

GUERRA, G.: REDESIGNING PROTECTION FOR CONSUMER AUTONOMY. THE CASE-STUDY OF DARK PATTERNS IN EUROPEAN PRIVATE LAW

KRISTÝNA BÓNOVÁ¹

GUERRA, G.: Redesigning protection for consumer autonomy. The case-study of dark patterns in european private law. Milan: FrancoAngeli, 2023, 204 s. ISBN 9788835154839.

1. ÚVOD

Digitální rozhraní poskytuje obchodníkům celou řadu nových možností, jak ovlivňovat chování spotřebitelů, často i skrze využívání jejich osobních údajů. V posledních letech se jak na akademické, tak legislativní úrovni věnuje velká pozornost dark patterns – architekturám výběru, které mají při spotřebitelském rozhodování silný přesvědčovací, až manipulativní charakter. Kniha je završením autorčiny dlouhodobé specializace na ochranu dat a spotřebitelské právo. Tato dvě odvětví se prolínají v mnoha otázkách – soutěžní právo, e-commerce, informační povinnost, digitální služby, ochrana slabší strany, osobní údaje jako protiplnění. Pro téma knihy proto bylo nezbytné vybrat užší zaměření. Autorka se v posledních letech věnuje převážně ochraně dat ve zdravotnictví, nicméně pro tuto knihu si zvolila téma autonomie spotřebitele s důrazem právě na dark patterns. Ačkoli se nejedná o téma zcela nové, každým rokem nabývá na významu. Podnikatelé přicházejí se stále sofistikovanějšími prostředky, jež jsou schopny ovlivnit rozhodování spotřebitele. Proto je podnikatelé implementují v rám-

¹ Mgr. Kristýna Bónová je doktorandkou na Ústavu práva a technologií, Právnické fakulty Masarykovy univerzity, a právničkou na Pracovišti pověřence pro ochranu osobních údajů na Rektorátu Masarykovy univerzity. Kontaktní e-mail: kristyna.bonova@law.muni.cz.

ci své obchodní strategie a skrze zpracování rozsáhlého množství dat o spotřebitelském chování mohou využívat designy a vzorce, které jim zajistí vysokou míru spotřebitelské angažovanosti a v konečném důsledku vyšší zisky. Téma je tedy stále aktuální a má smysl se mu věnovat.

Kniha je rozdělena na tři hlavní části. V první z nich je hlavním tématem autonomie spotřebitele a aktuální právní nástroje sloužící k její ochraně. Druhá část se zabývá problematikou dark patterns a jejich druhy. Ve třetí části se pak autorka věnuje především designu, který vnímá jako stěžejní nástroj podporující autonomii spotřebitele. Ačkoli takto načrtnutá osnova vzbuzuje očekávání, autorka se ve své knize potýká s problémem, který je pro zvolenou oblast zájmu příhodný. O manipulativních technikách,² zpracování osobních údajů hraničících se zákonností³ a o selhávání dosavadních mechanismů na ochranu spotřebitele a osobních údajů⁴ již toho bylo napsáno spousta. Pro komplexní uchopení celého problému je proto nezbytné vypořádat se s množstvím zdrojů a provázaností jednotlivých dílčích témat. Autorce se daří pokrýt potřebná témata – od definice manipulace, přes personalizaci až po riziko diskriminace při využití algoritmů a mnohé další otázky. Z množství citovaných zdrojů je zřejmé, že si autorka vybudovala bohaté zázemí. Bohužel je prostor věnovaný dílčím tématům limitovaný a jejich zasazení do kontextu často není komplexně uchopeno, jak uvádím níže.

2. STARONOVÉ STRASTI „DIGITÁLNÍHO SPOTŘEBITELE“

Princip autonomie vůle a ochrana spotřebitele jsou jedněmi ze základních cílů smluvního práva.⁵ Již v úvodu autorka upozorňuje na to, že v případech online manipulace jsou spotřebitelé často zároveň subjekty údajů. To

² Srov. např. MANWARING, K. Will Emerging Technologies Outpace Consumer Protection Law? The Case of Digital Consumer Manipulation. *Competition and Consumer Law Journal*. 2018, roč. 26, č. 2, s. 141-181.

³ Srov. např. MÜLLER-TRIBBENSEE, T., MILLER, K., SKIERA, B. Paying for Privacy: Pay-or-Tracking Walls, s. 7. [online] 5. 3. 2024 [cit. 20. 3. 2024].

⁴ Srov. např. BEN-SHAHAR, O. Data Pollution. *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*. 2019, roč. 11, s. 105-159.

⁵ GUERRA, G. *Redesigning protection for consumer autonomy. The case-study of dark patterns in european private law*. Milan: FrancoAngeli, 2023, s. 13.

je nepochybně pravda, neboť nejznámější digitální marketingové strategie jsou zaměřeny na sběr osobních údajů, které mají pro podnikatele nepominutelný význam. Může jít například o personalizaci obsahu (zobrazovaných příspěvků, reklamy, ceny) nebo zasílání upomínek na zboží ponechané v košíku. Dark patterns ovšem existuje celá řada a ne všechny jsou postaveny na zpracování osobních údajů. Jak sama autorka uvádí, dark patterns především těží z kognitivní slabosti spotřebitelů – jako příklad uvádí užívou reklamu, znesnadnění porovnávání cen prostřednictvím uspořádání vzhledu stránky, složité zrušení členství nebo naopak nucenou registraci.⁶ Ani jedna z těchto praktik přitom není založena na (zne)užití zpracovávaných osobních údajů. Analýza aplikace právního rámce GDPR,⁷ jež se prolíná celou knihou, tedy působí zavádějícím dojmem a v knize chybí vymezení limitů aplikace této úpravy na problematiku dark patterns.

Dark patterns využívané nejen na webových stránkách, ale i v rámci internetu věcí, mohou vést k narušení nekalé soutěže a ke hmotné, ale i nehmotné újmě, jako je narušení soukromí, vynucené plýtvání časem, závislost, kognitivní zátěž, ztráta kontroly nad informačním sebeurčením a emocionální nebo psychologický stres.⁸ Primární apel knihy však spočívá v nutnosti regulace dark patterns tak, aby byla zachována autonomie spotřebitele.

Autorka se v první části knihy věnuje autonomii spotřebitele z pohledu soukromého práva. Jako základní právní nástroj, který má umožnit spotřebiteli svobodně se rozhodovat v souladu s jeho zájmy, podle autorky slouží transparentnost, která je zajištěna skrze informační povinnost podnikatelů vůči spotřebitelům.⁹ Informační povinnost má za cíl vyvážit informační asymetrii, která přirozeně a nevyhnutelně mezi smluvními stranami v B2C

⁶ Tamtéž, s. 14.

⁷ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů). Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=celex:32016R0679>.

⁸ GUERRA, G.: *Redesigning protection for consumer autonomy. The case-study of dark patterns in european private law*, s. 19.

⁹ Tamtéž, s. 33.

vztazích panuje. Nejen typ a množství poskytnutých informací, ale také způsob jejich prezentace vytváří prostředí, jež má silný dopad na svobodu rozhodování spotřebitele.¹⁰

Způsob, jakým podnikatel spotřebiteli poskytuje informace, reguluje Evropská unie mimo jiné prostřednictvím zákazu nekalých obchodních praktik, mezi něž patří i klamavé obchodní praktiky.¹¹ Autorka v tomto kontextu kromě související unijní legislativy poukazuje na kritérium informovaného spotřebitele. Na tento koncept by dle autorky mohly mít pozitivní vliv poznatky z jiných oborů, jako je například behaviorální ekonomie. Ta by mohla přispět oboru práva při vyhodnocování kognitivních zkreslení a vlivu digitálního prostředí na chování a vnímání spotřebitelů online (ať už na webové stránce, nebo při využívání chytrých zařízení). Propojení poznatků ekonomie s právní regulací je pro autorku stěžejní a vyzdvihuje jeho výhody napříč celou knihou. Informační povinnost autorka vnímá jako pouhý nástroj sloužící v aktuální podobě spíše společností nežli spotřebitelům – podnikatelé totiž skrze rozsah a formu poskytnutí informací mohou ovlivnit spotřebitele. Přitom se v určitých případech mohou stále pohybovat v mezích práva, neboť naplňují informační povinnost, kterou jim ukládá zákon, zatímco poskytnuté informace nenaplňují funkci vzdělávání spotřebitelů.¹²

Dále autorka knihy poukazuje na skutečnost, že každá marketingová praktika má za cíl do jisté míry spotřebitele přesvědčit a že je obtížné určit hranici mezi dovořeným přesvědčováním a zakázanou manipulací.¹³ To autorka podporuje několika existujícími definicemi různých škál manipulace a propojuje tento problém s významem pozornosti spotřebitele jako základního atributu digitální ekonomie (též označované proto jako ekonomie pozornosti).¹⁴ Jedná se tak o přínosné srovnání dosavadních přístupů, teorií

¹⁰ Tamtéž, s. 26.

¹¹ Tamtéž, s. 31.

¹² Tamtéž, s. 42 a 54.

¹³ Tamtéž, s. 43.

¹⁴ PARISI, E.C., PARISI, F. Rethinking Remedies for the Attention Economy. In: FAGAN, F., LANGENFELD, J. (eds.). *The Economics and Regulation of Digital Markets*. Emerald Publishing Limited, Leeds, 2023, s. 75-97.

a pojetí manipulace spotřebitele. Autorčin pohled nebo návrh kritérií, která by napomohla odlišení zákonných marketingových taktik od nezákonné manipulace, nicméně z textu nevyplývají a zůstávají nejasné.

První část knihy trpí faktem, že typologie dark patterns je v knize představena až později. Autorka již v první části propojuje dark patterns s informační povinností, ale nepřesně. Jinak totiž budou posouzeny dark patterns využívané ke zkreslení plnění informační povinnosti – například skrytí potenciálně důležité informace až do druhého nebo třetího kroku prokliknutí v cookie liště, a dark patterns grafického charakteru, které s informační povinností nijak nesouvisí – například barva tlačítek souhlasím/nesouhlasím nebo poměr plochy reklamy nebo cookie lišty ku zbývajícimu obsahu na webové stránce. Obdobný problém se pak promítá do aplikace GDPR, kterou autorka často v kontextu dark patterns zmiňuje, ale která nebude na místě u řady typů dark patterns, například právě zmíněných grafických.

Ve druhé části knihy autorka poskytuje dobrý a komplexní rozbor dark patterns a představuje jejich různé druhy. Shodou okolností přitom ve stejném roce vyšla souhrnná kniha od samotného autora pojmu dark patterns, Harryho Brignulla,¹⁵ která bohužel vzhledem k datu publikace nemohla být autorkou recenzované publikace zohledněna. Jeho kniha přitom poskytuje unikátně komplexní pohled na typologii manipulativních designů a obsahuje i rozbor druhů újmy, kterou mohou spotřebitelům způsobit. Zapracování této publikace do recenzované knihy by bylo nepominutelným přínosem, nicméně toto „ochuzení“ samozřejmě nelze autorce vyčítat.

Úvod druhé části se na prvních několika stránkách zdá o poznání důslednější než první část. Záhy se však i zde promítá nesystematičnost a povrchnost. Ačkoli lze ocenit aktuálnost a široký záběr citovaných zdrojů, rozsudek SDEU ve věci Meta v Bundeskartellamt¹⁶ je v kapitole o dark patterns

¹⁵ BRIGNULL, H. *Deceptive patterns: exposing the tricks tech companies use to control you*. Eastbourne: Testimonium, 2023, 263 s.

¹⁶ Rozsudek SDEU (velkého senátu) ze dne 4. 7. 2023 ve věci C-252/21. Dostupné z: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=275125&pageIndex=0&doclang=CS&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

zmíněn bez transparentního vysvětlení proč.¹⁷ Dále na tomto místě autorka otevírá důležitou otázku nemateriální újmy podle GDPR, nicméně bez hlubší analýzy dosavadních poznatků. Zároveň neideálně uchopuje otázku legitimního účelu a zákonnosti zpracování osobních údajů jako nástroje proti manipulaci spotřebitele, kde opět chybí transparentní vysvětlení aplikace GDPR.¹⁸

Autorka poněkud překvapivě dává prostor i americké perspektivě, přestože spotřebitelské právo v první části analyzuje pouze z pohledu unijního práva. Od evropského prostředí se autorka odchyluje ve dvou podkapitolách, které podivně prokládá podkapitolou věnující se rozhodnutím Soudního dvora Evropské unie. Pro tuto nesystematičnost autorka neuvádí zjevné důvody. Nevysvětlená zůstává i potřeba zahrnutí problematiky web scraping.

Přes uvedené výtky druhá část knihy poskytuje důslednou analýzu legislativy týkající se dark patterns, včetně poukázání na výhody i úskalí regulace poskytnuté směrnicí o nekalých obchodních praktikách¹⁹ a nařízením o digitálních službách.²⁰ Autorka rozlišuje působnost nařízení o digitálních službách omezující se pouze na tři typy dark patterns, upozorňuje na jeho nedostatečné vymezení kritérií pro posouzení nezákonnosti architektury výběru a poukazuje na odlišnou roli úmyslu podnikatele v obou zmíněných předpisech.²¹

Do kontextu dark patterns autorka zasazuje také kritérium zranitelného spotřebitele a podobně jako jiní upozorňuje na skutečnost, že v digitálním

¹⁷ GUERRA, G.: *Redesigning protection for consumer autonomy. The case-study of dark patterns in european private law*, s. 144.

¹⁸ Tamtéž, s. 87.

¹⁹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu (směrnice o nekalých obchodních praktikách). Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0029>

²⁰ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2022/2065 ze dne 19. října 2022 o jednotném trhu digitálních služeb a o změně směrnice 2000/31/ES (nařízení o digitálních službách). Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2065>

²¹ GUERRA, G.: *Redesigning protection for consumer autonomy. The case-study of dark patterns in european private law*, s. 128-130.

prostředí se kritérium zranitelnosti posouvá a netýká se už pouze vyhrazené skupiny (senioři, děti), ale všech, neboť všichni máme určité kognitivní schopnosti a meze, které v digitálním prostředí mohou být různými praktickými překonány.²² Zároveň dává do souvislosti princip transparentnosti a zákonnosti a upozorňuje na to, že poskytnutí zákonem požadovaných informací neomlouvá využívání dark patterns.²³

Ve svých závěrech autorka poukazuje na to, že by právo mělo zohlednit využívání kognitivních schopností a zkreslení v rámci definice nebo výčtu nezákonných obchodních praktik,²⁴ byť GDPR a směrnice o nekalých praktikách poskytují nástroje regulující dark patterns. Dovolenost obchodních praktik spotřebitelským právem navrhuje propojit se zákonností účelu zpracování osobních údajů.²⁵ Upozorňuje, že v rámci transparentnosti hraje roli kvalita poskytnutých informací, nikoli jejich kvantita, a z poskytnutých informací by měl spotřebitel být schopen dovodit ekonomické důsledky, které pro něj transakce bude mít.²⁶ Zranitelnost by dle autorky měla být posuzována také s ohledem na vliv reklamy na chování spotřebitele²⁷ a nerovnost mezi spotřebitelem a podnikatelem v digitálním prostředí (digitální asymetrie) by neměla zahrnovat pouze informační asymetrii.²⁸ Zneužívání digitální asymetrie by mohlo být vnímáno jako vykořisťovací strategie, která spadá pod klamavé obchodní praktiky, a tedy do působnosti směrnice o nekalých praktikách.²⁹ Takový přístup však podle autorky neodpovídá výkladu pojmu průměrného spotřebitele, který by měl být vnímán dynamičtěji s ohledem na kognitivní schopnosti, které mohou být zneužité u všech spotřebitelů, nikoli pouze u „průměrné“ skupiny.³⁰ Při výkladu tohoto kritéria autorka opět vyzdvihuje možnou oporu v behaviorální ekonomii.

²² Tamtéž, s. 136.

²³ Tamtéž, s. 137.

²⁴ Tamtéž, s. 154.

²⁵ Tamtéž.

²⁶ Tamtéž, s. 157, 159.

²⁷ Tamtéž, s. 171.

²⁸ Tamtéž, s. 174.

²⁹ Tamtéž, s. 175.

³⁰ Tamtéž, s. 177.

Autorka navrhuje využití designu a znalostí o zranitelnostech spotřebitelů ve prospěch spotřebitele. Podle ní by podnikatelé mohli díky kvalitnímu poznání charakteristik spotřebitele uzpůsobit design nabídek tak, aby skrze design podpořili autonomii spotřebitele a přispěli transparentnosti a srozumitelnosti dokumentů.³¹ Tento přístup je sice teoreticky zajímavý, avšak v praxi je vzhledem k ekonomickým zájmům podnikatelů a jejich vlastní vůli v podstatě nerealizovatelný. V případě standardizace prostřednictvím právních norem by se jednalo o velmi komplexní a zajímavé řešení, které autorka nenavrhuje. O kousek dál nicméně poukazuje na to, že na význam designu již upozornil Evropský sbor pro ochranu osobních údajů v pokynech 3/2022, v nichž poskytuje praktická doporučení pro podnikatele tak, aby se vyhnuli využívání dark patterns. Pozitivní využití designu (včetně konceptu „competition by design“)³² autorka považuje za stěžejní řešení načrtnutých problémů.

3. ZÁVĚR

Jak bylo naznačeno v úvodu, zpracování zvoleného tématu po autorce vyžaduje náročný proces shromažďování obrovského množství zdrojů. Autorka tento proces reflektuje v celých prvních dvou třetinách knihy – na jednu stranu velmi podrobně, tedy v široké škále dílčích problémů, na druhou stranu však velmi povrchem. Vzhledem k záběru obsažených témat nezbyvá prostor vypořádat se s některými zajímavými otázkami pečlivěji. Pokud čtenář o tématu příliš neví, může mu kniha posloužit jako dobrý odrazový můstek; zároveň ale musí počítat s tím, že se o dílčích tématech nedozví mnoho a čeká ho další rozsáhlá rešerše. Pokud se čtenář knihy orientuje v ochraně spotřebitele a ochraně osobních údajů, kniha mu mnoho nového nepřinese. Je však velmi důsledným souborem toho, co již bylo napsáno. Zahrnuty jsou potřebné teorie, na jejichž základě lze stavět, a autorka poskytuje i slibovanou case law analýzu, do které částečně zahrnuje i problematiku informovaného a průměrného spotřebitele. Ocenit lze také autorčinu práci při shromáždění publikací a stanovisek, které

³¹ Tamtéž, s. 184-185.

³² Tamtéž, s. 146.

vhodně propojuje. Zároveň se důsledně věnuje i nejnovější legislativě, kterou navzájem pečlivě srovnává. Kniha tak poskytuje cenné hodnocení přetrvávajících slabin i silných momentů v ochraně autonomie spotřebitele v digitálním prostředí.

Na několika místech však překvapí dílčí témata, jako je Metaverse, web 3.0, vlastnictví osobních údajů nebo personalizované právo, jejichž zařazení působí náhodně – je nesystematické a chybí mu dostatečné transparentní vysvětlení a kontext. Čtenář se tak snadno ztratí v souvislostech, na které se autorka nejspíš snaží poukázat.

Kniha autorky přináší zajímavý pohled na klíčová témata a zabývá se širokou škálou aspektů daného problému. Přestože je výběr témat relevantní, kniha bohužel trpí nedostatečnou propojeností těchto myšlenek. Teorie, které autorka zmiňuje, zůstávají často izolované, aniž by byly vzájemně provázány do uceleného a přesvědčivého závěru. Řešení problémů, které autorka navrhuje, působí v kontextu jejího odborného zázemí překvapivě optimisticky (až idealizovaně) a nevychází z hloubkové analýzy. Celkově kniha nabízí solidní přehled, ale chybí jí důsledná syntéza myšlenek a přesvědčivé závěry vystavěné na zázemí, které autorka vybudovala.

Toto dílo lze užít v souladu s licenčními podmínkami Creative Commons BY-SA 4.0 International (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>).
