potřeby zpracování. Zahrnutí personalizované reklamy do podstaty smlouvy, na jejímž základě je služba poskytována, nevyžaduje ani vypracování balančního testu (na rozdíl od oprávněného zájmu), natož úpravu modelu tak, aby byl od uživatelů vyžadován souhlas, a riskování neudělení souhlasu.

Na jaře tohoto roku zpravodajský server Seznam Zprávy oznámil, že se k této formě obchodního modelu přihlásí také a některé služby poskytované společností Seznam budou nově nabízet službu „Bez cílené reklamy“.²⁴ Nazvat tuto praktiku „službou“ je zarážející hned v úvodu. Vybrané služby tedy uživatelé nově budou moci využívat buď po udělení souhlasu se zpracováním osobních údajů, nebo po zaplacení částky 79 Kč.²⁵

Varianta, která nabízí uživatelům volbu mezi zaplacením ceny nebo poskytnutím osobních údajů, se rychle setkala s širokou kritikou. Kritika se opírá v zásadě o tři argumenty, které budou rozebrány v následujících kapitolách:

- Osobní údaje nejsou komodita, kterou bychom mohli platit.
- Souhlas není v modelu *pay or okay* svobodně udělený.
- Přijímáním modelu *pay or okay* se soukromí stává luxusem, nikoli základním právem.

OSOBNÍ ÚDAJE JAKO KOMODITA

Prvním zásadním problémem, který vyvěrá z využívání osobních údajů jako protiplnění, je jejich vnímání jako komodity. EDPB se výslovně staví proti takovému pojetí,²⁶ neboť odporuje způsobu ochrany osobních údajů v evropském právním systému²⁷ – osobní údaje totiž nejsou vnímány jako obchodovatelný statek a nejsou chráněny vlastnickým právem, které by umožňovalo jejich převedení. Směrnice o digitálním zboží a digitálních službách přesto umožňuje jejich poskytnutí jako protiplnění, a to i pro marketingové účely. I přes významná varování a nepřípustnosti komoditizace osobních údajů se směrnice o digitálním zboží a digitálních službách, rozsudek SDEU

²⁴ JUNA, P. Platit daty, či penězi? Uživatelé Seznamu mají na výběr. In: *Seznam Zprávy* [online]. 25. 3. 2024 [cit. 2024-03-26]. Dostupné na: <https://www.seznamzpravy.cz/clanek/ekonomika-firmy-byznsy-seznamu-platit-daty-ci-penezi-uzivatele-seznamu-dostanou-na-vyber-248376>.

²⁵ Tamtéž.

²⁶ European Data Protection Board. EDPB-EDPS Joint Opinion 2/2022 on the Proposal of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act) [online]. 4. 5. 2022, s. 18, bod 63 [cit. 2024-02-20]. Dostupné na: https://www.edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-edps_joint_opinion_22022_on_data_act_proposal_en.pdf.

²⁷ V americkém kontextu argumenty vedou ve prospěch přípustnosti vlastnictví osobních údajů – kalifornský zákon na ochranu soukromí dokonce osobním údajům přiznává povahu předmětu smlouvy o koupi zboží. Srov. PRINS, C. When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become a Commodity: Would a Property Rights Approach Matter. *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society*. 2006, Vol. 3, No. 4, s. 272. Shodně též FILATOVA-BILOUS, N. Data as a Tradeable Commodity: Propertization vs. the Concept of Exclusive Rights. *Teisé*. 2022, Vol. 124, s. 58.

ve věci *Meta v Bundeskartellamt* ani stanovisko EDPB nepouštějí do hlubšího vysvětlení tohoto spojení.

Na vlastnictví osobních údajů existují dva názory. Podle některých by tento koncept osobních údajů měl za následek jejich větší ochranu, a potažmo tedy i větší kontrolu jednotlivců nad ochranou jejich soukromí.²⁸ Podle jiných by naopak lidé využívali možnosti zisku jejich prodejem, což by v důsledku vedlo k většímu šíření osobních údajů, a tedy k nižší ochraně soukromí.²⁹

Ochrana osobních údajů je úzce propojena s právem na soukromí.³⁰ Předmětem ochrany práva na soukromí není jen soukromí jako takové, ale v širším slova smyslu i lidská důstojnost a základní svobody.³¹ Jednou ze složek práva na soukromí je právo na informační sebeurčení, které právě úzce souvisí s osobními údaji.³² První argument, proč má evropské pojetí práva na soukromí bránit převodu osobních údajů, je takový, že právo na soukromí (které ale přes jisté spojitosti není synonymem k osobním údajům) má být jakožto základní lidské právo nepřevoditelné,³³ resp. nezczizitelné. Druhým je argument, že osobní údaje jsou tak úzce spjaty s dotčenou osobou a s její osobností,³⁴ že jednoduše není možné převést práva k nim někomu jinému, protože náleží pouze k této osobě. Panuje obava, že model *pay or okay* by mohl vzbudit dojem, že se na osobní údaje může nahlížet jako na předmět vlastnictví,³⁵ protože jsou staveny na roveň zaplacení ceny. Takový pohled je silně nežádoucí, neboť by znamenal významné ovlivnění možností nakládání s osobními údaji ze strany podnikatelů.

Spojování osobních údajů s vlastnickým právem je v návaznosti na jejich rostoucí ekonomický potenciál předmětem mnoha akademických diskuzí.³⁶ Jejich povaha však vlastnickému právu neodpovídá, což vyplývá například z práv k věci (právo věc držet, užívat, měnit nebo ničit a právo s ní nakládat), která neodpovídají právům a možnostem nakládání s osobními údaji.³⁷ Zvláštní věcné právo k osobním údajům vedle práva vlastnického nelze zavést, protože občanský zákoník obsahuje *numerus clausus* věcných práv.³⁸

Další problematické otázky v případě uznání vlastnického práva k osobním údajům jsou jak teoretické, tak praktické: kdo je vlastníkem osobních údajů nebo například

²⁸ LESSIG, L. Privacy as property. *Social research*. 2002, Vol. 69, No. 1, s. 255.

²⁹ Tamtéž.

³⁰ Byť to není totéž a do ochrany osobních údajů se promítají i další zájmy (například zákaz diskriminace).

³¹ PRINS, *c. d.*, s. 275.

³² Stanovisko pléna Ústavního soudu ze dne 22. 3. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 24/10, bod 29; TŮMA, P. Komentář k § 86. In: LAVICKÝ a kol. *Občanský zákoník I: obecná část (§ 1–654)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 509–524.

³³ FILATOVA-BILOUS, *c. d.*, s. 57.

³⁴ PRINS, *c. d.*, s. 280.

³⁵ European Data Protection Board. Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms [online]. 17. 4. 2024 [cit. 2024-04-22]. Dostupné na: https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb_opinion_202408_consentorpay_en.pdf.

³⁶ Srov. PRINS, *c. d.*; nebo HAZEL, S. H. Personal data as property. *Syracuse Law Review*. 2020, Vol. 70, No. 4, s. 1055–1114.

³⁷ JANEČEK, V. Ownership of personal data in the Internet of Things. *Computer Law & Security Review*. 2018, No. 5, s. 1039–1052.

³⁸ Tamtéž.

profilů na sociálních sítích?³⁹ Které konkrétní údaje by byly předmětem vlastnictví? V případě behaviorálních vzorců odpozorovaných sledováním chování uživatelů je například obtížné určit, které konkrétní údaje vedly k jakým konkrétním poznatkům o chování daného jednotlivce.⁴⁰

Někteří autoři se proto rozhodli prozkoumat možnosti, které nabízí právo duševního vlastnictví.⁴¹ Arlowski tvrdí, že vznik takového nového práva, resp. nového typu duševního vlastnictví k osobním údajům je možný a v dnešní době potřebný.⁴² Podobně jako u vlastnictví, i zavedení takového práva by mohlo přispět k ochraně soukromí.⁴³ Na základě teorie vlastnictví, s níž přišel Locke, dochází k závěru, že používání technologií lze považovat za práci daného jednotlivce, a údaje (např. zmiňované behaviorální vzorce), které tím generuje, je proto možné považovat za komoditu, k níž danému jednotlivci vznikají práva.⁴⁴ Naproti tomu existuje opačný argument, že osobní údaje skrze právo duševního vlastnictví nelze chránit mimo jiné právě proto, že ke vzniku osobních údajů jedinec nijak nepřispívá vlastní kreativitou či vlastní cílenou prací, a od existujících předmětů duševního vlastnictví tedy mají diametrálně odlišnou povahu.⁴⁵

Model *pay or okay* je ukázkou toho, že osobní údaje mají ekonomický význam, což by mohlo vést k jejich chápání jako komodity. I přes obavy, že by podnikatelé nabyli dojmu, že k osobním údajům mají nějaká majetková práva, nicméně tato praktika nepopírá povahu osobních údajů a neodporuje pravidlu nezczizitelnosti práva na soukromí jakožto základního lidského práva, protože udělením souhlasu se zpracováním spotřebitel nepřevádí na poskytovatele svá práva k osobním údajům. Naopak poskytovateli kvůli jejich zpracování vznikají povinnosti jakožto správci. Že možná komoditizace a neexistence vlastnických práv k osobním údajům není reálnou překážkou modelu *pay or okay*, ostatně ukazují i závěry SDEU⁴⁶ a směrnice o digitálních službách, které poskytnutí osobních údajů výměnou za poskytnutí služby připouštějí. Model totiž neumožňuje nic jiného než poskytování osobních údajů na základě souhlasu, čemuž odpovídá jak faktická realita, tak i právní předpisy na ochranu osobních údajů.⁴⁷ Ačkoli se tedy v praxi může zdát, že se z osobních údajů stává komodita, fakticky nejsou při jejich poskytování převáděna žádná majetková práva. Proto nelze hovořit o osobních údajích jako komoditě a ani o vlastnickém právu k nim.

Směrnice o některých digitálních službách představuje nově legislativně ukotvenou možnost nabízení zboží nebo služeb spotřebiteli za protiplnění ve formě poskytnutí osobních údajů. Toto ustanovení zvedlo vlnu pozornosti vůči chápání osobních údajů

³⁹ PRINS, c. d., s. 276.

⁴⁰ Srov. LOERTSCHER, S. Digital monopolies: Privacy protection or price regulation? *International Journal of Industrial Organization*. 2020, Vol. 71, s. 11.

⁴¹ Srov. BARTOW, A. Our data, ourselves: Privacy, propertization, and gender. *University of San Francisco law review*. 2000, Vol. 34, s. 685, který rovněž osobní údaje přirovnává k právu obchodních společností k firmě a jiným údajům (s. 634).

⁴² ARLOWSKI, M. Personal Data as a New Form of Intellectual Property. *Journal of the Patent and Trademark Office Society*. 2022, Vol. 102, No. 4, s. 652.

⁴³ Tamtéž, s. 692.

⁴⁴ Tamtéž, s. 655.

⁴⁵ FILATOVA-BILOUS, c. d., s. 63.

⁴⁶ Rozsudek Soudního dvora Evropské Unie ze dne 4. 7. 2023 ve věci C-252/21, bod 150.

⁴⁷ FILATOVA-BILOUS, c. d., s. 57.

jako komodity v právním světě dříve, než se obchodní model Mety na její sociální síti Facebook dostal k široké veřejnosti. Samotná směrnice se však straní jakéhokoliv popozování zákonnosti zpracování osobních údajů.

Recitál ke směrnici v bodě 24 upřesňuje, že osobní údaje představují formu protiplnění v případech, kdy „spotřebitel založí účet na sociální síti a poskytne své jméno a adresu elektronické pošty, které jsou použity pro jiné účely než pro výlučné poskytování digitálního obsahu nebo digitální služby či jiné účely než splnění zákonných požadavků. [...] a] kdy spotřebitel dává souhlas k tomu, aby obchodník zpracovával materiály představující osobní údaje, jako jsou fotografie nebo zprávy nahrané spotřebitelem, pro marketingové účely.“ Ačkoli to zprvu se zmínkou kontaktních údajů nevypadá, že by směrnice pokrývala i model *pay or okay*, dovětek o marketingových účelech nasvědčuje opaku. To, že se primárně vztahuje na kupní smlouvy a smlouvy o poskytnutí služeb, je však z pohledu ochrany osobních údajů poněkud matoucí, protože recitál najednou rozšiřuje působnost i na osobní údaje poskytnuté na základě souhlasu, tedy nikoli z titulu plnění smlouvy. Těžko tedy říct, jaký přesně je vztah mezi směrnici a modelem *pay or okay*. Recitál slouží jako výkladové vodítko a není závazný. V souladu s ním nicméně nedávno rozhodl i SDEU v případě společnosti Meta. SDEU naznačil, že by takový obchodní model mohl být v souladu s právem – uživatelé, kteří nechtějí udělit souhlas se zpracováním osobních údajů, by dle SDEU měli mít možnost využít rovnocennou alternativu nezahrnující zpracování osobních údajů, poskytnutou případně i za přiměřenou odměnu.⁴⁸ Jakkoli legislativa, rozhodnutí SDEU i praxe ukazují, že osobní údaje jsou vnímány jako možná forma protiplnění (a o jejich ekonomické hodnotě není nejmenších pochyb), právní řád jako celek s tímto konceptem nepracuje. Proto pro některé může být těžké takovou formu „transakce“ uchopit nebo pojmenovat, z čehož právě plynou obavy o dezinterpretaci povahy osobních údajů – jejich poskytnutím a udělením souhlasu s jejich zpracováním se žádná věcná práva nepřevádějí.

SVOBODNÝ SOUHLAS

Potřebným právním titulem pro zpracování osobních údajů za účelem poskytování personalizované reklamy je souhlas. Se způsobem, jakým je tento souhlas od uživatelů získáván, se pojí druhá kritika modelu *pay or okay*, a vyzdvihována je zejména svoboda souhlasu. Dle průzkumu NOYB pouze 3–10 % uživatelů preferují personalizovanou reklamu (statistika bez zohlednění toho, zda ji preferují i za „cenu“ sdílení osobních údajů s podnikatelem).⁴⁹ Přesto podnikatelé tvrdí, že souhlasy se zpracováním osobních údajů za účelem personalizace reklamy jsou uděleny dobrovolně.⁵⁰

⁴⁸ Rozsudek Soudního dvora Evropské Unie ze dne 4. 7. 2023 ve věci C-252/21, bod 150.

⁴⁹ NOYBeu. Why More and More Websites Make You Pay for Your Privacy. In: *Youtube* [online]. 9. 4. 2024 [cit. 2024-04-18]. Dostupné na: https://www.youtube.com/watch?v=pybSRk7mFbk&t=2s&ab_channel=NOYBeu.

⁵⁰ Tamtéž.

Mezi aspekty, které se hodnotí v rámci naplnění požadavku na svobodný souhlas, patří mj. granularita souhlasu a nerovné postavení mezi subjekty. Obě tato kritéria byla zmíněna v rozsudku *Meta v Bundeskartellamt* a navazuje na ně EDPB ve svém stanovisku k modelu *pay or okay*.

Ke granularitě SDEU ve svém rozsudku uvádí, že „[I]ze předpokládat, že souhlas není svobodný, není-li možné vyjádřit samostatný souhlas s jednotlivými operacemi zpracování osobních údajů, i když je to v daném případě vhodné, nebo je-li plnění smlouvy, včetně poskytnutí služby, učiněno závislým na souhlasu, i když to není pro toto plnění nezbytné“.⁵¹ Dále dodává, že souhlas musí být udělen ke každé složce služby nebo ke každé službě zvlášť,⁵² tedy ke každému účelu zpracování. Pokud chce poskytovatel obsahu zpracovávat osobní údaje ještě za jiným účelem, než je cílená reklama, je nezbytné tento nový účel oddělit a umožnit uživateli udělit k němu souhlas zvlášť, případně jej opřít o jiný právní titul. Nesmí tyto účely „schovat“ pod souhlas udělený se zpracováním reklamy. SDEU však nevyjasnil, zda je v pořádku vyžadovat souhlas rovněž se všemi těmito jinými účely za účelem zpřístupnění obsahu. Model *pay or okay* je stále primárně spjat s možností náhrady výdělkem za reklamu v případě, kdy uživatel souhlas neudělí. Proto je logické, aby byl přístup k obsahu podmíněn pouze souhlasem s cílenou reklamou, která poskytování služby financuje, a nikoli s dalšími účely zpracování. Opačný postup by v tomto kontextu odporoval smyslu granularity a více podporoval argument, že souhlas není svobodně udělený. Navíc by touto praxí docházelo k nežádoucímu rozšiřování *cookie fatigue*⁵³ a zahlcení informacemi.

Dalším aspektem, který má vliv na svobodnost udělení souhlasu, je reálný vztah mezi oběma stranami. Nerovné postavení mezi subjekty bývá nejčastěji vykládáno jako postavení zaměstnance a zaměstnavatele nebo jako postavení člověka vůči orgánu veřejné moci.⁵⁴ Jsou to nicméně pouze příklady, nikoli uzavřený výčet. Nerovnost v kontextu svobodnosti udělení souhlasu lze vnímat i mezi spotřebitelem⁵⁵ a podnikatelem, pokud má podnikatel významnou pozici na trhu.⁵⁶ Samotná nerovnost není překážkou souhlasu jako validního právního titulu pro zpracování osobních údajů, ale je důvodem pro zvýšenou opatrnost při hodnocení toho, zda byl souhlas udělen skutečně svobodně, a k vyžadování souhlasu by se v těchto vztazích mělo přistupovat spíše vzácně.⁵⁷ Pozice na trhu v případě *Mety* je dána několikaletým fungováním jejích sociálních sítí, které byly po celou tuto dobu přístupné uživatelům zdarma a téměř kdekoli v na

⁵¹ Rozsudek Soudního dvora Evropské Unie ze dne 4. 7. 2023 ve věci C-252/21, bod 43.

⁵² Tamtéž, bod 100.

⁵³ Přehlcení uživatelů neustálým udělováním souhlasu a *cookie* lištami. Srov. WEIN, T. Data Protection, Cookie Consent, and Prices. *Economies*. 2022, Vol. 10, No. 12, s. 1.

⁵⁴ European Data Protection Board, *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*.

⁵⁵ Spotřebitel je slabší smluvní strana. Závěry SDEU a EDPB nicméně nenaznačují, že jakýkoliv souhlas udělený spotřebitelem by mohl být defaultně nesvobodný z povahy nerovných spotřebitelských vztahů. Závěry SDEU a EDPB se v tomto kontextu zaměřují konkrétně na vztahy s podnikateli, kteří mají významné, až monopolní postavení na trhu, což se promítá do povahy služby, kterou poskytují a kterou chce spotřebitel využít bez nutnosti zpracování osobních údajů. Významnou pozici má podnikatel například kvůli jedinečnosti povahy služby nebo jedinečným vlastnostem služby.

⁵⁶ European Data Protection Board, *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*.

⁵⁷ Tamtéž, bod 98.

světě. Lidé si vytvořili vazby, které díky sociálním sítím snadno udržují, a zvykli si, že jsou sociální sítě součástí jejich každodenního života. Specifická pozice na trhu spočívá v tomto případě i v tom, že většinu kontaktů má uživatel právě například na Facebooku, a při využití jiné služby by bylo komplikované všechny přátele či známé přesvědčit, aby hromadně přešli na jiný komunikační kanál. Uživatel by tím navíc ztratil veškerou historii, kterou na profilu vybudoval. Jedná se tedy jak o „pouhý“ psychologický, tak i o ekonomický efekt a o faktickou praktičnost. Tyto faktory mohou být pro uživatele důvodem, proč vnímají danou sociální síť jako hlavní, přisuzují jí vysoký význam a souhlas se zpracováním osobních údajů udělí. Na tento aspekt upozorňuje i EDPB ve svém stanovisku k modelu *pay or okay*, kde uvádí, že právě vazba vytvořená na dané sociální síti může být důvodem narušení svobodnosti souhlasu.⁵⁸

Pořád samozřejmě existuje alternativa placení, ale v tomto kontextu je důležité, že služby Mety byly po celá dlouhá léta zdarma, s čímž se pojí určitý zvyk a představa člověka o tom, že za sociální síť se neplatí, a pokud ano, je to nestandardní a není to nutné. V podstatě hraje významnou roli skutečnost, že si sociální síť své uživatele „vychovaly“ způsobem, že tento typ služby je poskytnut zdarma. Na svém počátku samy nastavily určitý obchodní model, který pro ně a jejich cíle nebyl dlouhodobě udržitelný a který s rozvojem technologických možností změnily. To samo o sobě nemusí být problematické, pokud by zvolily způsob financování, který není postavený na nutnosti zpracování osobních údajů.

Tuto specifickou pozici nemají zpravodajské weby, kde si uživatel dovede představit alternativu placení za papírový výtisk a s nimiž uživatele zpravidla nepojí nějaká historie osobnějšiho charakteru (fotografie, konverzace apod.), a proto mohou více zvažít vzdání se dané služby za účelem neplacení ceny a neposkytování osobních údajů, případně přejít na jiný zpravodajský web. Možná i proto rakouský zpravodajský web *der Standard*, první, který přišel na trh s modelem *pay or okay*,⁵⁹ zaznamenal po uvedení tohoto modelu menší zisky, byť cílem jeho zavedení bylo zachránit financování tohoto zpravodajství.⁶⁰

EDPB přišel se zajímavým argumentem, že placení by pro uživatele mohlo představovat negativní následek, tedy „trest“ za neudělený souhlas.⁶¹ Neudělení souhlasu nesmí mít pro uživatele žádný negativní vliv, a proto EDPB spatřuje problém v tom, že placená verze je jedinou alternativou. Vnímání zaplacení peněz za službu jako „negativní následek“ je z podnikatelského pohledu velmi přísné a mohlo by nastavit špatný standard pro praxi do budoucna. Stejně tak je vhodné přijmout možnost nevyužití služby jako rovnocennou variantu (ačkoli ta prakticky není zohledněna ani v případě zákazu implementace *cookie walls*). S tím se nicméně opět dostáváme do kolotoče s argumentem, že pokud byla služba 17 let zadarmo a během této doby se stala takovým fenoménem, jakým se stal například Facebook, stavení uživatele do pozice „buď začne platit, nebo služba nebude dostupná“ skutečně vede k tomu, že uchýlení se ke třetí možnosti

⁵⁸ Tamtéž, bod 108.

⁵⁹ NOYBeu, c. d.

⁶⁰ Tamtéž.

⁶¹ Tamtéž, bod 69–70.

poskytnout osobní údaje – výměnou za to, co doposud měl, tedy službu zdarma – není rozhodnutí odpovídající skutečné vůli uživatele.

V ekonomii se pro popis vztahu spotřebitele k hodnotě zboží nebo služby používají dva termíny: ochota přijmout (nabídku) (WTA, *willingness to accept*) a ochota zaplatit (WTP, *willingness to pay*).⁶² Ukázalo se, že pokud má spotřebitel obdržet peníze za to, že prozradí své osobní údaje, není ochotný se svého soukromí vzdát ve prospěch vize výdělku. Ochota spotřebitele chránit své soukromí se však snižuje, pokud je po něm naopak vyžadována aktivní platba za to, že osobní údaje sdíleny nebudou.⁶³ Jestliže tedy služba byla dlouhodobě dostupná všem zdarma, lze na základě takového měřítka nastavení placení jako alternativy představující nezpracování osobních údajů skutečně vnímat jako negativní následek, jakkoli takový závěr na počátku bez kontextu může znít absurdně.

SOUKROMÍ JAKO LUXUSNÍ ZBOŽÍ

Že je zaplacení ceny následkem neudělení souhlasu se zpracováním, není podstatné jen pro náležitosti souhlasu, ale promítá se i do ochrany soukromí jako základního lidského práva. Představme si situaci, kdy je model *pay or okay* akceptován a ceny jsou nastavovány víceméně libovolně. V momentě, kdy spotřebitel využívá vícero služeb, které mají implementovaný model *pay or okay*, stoupá i cena, kterou pravidelně investuje do toho, že jej podnikatelé nesledují. Právo na soukromí by pak mohlo být pro některé uživatele prakticky nedostupné z finančních důvodů. Jakožto základní lidské právo by však právo na soukromí nemělo mít cenovku.⁶⁴

Ekonomická stránka je pro podnikatele zásadní – zisk ostatně tvoří jeden z definičních prvků podnikání. Jednou ze stěžejních otázek, kterou si musí klást podnikatelé před zavedením modelu *pay or okay*, je právě nastavení ceny, za niž budou službu poskytovat. Tato otázka nastává již v případě typických *paywalls*, ale v případě *pay or okay* modelu je mnohem komplikovanější. Dalo by se dokonce říct, že podnikatelé v tomto ohledu mají těžší startovní pozici, neboť často do doby před zavedením *pay or okay* fungovali v režimu „zadarmo“. Tato změna situace placení se pak promítá v neochotě uživatelů platit za něco, co je doposud peníze nestálo. Neznamená to však, že by nastával odliv uživatelů.⁶⁵ Kromě toho je tu ale i další aspekt, a sice ocenění osobních údajů.

V zásadě se nabízí dvě varianty, jak dovozovat cenu přístupu k obsahu. První se odvíjí od klasického *paywall* modelu, kde si podnikatel jednoduše určí cenu, za jakou chce obsah zpřístupnit. Ta zpravidla bude zahrnovat náklady na poskytování obsahu a nějaký výdělek. Druhou variantou je náhrada za příjem, o který poskytovatel „přichází“ skrze reklamu v případě, že mu uživatel neudělí souhlas se zpracováváním osobních údajů. Takový postup může být vykládán tak, že lidé, kteří chtějí chránit svoje soukromí, platí

⁶² ACQUISTI, A. – JOHN, L. K. – LOEWENSTEIN, G. What Is Privacy Worth? Online. *The Journal of Legal Studies*. 2013, Vol. 42, No. 2, s. 259.

⁶³ Tamtéž, s. 265.

⁶⁴ MÜLLER-TRIBBENSEE – MILLER – SKIERA, c. d., s. 73.

⁶⁵ Tamtéž, s. 36.

„extra“.⁶⁶ Studie přitom ukazuje, že poskytovatelé zpravidla cenu předplatného za obsah nepočítají na základě příjmů z reklamy,⁶⁷ ale nastavují cenu za přístup k obsahu tak, že její výše přesahuje výdělek plynoucí od uživatelů, kteří udělí souhlas se zpracováním jejich osobních údajů.⁶⁸

Dle závěrů NOYB vyplývá, že průměrný uživatel by ročně za neudělování souhlasů na všech platformách v modelech *pay or okay* zaplatil přibližně 8 000 eur,⁶⁹ pokud by se staly praxí v běžně používaných aplikacích a na populárních webových stránkách. Je to nicméně teoretický odhad do budoucna, pro ilustraci nyní postačí pracovat s částkou klidně i desetkrát nižší, tedy 800 eur (v přepočtu cca 20 000 Kč). I tato desetinová částka se zdá být za roční zúčtovací období iracionální a těžko si představit, že by spotřebitelé chtěli – nebo si mohli dovolit – platit dvacet tisíc korun ročně proto, aby nebyli vystavováni cíleným reklamám a aby nemuseli sdílet své osobní údaje. Kromě toho, že se zde opět můžeme dostat k argumentu skutečně svobodného udělení souhlasu, bude pro spotřebitele tato částka zpravidla představovat výraznou finanční zátěž a silně narušovat přístup k základnímu lidskému právu na soukromí. Uživatel Seznamu, který si zaplatí za nezpracovávání osobních údajů, se reklamám nevyhne. Pouze nebudou cílené. Meta v placené verzi nabízí Facebook zcela bez reklam. Finanční zátěž na spotřebitele by bylo možné snížit právě zavedením varianty přístupu k obsahu s necílenými reklamami, která by byla levnější než varianta zcela bez reklam.⁷⁰ Navíc podnikatel může zavést kontextovou reklamu, která sice přináší menší výdělky než ta cílená, ale větší výdělky než náhodná reklama.⁷¹

Dalším argumentem pro kontextovou reklamu nebo placenou verzi s náhodnými reklamami je dodržení zásady minimalizace. V případě personalizované reklamy musí podnikatel brát v úvahu princip minimalizace a shromažďovat pouze takové osobní údaje (množství i druh), které jsou nezbytně potřeba pro naplnění účelu personalizace reklamy. Při personalizaci může argumentovat tím, že čím více informací podnikatel o spotřebiteli má, tím lépe může reklamu zacílit. Tento přístup by však vedl k umožnění sběru nekonečného množství a druhů osobních údajů, což není v souladu se zásadou minimalizace. Těžko tedy prokázat, jaké údaje společnosti skutečně potřebují za účelem personalizace reklamy a jak tyto údaje získávají. I tento argument by mohl být motivací přijmout variantu s takovými reklamami a cenou, která bude pro spotřebitele schůdnější.

STANOVISKA NÁRODNÍCH DOZOROVÝCH ORGÁNŮ A EDPB

Nejnámější případy stížností proti *pay or okay* modelům se před dozorové orgány dostaly v Rakousku a v Německu. Německé dozorové orgány uznaly, že placená verze přístupu ke službám je relevantní alternativou k požadavku na udělení

⁶⁶ Tamtéž.

⁶⁷ Tamtéž, s. 24.

⁶⁸ Tamtéž, s. 4.

⁶⁹ NOYBeu, c. d.

⁷⁰ MÜLLER-TRIBBENSEE – MILLER – SKIERA, c. d., s. 7.

⁷¹ Tamtéž, s. 42.

souhlasu s *cookies*.⁷² To platí za předpokladu, že jsou naplněny legislativní požadavky na způsob udělení souhlasu s ohledem na ochranu osobních údajů. V rámci alternativních variant přístupu k obsahu by měly uživatelům podle německých autorit být v obou případech nabídnuty rovnocenné služby.⁷³ V případě placené varianty by však neměl být vyžadován další souhlas se zpracováním *cookies*, resp. osobních údajů, v rámci klasické *cookie* lišty. V případě varianty udělení souhlasu se zpracováním údajů musí souhlas dostatečně naplňovat požadavky na granularitu.⁷⁴

Rakouský úřad pro ochranu osobních údajů uvedl šest bodů, jimž podnikatelé při zavádění *pay or okay* modelu musí věnovat pozornost.⁷⁵ Tato stanoviska byla vyhotovena předtím, než Evropský sbor pro ochranu osobních údajů vydal vlastní stanovisko, kterým by se národní autority mohly inspirovat v případě rozhodování jednotlivých případů.

Prvním z nich je obecná povinnost postupovat při zpracování osobních údajů v souladu s právními předpisy. Vzhledem k tomu, že je zpracování v tomto případě založeno na souhlasu, jedná se zejména o požadavky na souhlas, zejména na svobodné udělení souhlasu. Druhou podmínkou pro zákonné zavedení *pay or okay* modelu je naplnění předpokladu, že poskytovatel služeb není orgánem veřejné moci. Tento faktor by mohl ovlivnit jednak svobodu udělení souhlasu, jednak přístup jednotlivců k veřejné moci, což by potenciálně mohlo ohrozit výkon jejich dalších základních práv. Dalším důvodem pro zavedení této podmínky mohla být skutečnost, že orgány veřejné moci mohou činit pouze to, co jim zákon ukládá, a zavedení modelu *pay or okay* by bylo v rozporu s touto zásadou. Další bod rovněž omezuje množinu subjektů, které mohou model zavádět. Neměly by tak činit ty společnosti, které mají výlučný vztah k nabízenému obsahu nebo službám, tedy například takové, jež mají veřejné, resp. obecně prospěšné poslání nebo které jsou poskytovateli univerzálních služeb. Obdobně rakouský úřad z této množiny možných subjektů vyloučil společnosti, které mají monopolní nebo kvazi-monopolní postavení na trhu – v návaznosti na stanovisko EDPB, které popisuje významné postavení online platformy na trhu, by možná rakouský úřad podřadil do této množiny i společnost Meta.

Poslední dva body se týkají samotného placení. První z nich se věnuje výši ceny, kterou by měli uživatelé zaplatit v případě, kdy nebudou s podnikatelem sdílet své osobní údaje. Výše této ceny by dle rakouského dozorového orgánu měla být „přiměřená a spravedlivá“. Ke stejnému závěru dochází i francouzský úřad pro ochranu osobních údajů,⁷⁶ podle něž musí být podnikatel schopen výši ceny řádně odůvodnit a v rámci naplnění zásady transparentnosti by měl toto odůvodnění i uveřejnit. Pokud se jí uživatel rozhodne zaplatit, nemají být následně sbírány jeho osobní údaje pro účely

⁷² Die Datenschutzkonferenz. Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder [online]. 22. 3. 2023 [cit. 2024-06-24]. Dostupné na: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/pm/DSK_Beschluss_Bewertung_von_Pur-Abo-Modellen_auf_Websites.pdf.

⁷³ Tamtéž.

⁷⁴ Tamtéž.

⁷⁵ FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz. In: *Österreichische Datenschutzbehörde* [online]. 20. 12. 2023 [cit. 2024-06-20]. Dostupné na: https://www.dsb.gv.at/download-links/FAQ-zum-Thema-Cookies-und-Datenschutz.html#Frage_9.

⁷⁶ Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation.

personalizované reklamy.⁷⁷ Od toho se také odvíjí případné následné použití *cookie* lišty v případě, že se uživatel rozhodne zaplatit finanční částku namísto poskytnutí osobních údajů. Pokud webová stránka nepotřebuje údaje za žádným jiným účelem než personalizovanou reklamou, neměla by se uživatelům *cookie* lišta po zaplacení vstupu na webovou stránku vůbec zobrazovat. Jestliže je po uživatelích vyžadován souhlas se zpracováváním souborů *cookies* i po vstupu na web, měly by být dostatečně důsledně popsány důvody, k nimž budou použity, a mezi těmito účely by neměla být personalizovaná reklama.⁷⁸

Oba dozorové orgány tedy v zásadě připouštějí dovolenost modelu *pay or okay* za daných podmínek. Je však třeba upozornit, že každý z dozorových orgánů zaujímal stanovisko na základě daného případu, který řešil, a rozhodoval tedy s ohledem na specifika daných okolností. Tyto tři zmiňované autority dbají zejména na svobodnost udělení souhlasu a granularitu tak, aby byl souhlas udělen v souladu s pravidly pro ochranu osobních údajů.

Doposud nejvýznamnější a nejpropracovanější stanovisko k problematice *pay or okay* přinesl Evropský sbor pro ochranu osobních údajů, které se prozatím soustředí na velmi velké platformy a které slibuje následně další stanovisko věnující se problematice i v kontextu jiných poskytovatelů online služeb. Nizozemský, norský a německý dozorový úřad z důvodu rozšířenosti tohoto modelu, a také s ohledem na rozhodnutí SDEU ve věci Meta v Bundeskartellamt, EDPB vyzvaly k vytvoření takového stanoviska a které by posloužilo jako vodítko při rozhodování podnětů a stížností.⁷⁹ EDPB se ve svém stanovisku při posuzování přípustnosti modelu *pay or okay* silně opírá o formulaci Soudního dvora z uvedeného rozsudku. Svědčí tomu argumenty, které EDPB uvádí jako problematické – jsou jimi již výše uvedené důvody (ne)svobodně uděleného souhlasu. Stejně tak EDPB upozorňuje i na riziko vnímání osobních údajů jako komodity. Skrze zmíněné problematické aspekty budí stanovisko dojem, že EDPB model *pay or okay* schvaluje pouze proto, aby nebylo v rozporu se závěry SDEU. Samo ostatně upozorňuje na skutečnost, že SDEU neprovedl důslednou analýzu potenciálních rizik přijímání tohoto modelu.⁸⁰

Národní dozorové orgány pracují s modelem *pay or okay* jako s alternativou ke *cookie walls*. Soudní dvůr EU s ní pak pracuje jako s legální alternativou k nezákonnému zpracování založeném na smlouvě nebo oprávněném zájmu. Evropský sbor pro ochranu osobních údajů po komplexním hodnocení neshledává *pay or okay* jako dostatečný model zajišťující ochranu osobních údajů a shledává potřebu další alternativy. EDPB vydal své stanovisko prozatím pouze pro velmi velké online platformy, jako jsou například sociální sítě provozované Metou. Nepopírá v principu možnost legálnosti modelu *pay or okay*, zejména z důvodu předchozího schválení Soudním dvorem, jedním dechem však dodává, že prakticky v takových případech nebude možné naplnit

⁷⁷ FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz. In: Österreichische Datenschutzbehörde [online]. 20. 12. 2023 [cit. 2024-06-20]. Dostupné na: https://www.dsb.gv.at/download-links/FAQ-zum-Thema-Cookies-und-Datenschutz.html#Frage_9.

⁷⁸ Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation.

⁷⁹ European Data Protection Board, *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*, s. 4.

⁸⁰ Tamtéž, bod 117.

požadavek na svobodně udělený souhlas.⁸¹ Proto požaduje další alternativu, která by byla zdarma a která by zároveň nezahrnovala zpracování osobních údajů.⁸² EDPB tím v podstatě oklikou říká, že model *pay or okay* v těchto případech v souladu se zákonem není. Tím spíše umocňuje pocit, že východisko dovolenosti tohoto modelu vychází pouze z předchozího rozhodnutí SDEU.

ZÁVĚR

Obchodní model *pay or okay* je implementován poskytovateli obsahu na internetu za účelem kompenzace výdělků ušlého v případech, kdy uživatel neudělí souhlas se zpracováním osobních údajů v rámci běžné *cookie* lišty a poskytovatel tak nemá možnost využít personalizovanou reklamu jako zdroj zisku. S obchodním modelem, který umožňuje poskytnout osobní údaje jako protiplnění za službu, počítá směrnice o digitálním zboží a digitálních službách. Přesto je za přelomový považován nedávný rozsudek Soudního dvora Evropské unie, z jehož analýzy plyne, že souhlas v těchto případech představuje jediný možný právní titul pro personalizovanou reklamu. Zároveň upozorňuje na potřebnost alternativního přístupu ke službě pro uživatele, kteří souhlas udělit nechťejí. Evropský sbor pro ochranu osobních údajů ve svém stanovisku vyzdvihuje skutečnost, že otázka přípustnosti modelu *pay or okay* nebyla hlavním tématem rozsudku SDEU, který z toho důvodu neprovedl důslednou analýzu všech aspektů. EDPB se drží závěrů rozhodnutí Soudního dvora a tento model neodmítá, nicméně shrnuje mnohá úskalí, na jejichž základě lze legálnost tohoto modelu považovat za nedosažitelnou. Těmi je zejména problém nerovného postavení, svobodnost uděleného souhlasu a výše ceny. Zároveň se přiklání k potřebě zavést vedle možnosti placení nebo udělení souhlasu ještě možnost třetí, za účelem zajištění skutečné svobody rozhodování, a to zejména z důvodu postavení velkých online platforem na trhu. Takový závěr může významně ovlivnit jak další vývoj společnosti Meta a jejích sociálních sítí, tak dalších poskytovatelů, kteří nad tímto modelem uvažovali. Základní specifikum, které bude hrát roli při hodnocení přípustnosti praktiky *pay or okay*, představuje postavení poskytovatele na trhu a roli může hrát také typ poskytované služby – sociální sítě spočívající v angažovanosti uživatelů, zpravodajské weby s pasivními čtenáři a případně i další.

Při hodnocení modelu *pay or okay* velmi záleží na úhlu pohledu a nemělo by se zapomínat ani na jeden z nich: člověk jej může vnímat v podstatě jako *paywall*, který nabízí tu výhodu, že místo zaplacení je možné udělit souhlas se zpracováním osobních údajů. V tomto případě se zdá zavedení modelu *pay or okay* neškodné a poměrně racionální. Dokonce je výhodný pro uživatele, kterým na soukromí tolik nezáleží, a naopak nejsou zpravidla ochotni za službu platit. Druhý pohled bere v úvahu historický kontext a rozhodovací vývoj, který k přijetí tohoto modelu vedl. U zpravodajských webů to bylo financování provozu. Důvodem jeho zavedení společností Meta nebyla ani snaha pomoci uživatelům po finanční stránce, ani financování provozu. Důvodem byla skutečnost,

⁸¹ Tamtéž, bod 179.

⁸² Tamtéž, bod 17, 72 a násl.

že dlouhodobě nezákonným způsobem zpracovávala osobní údaje uživatelů, a aby Meta měla možnost dále působit na unijním trhu a zároveň nepřišla o osobní údaje, musela přistoupit k takovým opatřením, která by zajistila soulad s unijním právem. Svoji relevanci má také možnost rozhodnutí uživatele službu nevyužívat. Model nicméně není podnikatelem nastaven proto, aby si uživatel vybral tuto možnost (odejít), ale předpokládá se, že si vybere jednu z variant *pay*, nebo *okay*.

Beze snahy zpochybnit, že za služby (resp. práci) se patří platit, se lze přiklonit k problematičnosti modelu *pay or okay*. Ta spočívá zejména ve zvoleném způsobu financování. Není problém platit za službu jako takovou, problematičtější je tvořit zakomponování osobních údajů, které k financování služby sloužit nemají. Pro podnikatele by proto bylo vhodné zvolit alternativní způsob financování jejich provozu, jestliže nechtějí službu dát za *paywall* zcela, což by se s ohledem na historický vývoj logicky setkalo s vysokou vlnou nevole uživatelů. Případně je možné zvolit jiný typ reklamy, jako je reklama kontextová. Přístup spočívající v jiném způsobu financování, respektive v jiném způsobu nastavení dostupnosti služby ostatně reflektuje i uvedené stanovisko EDPB. Závěr EDPB předpokládající celkem 4 možné varianty je však idealizovaný a v praxi si jej lze jen těžko představit.

Případ Mety je specifický a při hodnocení modelu *pay or okay* na jejich sociálních sítích je nezbytné přihlídnout také k povaze služby a k dlouholeté zkušenosti uživatelů, kteří ji využívali zdarma. Toto specifikum se tolik netýká zpravodajských webů. Ačkoli požadavek na svobodný souhlas platí i pro ně a nelze z něj slevit, posuzování modelu *pay or okay* u zpravodajských služeb by mohlo být díky jejich povaze mírnější. I u médií lze ale v dnešní době hovořit o jistém *lock-in* efektu, a to s ohledem na jejich zaměření, vlastníka nebo způsob interpretace faktů. Roli hraje také skutečnost, že zpravodajských webů existuje nepřehledné množství a v případě neochoty platit nebo udělit souhlas je pro uživatele relativně snadné najít obdobné médium, ze kterého může informace čerpat. V každém případě hraje významnou roli i výše ceny, která by neměla být pro uživatele odrazující a poškozující. Národní autority zdůrazňují, že cena má být přiměřená a férová, ale doposud chybějí konkrétní vodítka, která by podnikatelům pomohla lépe se zorientovat v tom, jak model nastavit tak, aby se v budoucnu neocitli v hledáčku dozorových orgánů. Stanovisko EDPB se netýká všech podnikatelů a národní úřady zdůrazňují potřebu posuzovat každý případ zvlášť. Podnikatelé se tedy ocitají v nejisté pozici. Primárně by proto měli zvážit jiné možnosti financování, například kontextuální reklamu nebo prémiový obsah pro platící uživatele. Pokud se rozhodnou přiklonit k modelu *pay or okay*, neměli by nastavovat cenu, která bude pro uživatele odrazující, a měli by si pohlídat zpracování *cookies* v placené variantě. Prokáží dobrý úmysl také tím, pokud se vyhnou *dark patterns* a řádně naplní zásadu transparentnosti a uživatelům srozumitelně a stručně vysvětlí, na jakém základě jim byla konkrétní cena určena a jaké změny pro ně model znamená.