

Zákaz cenzury jako zásah do svobody podnikání a svobody projevu internetových platforem

Radim Polčák

1. Společenský a ekonomický význam platforem

Platformy jsou fenoménem určujícím v posledních dvou dekádách vývoj nejen informační společnosti ale bez nadsázky i společnosti jako takové.¹ Populární předpovědi z počátku tohoto tisíciletí ohledně webu 2.0 se sice zcela nenaplnily,² ale jednoznačně lze konstatovat, že došlo k posunu od konkurence jednotlivých oddělených služeb informační společnosti ke konkurenci komplexních virtuálních ekosystémů.³ V jejich centru stojí právě robustní platformy, jejichž obsahová podstata bývá sociální nebo ekonomická a jejichž přirozená gravitace k sobě přitahuje další, zdánlivě nesouvisející, produkty a služby.⁴

V minulém století bylo určujícím faktorem úspěchu doménové jméno ve spojení se známostí získanou ve fyzickém světě (např. díky televizní nebo tiskové reklamě) nebo prostým virálním efektem (např. díky vzájemnému e-mailovému doporučení mezi uživateli). Nyní je úspěch různých služeb informační společnosti dán buďto mírou integrace s některou z dominantních platforem nebo,

¹ Aktuální obraz důležitosti platforem pro společnost nabízí monografie NIELSEN, R. K., GANTER, S. A. *The Power of Platforms*. Oxford: Oxford University Press, 2022. Tato společenskovední studie si všímá například skutečnosti, že jen třetina zpráv se v dnešní době dostává k lidem přímo prostřednictvím médií – zbytek zprostředkovávají vyhledávací nebo sociální platformy – viz tamtéž, s. 16.

² Srov. RYLICH, J. Buzzword 2.0 – The (R)evolution of the Web. *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2008, č. 2(2), s. 177.

³ Pro přehled vývoje konceptu web 2.0 viz např. HERRING, S. C. *Discourse in Web 2.0: Familiar, Reconfigured, and Emergent*, in TANNEN, D., TESTER, A. M. (eds.) *Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics 2011: Discourse 2.0: Language and new media*, Washington, DC: Georgetown Univ. Press, 2013, s. 1 a násl.

⁴ Obecně ke struktuře digitálního trhu viz např. MARTINICOVÁ, E. Jednotný digitální trh, kde vše souvisí se vším. Může evropské právo plně uchopit pojem “digitální” a “propojený”? *Revue pro právo a technologie*, 2016, č. 7(14), s. 85.

v těch nejambicióznějších případech, způsobilostí přitáhnout kritickou masu uživatelů a vytvořit díky tomu novou platformu.⁵

Struktura platformem disponujících shora zmíněnou kritickou hmotou k dosažení gravitačního efektu se v čase částečně mění.⁶ Vcelku stabilní je role vyhledávačů, byť jejich relativně konkurenční trh se až na výjimky v posledních letech prakticky rozpadl pod tlakem dominantních služeb společnosti Google. V jiných oblastech jsme ale byli svědky nejen konkurenčního boje, ale i celkového evolučního vymírání některých typů platformem, a naopak nástupu jiných. Příkladem mohou být ve své době extrémně populární platformy tvořící blogosféru, diskusní servery nebo virální platformy pro sdílení hudby. Jejich místo v centru virtuálních ekosystémů následně přebraly obecné sociální sítě, které v současné době pro změnu začínají postupně nahrazovat služby zaměřené na specifické formy sociální interakce.

Ekonomická důležitost a bez nadsázky celospolečenský význam platformem tvořících základ virtuálních ekosystémů dokládá i vývoj v žebříčku největších obchodních společností dle tržní kapitalizace. V roce 1989 tomuto žebříčku vévodily čtyři japonské banky následované společností Exxon a General Electric. V první desítce se tehdy z firem zaměřených na informační společnost umístily jen v té době převážně hardwarová společnost IBM a telekomunikační firma American Tel & Tel (nyní At&T). O deset let později už byl díky masivní penetraci společnosti informačními technologiemi a službami informační společnosti na první příčce dominantní dodavatel operačních systémů Microsoft a v první desítce se z korporací aktivních na trhu informačních technologií a služeb srovnaly ještě Cisco, Intel, NTT (Nippon Telegraph and Telephone Corporation), Lucent, Nokia a Deutsche Telecom.⁷

Ze shora jmenovaných společností zaměřených na informační ekonomiku se dodnes mezi nejhodnotnějšími korporacemi světa udržela jen na třetím místě firma Microsoft. Místa v první desítce největších korporací dle tržní kapitalizace namísto dodavatelů hardware nebo telekomunikačních služeb zaujaly právě firmy, kterým se díky jejich platformám podařilo vybudovat funkční virtuální

⁵ Srov. GILLESPIE, T. *The Politics of 'Platforms'*. *New Media & Society*, 2010, č. 12(3), s. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1601487>

⁶ K podrobnostem fungování tohoto trhu viz např. BLASCHKE, M., HAKI, K., AIER, S., WINTER, R. *Capabilities for Digital Platform Survival: Insights from a Business-to-Business Digital Platform*. 39th International Conference on Information Systems (ICIS2018), publ. online na adrese www.alexandria.unisg.ch.

⁷ Srov. STEIGER, P. E. *What a difference 25 years makes*, cnbc.com, 29. dubna 2014.

ekosystémy – jsou to nyní na celkově prvním místě Apple, na čtvrtém Alphabet (Google), na pátém Amazon a na osmém Meta (Facebook).⁸

Vedle relativně rychlého nástupu a raketového růstu těchto firem je z ekonomického hlediska pozoruhodné i srovnání jejich nominální tržní kapitalizace se společnostmi, které máme tendenci považovat za obří a dobře etablované. Například největší z evropských energetických firem, Shell, nedosahuje přes dramatický růst v uplynulém roce ani desetinou hodnoty společnosti Apple a v případě jiného gigantu, banky HSBC, to není ani jedna dvacetina. A Volkswagen, který máme rovněž v Evropě za velkou korporaci, by se do hodnoty Apple vešel téměř třicetkrát.

Sektor platforem samozřejmě provází i velká míra volatility. Za uplynulých cca deset let se hodnota společnosti Facebook (později Meta) více než zdvojnásobila (tj. cena akcií dosáhla za 10 let těžko uvěřitelných více než 2000 % původní hodnoty), aby se následně za uplynulý rok snížila o plné dvě třetiny. Takový vývoj u technologických společností nebývá výjimečný, ale v tomto případě je pozoruhodné jeho nominální vyjádření dokládající význam tohoto typu podnikání v porovnání s jinými sektory včetně energetiky, dopravy, potravinářství apod. – zatímco se v roce 2012 pohybovala tržní kapitalizace firmy Facebook okolo 50 mld. USD (to je pro srovnání více než dvojnásobek dnešní hodnoty společnosti ČEZ), bylo to v druhé polovině roku 2021 přes 1 bil. USD. Nedůvěra v novou platformu Metaverse společně s přesunem uživatelů služeb informační společnosti na jiné typy platforem⁹ způsobily, že se aktuální hodnota této firmy pohybuje jen těsně nad 300 mld. USD, což znamená odpis těžko představitelných cca 700 mld. USD (tj. cca 35 našich ČEZů).

2. Pojem reklamy a inzerenta

Účelem tohoto amatérského extempore nebylo ani tak proponovat naivní školu komparativní podnikové ekonomiky jako spíš ukázat význam, který v současné informační společnosti hrají platformy. Příklad sociální platformy Facebook je samozřejmě v mnoha ohledech extrémní. Odpis hodnoty jejího provozovatele se

⁸ Viz zprávu *The 100 largest companies in the world by market capitalization in 2022* publikovanou serverem [statista.com](https://www.statista.com).

⁹ Podrobnou analýzu tohoto vývoje viz v článku KRAUS, S., KANBACH, D. K., KRYSTA, P. M., STEINHOFF, M. M., TOMINI, N. Facebook and the creation of the metaverse: radical business model innovation or incremental transformation? *International Journal of Entrepreneurial Behavior & Research*, 2022, č. 28(9), s. 52.

rychlostí ani hodnotou nepodobal ničemu, co se doposud událo na kapitálovém trhu. I to ale, společně s obrovským předchozím relativním i nominálním růstem této platformy, výmluvně dokládá, jaký je obecný společenský a ekonomický význam tohoto typu služeb informační společnosti. Základem ekonomické hodnoty, jejíž shora zmíněné nominální vyjádření je pro běžného člověka jen těžko pochopitelné, je přitom na první pohled banálně znějící ekonomická aktivita označovaná jako reklama (advertisement).

Reklama v právě uvedeném smyslu není jen dominantním zdrojem příjmů společnosti Meta, ale prakticky všech v současnosti aktivních internetových platform. I společnost Alphabet, která provozuje platformy Google nebo Youtube, a je svojí tržní kapitalizací ještě třikrát větší než Meta, rovněž realizuje valnou většinu svých příjmů díky činnostem, které lze souhrnně označit jako reklamu. I z hodnoty ročních obrátů těchto firem počítaných ve stovkách miliard dolarů je přitom jasné, že zřejmě nejde o reklamu typu plakátu na autobusové zastávce nebo zvukové upoutávky v rádiu.¹⁰

Společným rysem platform ekonomických, sociálních, herních nebo ponovu „názorových“ je vysoce sofistikovaná práce s obsahem,¹¹ resp. s jeho prezentací a rovněž i motivací k jeho spontánní tvorbě a konzumaci. Úspěch platformy je dán schopností vyvolat masový zájem o aktivní účast na jejím obsahu¹² (tj. sdílet různé údaje, nakupovat, aktivně vyhledávat apod.) v kombinaci s dovedností nabídnout jednotlivým uživatelům zčásti to, po čem touží, a zčásti to, po čem dle názoru subjektů, které jsou souhrnně označovány jako zadavatelé reklamy nebo inzerenti,¹³ mají toužit.

Míra úspěchu v právě zmíněných činnostech je přímo úměrná rozsahu znalostí platformy ohledně osobních poměrů a osobnostních rysů jednotlivých uživatelů.¹⁴ Na tom samozřejmě není v obchodní praxi nic nového – i krejčí nebo

¹⁰ Blíže viz např. SRINIVASAN, D. Why Google Dominates Advertising Markets. *Stanford Technology Law Review*, 2020, č. 24(1), s. 55. Zajímavé je srovnání s dřívějšími studiemi metod online marketingu – srov. např. EVANS, D. S. The Economics of the Online Advertising Industry. *Review of Network Economics*, 2008, č. 7(3), s.

¹¹ Aktuální studii, která reaguje i na případy představené níže viz v článku DOUEK, E. Content Moderation as Systems Thinking. *Harvard Law Review*, 2022, č. 136, s. 526.

¹² Viz např. CHO, I., PARK, H., KIM, J. K. The relationship between motivation and information sharing about products and services on Facebook. *Behaviour & Information Technology*, 2015, č. 34(9), s. 858.

¹³ Těmi zdaleka nemusí být jen podnikatelé – viz např. MANHEIM, K., KAPLAN, L. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. *Yale Journal of Law & Technology*, č. 21, s. 106.

¹⁴ Není to samozřejmě jediný faktor – k dalším, neméně problematickým, jako jsou rychlostní nebo provozní diskriminace, viz SRINIVASAN, D. Why Google Dominates Advertising Markets. *Stanford Technology Law Review*, 2020, č. 24(1), s. 88 a násl.

číšník je při své práci tím úspěšnější, čím více toho o klientovi ví. Nejenže mu díky tomu může nabídnout službu nebo zboží přímo podle jeho potřeb, ale může díky těmto znalostem svého klienta dle svých obchodních představ i vést nebo dokonce vychovávat. Čím více se toho o klientovi dozví, lhostejno odkud, tím může být ve své práci úspěšnější.¹⁵

Tvorba znalostí ohledně poměrů a osobnosti klienta je však v případě platformem na zcela jiné úrovni, než jak o tom můžeme číst třeba v Hrabalově románu *Obsluhoval jsem anglického krále*. Platformy totiž díky různým mechanismům sběru údajů disponují obrovským množstvím dat, z nichž lze na základě jejich sofistikovaného zpracování vyčíst informace o člověku a lidském životě v kvalitě a míře podrobnosti jdoucích daleko za hranice běžné lidské představivosti. Není ani zdaleka přehnané tvrzení, že o našem životě toho platformy ví více než my sami.

Teoreticky by sice neměl být problém pro jakéhokoli člověka, označovaného z nějakého důvodu platným právem jako „subjekt údajů,“ zjistit, jaké údaje o něm platformy sbírají a jak je zpracovávají. Realita je však i přes pozitivní posun v posledních letech stále taková, že informace, pokud nějaké, mají v případech, na které by se právní úprava ochrany osobních údajů měla přednostně vztahovat, jen velmi povšechný charakter.¹⁶

S originálním způsobem, jak zjistit konkrétní rozsah a způsob zpracování osobních údajů na platformě Facebook, přišla před téměř deseti lety srbská nezisková organizace Share Foundation.¹⁷ Její výzkumníci sdružení do Share Lab se, na rozdíl od některých podobně zaměřených ale nepříliš úspěšných iniciativ,¹⁸ nesnažili získat relevantní informace přímou komunikací s provozovatelem této

¹⁵ K morálnímu rozměru tohoto typu ekonomické efektivity viz SUNSTEIN, C. R. Fifty Shades of Manipulation. *Journal of Marketing Behavior*, 2016, č. 1, s. 213.

¹⁶ Srov. např. KIRSCHNER, A. Reflections on Privacy in the Age of Global Electronic Data Processing with a Focus on Data Processing Practices of Facebook. *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2012, č. 6(1), s. 73 nebo MAZÚR, J., PATAKYOVÁ, M. T. Regulatory Approaches to Facebook and Other Social Media Platforms: Towards Platforms Design Accountability. *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2019, č. 13(2), s. 219.

¹⁷ Podrobněji k činnosti nadace viz její hlavní web www.sharefoundation.info.

¹⁸ Známý projekt Europe v Facebook právníka a aktivisty Maxe Schremse sice dosáhl významných rozhodnutí týkajících se předávání osobních údajů, ale ani jemu se nepodařilo zjistit, co a jak Facebook s osobními údaji Evropanů (a nejen jich) vlastně dělá – viz europa-v-facebook.org.

platformy, ale studiem veřejně dostupných informací o jeho patentech týkajících se zpracování dat.¹⁹

Výzkum vycházel z toho, že v USA je samotné zpracování dat patentovatelným objevem a že platforma, pro niž je kreativní práce s daty základem jejího dominantního zdroje příjmů, má přinejmenším podstatnou část tohoto know-how odpovídajícím způsobem chráněnou.²⁰ Výzkumníkům se ve své době z celkového, a dlužno říci, že těžko uvěřitelného, množství více než deseti tisíc patentů této společnosti (aktuálně disponuje Meta více než patnácti tisíci patenty)²¹ podařilo analyzovat jen velmi malou část, a to něco přes setinu. I z tohoto množství se ale podařilo vytvořit typologii a mapu procesů zpracování, jejíž rozsah je sám o sobě pozoruhodný až šokující a projektové výstupy díky tomu ve své době zaujaly i laické publikum napříč světem.²²

Shora uvedené skutečnosti poněkud mění tradiční pohled na to, co ve vztahu k činnostem platformy majících výše naznačené ekonomické dimenze, označujeme pojmy jako „reklama“ nebo „inzerent“. K poznání skutečného obsahu těchto pojmů totiž nestačí představit si reklamní banner, který se zobrazí návštěvníkovi internetových stránek na základě jeho preferencí zjištěných z cookies, ale bylo by třeba pochopit procesy zpracování dat popsané výše uvedenými cca patnácti tisíci patenty. I v takovém případě ale dostaneme představu pouze o tom, co znamená reklama na platformách provozovaných společnostmi Meta – nikoli už ale o zpracování dat například na platformách společnosti Alphabet (tj. Google, Youtube aj.), která jen v USA disponuje dalšími pětatřiceti tisíci platnými patenty, z nichž se zpracování dat sice netýká valná většina jako v případě společnosti Meta, ale stále jde o jejich podstatnou část.

¹⁹ Podrobnosti k projektu a projektové výstupy, včetně empirických analýz s doslova šokujícím obsahem, viz na webu labs.rs.

²⁰ Podobnou metodu použil nedávno i Financial Times při hledání odpovědi na otázku, jakým způsobem má Meta v plánu prostřednictvím sledování drobných emocionálních reakcí uživatelů monetizovat prozatím nepříliš úspěšný Metaverse – viz MURPHY, H. *Facebook patents reveal how it intends to cash in on metaverse*. Financial Times, 18. ledna 2022, dostupný online na ft.com.

²¹ Viz zprávu *Meta Patents – Key Insights and Stats* publikovanou serverem insights.greyc.com dne 29. srpna 2022.

²² O výstupech projektu referoval mj. i populární magazín Wired – viz VENKATARAMANAN, M. *Infoporn: how free apps eavesdrop on your private life*. Wired.com, 29. července 2016 – a byly představeny na různých odborných a popularizačních akcích v Evropě, USA a Asii.

3. Svoboda projevu provozovatele platformy

Podobně, jako je ve vztahu k internetovým platformám až nečekaně komplexní situace ohledně obsahu pojmů, jako je „reklama“ nebo „inzerent,“ je pro nás v kontinentální Evropě poněkud obtížnější představit si všechny formy, kterých v prostředí platform může nabývat svoboda projevu. Evidentní je pro nás v tomto směru především svoboda projevu, kterou realizuje uživatel tím, že na platformu umístí nějaký svůj obsah, tj. text, obrázek, video, hyperlink apod., přičemž se spoléhá na to, že se tento obsah díky platformě publikuje, resp. rozšíří se mezi další uživatele. Touto logikou může zásah do svobody projevu představovat například, pokud uživateli někdo brání v přístupu k platformě, nebo když někdo jeho příspěvek z platformy odstraní.

Vrstevnatost a relativní složitost možného chápání svobody projevu nám ukazují především příklady ze severoamerické praxe, kde tento princip tvoří jeden ze základních kamenů právní kultury. Budeme se jimi zde zabývat nikoli jen proto, že jsou samy o sobě zajímavé, ale především z toho důvodu, že valná většina poskytovatelů aktuálně spotřebitelsky relevantních služeb informační společnosti je usazena v USA a severoamerické právo pro ně, i přes rostoucí frekvenci případů globálního odstraňování obsahu,²³ představuje právní řád, který bezprostředně určuje mantinely pro jejich podnikání.

V Evropě jsme se například před zhruba patnácti lety divili tomu, že severoamerické legislativní snahy specificky upravit individuální postih kyberútoků beznadějně troskotají na ochraně soukromí i přes to, že v té době americkou společnost téma ochrany soukromí prakticky nezajímalo. Ve skutečnosti ale šlo o ochranu práv uživatelů, kteří chtějí anonymně realizovat své právo na svobodu projevu. I jen teoretická možnost, že by jim do tohoto práva tvořícího komponentu svobody projevu mohlo být zasaženo, působila na americké politické scéně jako červený hadr na býka.²⁴

Podobně pozoruhodně se jevila v našem právním prostředí severoamerická diskuse ohledně proporcionality nástrojů omezujících šíření více či méně škodlivého kódu nebo aktivitu uživatelů spočívající ve vědomé účasti na botnetech

²³ Viz například případ rozhodnutý Nejvyšším soudem Kanady *Google Inc. v Equustek Solutions Inc.*, 2017 SCC 34 nebo evropský případ C-18/18 *Glawischnig-Piesczek*. K problému obecně viz POLČÁK, R., SVANTESSON, D. *Information Sovereignty*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, s. 211.

²⁴ Podrobněji viz POLČÁK, R., HARAŠTA, J., STUPKA, V. *Právní problémy kybernetické bezpečnosti*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 66.

útočících z politických důvodů na různé internetové cíle.²⁵ I v tomto případě se proti zákonným nebo technickým omezením stavěla v USA svoboda projevu. Ta totiž nemusí krýt jen projev verbální nebo vizuální, ale i jiné jeho formy, jejichž rozsah zásadně není omezen. Podobně jako se lze veřejně projevit například potleskem, bučením nebo jiným kraválem, lze se projevit veřejnou prezentací počítačového kódu nebo zasíláním výzev k připojení na určitou internetovou adresu (tj. způsobem, kterým typicky fungují shora zmíněné botnety užívající k útokům na cílová místa metody DDoS²⁶).

Nepříliš překvapivá je v tomto kontextu skutečnost, že svobody projevu požívají i právnické osoby, a to včetně podnikatelských subjektů.²⁷ Pro ty obvykle není důvodem projevu nějaký politický cíl, ale hospodářský prospěch. Výmluvně o tom pojednává třeba i Formanův film *People v Larry Flint*, kde je dokonale vylíčen, pro Evropana až nepochopitelně bezbřehý, americký respekt k projevu jako takovému i k autonomii vůle toho, kdo se rozhodne veřejně se projevit, klidně i „jen“ za účelem dosažení zisku.²⁸

Právě uvedené znamená, že americké svobody projevu požívají nejen uživatelé platforem, ale také subjekty, které tyto platformy provozují. Provozovatel platformy nemá jen možnost v pozici definiční autority²⁹ technicky určovat, lidově řečeno, co na platformě je³⁰ a jak to vypadá, ale toto jeho postavení je z pohledu severoamerického práva rovněž chráněno svobodou projevu, tj. právem, které v tomto kulturním prostředí vyjma extrémních případů nenávisti nebo násilí převálcuje vše, co mu stojí v cestě. I v případě typických sociálních či názorových platforem, jejichž obsah tvoří uživatelé, je tedy rozhodování o výsledné podobě

²⁵ Viz např. HAMPSON, N. C. N. Hacktivism: A New Breed of Protest in a Networked World. *International and Comparative Law Review*, 2012, č. 35, s. 511.

²⁶ Metoda útoku Distributed Denial of Service je založena na prostém zahlcení cílového systému množstvím současně vygenerovaných požadavků na připojení. K použití tohoto typu útoku jako demonstraci politických názorů v poslední době viz např. populární článek BURGESS, M. *Hacktivism Is Back and Messier Than Ever*. *Wired.com*, 27. 12. 2022.

²⁷ K tomu viz např. případ *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U. S. 765 (1978) – k případu viz komentář SCOFIELD, G. W. Bellotti – Corporations' Freedom of Speech. *Louisiana Law Review*, č. 39(4), s. 1225.

²⁸ Z literatury k případu viz např. BREWER, E. C. *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, in PARKER, R. A. (ed.) *Free Speech On Trial: Communication Perspectives on Landmark Supreme Court*. London: The University of Alabama Press, 2003, s. 264.

²⁹ K pojmu viz POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 107.

³⁰ Srov. DOUEK, E. Content Moderation as Systems Thinking. *Harvard Law Review*, 2022, č. 136, s. 539.

toho, co je nabízeno široké veřejnosti nebo uživatelské komunitě, technicky i právně v rukou provozovatele příslušné služby.

Právě uvedenému odpovídá i dosavadní americká judikatura týkající se provozu platform. Velmi stabilní je v tomto směru přístup amerických soudů například k vyhledávačům, které již po několik desetiletí představují jednu z nejdůležitějších služeb informační společnosti. Jejich provozovatelé, jejichž počet se v posledních dvou desetiletích kvůli masivní monopolizaci tohoto trhu povážlivě snížil, opakovaně čelili žalobám nespokojených podnikatelů, kteří si stěžovali na to, že jejich prezentace jsou ve výsledcích vyhledávání oproti konkurenci na méně výhodných místech, nebo že byli z vyhledávání zcela vyřazeni. Nároky byly povětšinou opřeny o zákaz nekalých tržních praktik nebo zneužití tržní moci, ale zpravidla neobstály právě proti svobodě projevu.³¹

V jednom z často citovaných případů tak například odstranil Google odkaz na populární společenský web coastnews.com, na kterém se objevil článek o nudistické komunitě, a tomuto webu přestal poskytovat i inzertní služby, přestože web článek obratem stáhnul.³² Provozovatel webu se pak obrátil na soud s poukazem na zneužití tržní moci ze strany Google. Soud žalobu odmítl ve zkráceném řízení a opřel se o argument Google ohledně ochrany výsledků vyhledávání Prvním dodatkem americké ústavy. Použil přitom analogii s dřívějším případem, kdy Nejvyšší soud odmítl postihnout vydavatele New York Times za to, že, údajně bez oprávněného důvodu, odstranil jeho knihu ze seznamu bestsellerů.³³ Nejvyšší soud tehdy interpretoval První dodatek v tom smyslu, že chrání i svobodu projevu vydavatele seznamu. Podobně tak i Vrchní soud Kalifornie konstatoval, že seznam výsledků vyhledávání Google je rovněž chráněn Prvním dodatkem a žalobu díky tomu označil za zjevně nedůvodnou.

Když o tomto případě, který ochránil prakticky neomezené manipulace Google s výsledky vyhledávání, informoval server US News, velmi trefně k tomu přidal i komparativní postřeh ohledně (překlad RP)³⁴ „ostrého kontrastu mezi právními názory Google a dalších vyhledávačů jako Yahoo a platným právem nejen v Evropské unii, ale také v Japonsku nebo Austrálii, kde tyto společnosti opakovaně prohrávají případy týkající se ochrany osobnosti nebo soukromí“. K tomu můžeme dodat, že obrana autonomie vůle Google ohledně pořadí výsledků vyhledávání

³¹ K různým rozměrům svobody projevu vzhledem k platformám viz např. esej BALKIN, J. M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, 2018, č. 118, s. 2011.

³² Viz případ *S. Louis Martin v. Google Inc.* CGC-14-539972.

³³ Viz případ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254.

³⁴ Viz RISEN, T. *Google Beats Antitrust Lawsuit in California*. Usnews.com, 18. listopadu 2014.

právem na svobodu projevu doposud nebyla v Evropě úspěšná ani ve vztahu k nárokům z práva hospodářské soutěže.³⁵

Z výše uvedeného plyne, vedle jednoho z mnoha příkladů, na nichž lze demonstrovat rozdíly mezi evropským a severoamerickým pojetím svobody projevu, že americká soudní ochrana svobody projevu na platformách se zaměřuje nikoli jen na svobodu projevu uživatele, ale také na svobodu projevu platformy. Její provozovatel je ve vztahu ke svobodě projevu vnímán podobně jako vydavatel – to i přes to, že sám žádný obsah neprodukuje, jeho činnost spočívá prakticky jen v jeho moderované publikaci a ani za příslušný obsah nenes, na rozdíl například od vydavatele novin, právní odpovědnost³⁶ (k tomu viz také poznámku v závěru). Vyjdeme-li tedy z wikipedistické definice cenzury jako „omezování sdělování informací hromadnými sdělovacími prostředky, obvykle tiskem či dalšími veřejnými médii, ale i veřejnými proslovy, dopisy a podobně“ a to, že „může být prováděna státem nebo jinými subjekty,“ dospíváme ke zdánlivě nesmyslnému závěru, že svoboda projevu v severoamerickém pojetí chrání i právo provozovatele platformy cenzurovat její obsah. Když k tomu připočteme poznatky ohledně ekonomického modelu platformem stručně diskutované výše, můžeme uzavřít v tom smyslu, že severoamerická svoboda projevu chrání vysoce sofistikované formy cenzury uživatelského obsahu platformem, díky nimž platformy propongují produkty, služby nebo obecně narativy svých inzerentů, tj. podnikatelů, neziskových organizací, politických subjektů, náboženských společností nebo třeba i suverénních států, anebo naopak potlačují uživatelský obsah, který těmto inzerentům není po chuti. Závěr ohledně severoamerické svobody projevu mocně chrání platformy před právy jejich uživatelů, kteří tento obsah sami vytvářejí, zní sice zvláště, ale v kontextu výše uvedeného na něm vlastně není nic vyloženě překvapivého.

4. Zákaz cenzury jako zásah do svobody projevu

Shora naznačená kolize svobody projevu uživatele platformy a jejího provozovatele se naplno projevila na pozadí různých aktuálních politicky exponovaných situací. Šíření různých extrémistických názorů, dezinformací nebo útočných narativů, sahajících těsně pod (v USA velmi benevolentní) hranici nenávistného

³⁵ Srov. např. případ AT.39740 (Google Search).

³⁶ Blíže viz např. HANYCH, M., PIVODA, M. Facebook, Twitter a YouTube jako garanti svobodného projevu? Kritika současného systému notice-and-takedown. *Revue pro právo a technologie*, 2017, č. 8(16), s. 177.

projevu, dostalo totiž platformy pod tlak veřejnosti i důležitých zákazníků,³⁷ které jsme shora označili, vzhledem k vysoce sofistikovanému charakteru příslušných služeb poněkud rudimentárním výrazem inzerenti. Především sociální platformy, nově také někdy označované jako názorové, na tento tlak reagovaly vývojem manuálních postupů a autonomních nástrojů, které mají za cíl tyto problematické narativy identifikovat a omezovat nebo rovnou likvidovat.³⁸ Ve státech, kde se tyto narativy z nějakého důvodu těší politické podpoře, to následně vyvolalo legislativní reakci spočívající v zákazu cenzury založené na názorové orientaci provozovatele platformy.³⁹

Výše bylo popsáno, jak různé formy manipulace s uživatelským obsahem, které jsme shora s mírně bulvární licencí označili jako cenzuru, představují základ ekonomického fungování platforem. Dojde-li k omezení platforem v manipulaci s obsahem, kterou platformy i s ohledem na předchozí judikaturu amerických soudů chápou nejen jako základ svých příjmů ale i jako projev jejich svobody projevu, je logické, že se proti takovému zásahu pokusí bránit.

Prvním případem, kdy k tomu došlo, byla žaloba proti zákonu státu Florida č. SB7072 podaná u floridského oblastního soudu a rozhodnutá v červnu 2021.⁴⁰ Napadený státní zákon zavedl nový titul, kterým bylo možno na návrh uživatele platformy naříditi jejímu provozovateli, aby publikoval obsah, který by za normálních okolností autonomně odstranil. Předmětem posouzení, zda má uživatel právo na publikaci svého příspěvku, měla být přitom výlučně zákonnost obsahu, což by umožňovalo uživatelům sdílejícím „běžné“ dezinformace, propagandistické narativy a další dle amerického práva zákonná sdělení, bránit se proti jejich autonomnímu odstranění platformou.⁴¹

³⁷ Srov. WILSON, T., STARBIRD, K. Cross-Platform Disinformation Campaigns: Lessons Learned and Next Steps. *Harvard Kennedy School Misinformation Review*, 2020, č. 1(1), s. 1. Za pozornost stojí, že tento článek byl publikován jako první v novém odborném časopisu vydávaném Shorensteinovým centrem Harvardovy univerzity a zaměřeným výlučně na problematiku dezinformací. Soudě dle webu misinfreview.hks.harvard.edu se tomuto časopisu (a bohužel i dezinformacím) daří velmi dobře.

³⁸ Obecně k problematice a technikám moderace obsahu na platformách viz monografii GILLESPIE, T. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media*. New Haven: Yale University Press, 2018. Kniha je i volně ke stažení na webu adademia.edu.

³⁹ Obecně k problému právní reflexe moderace obsahu platformami viz BLOCH-WEBBA, H. Content Moderation as Surveillance. *Berkeley Technology Law Journal*, 2012, č. 36, s. 1297.

⁴⁰ Viz případ *NetChoice v. Moody*. 4:21-cv-00220.

⁴¹ Podrobněji k zákonu viz RODRIGUEZ, L. E. Freedom of Speech in the Era of Social Media: A Review of Senate Bill 7072, Florida's Anti-Censorship Bill Aimed at Big Tech. *Nova Law Review*, 2021–2022, č. 46, s. 29.

Prvostupňové rozhodnutí, které formou předběžného opatření pozastavilo účinnost zákona jako zřejmě neústavního, následně přezkoumal federální Odvolací soud pro 11. obvod a v podstatné části konstatoval, že je důvodné. V poměrně rozsáhlém rozhodnutí soud nejprve definoval základní otázku v tom smyslu, zda (překlad RP) „*různé Facebooky a Twittery, co jich na světě je, které jsou nepochybně ‚soukromými aktéry‘ s právy dle Prvního dodatku, jsou při činnostech spočívajících v moderování a jiném obstarávání obsahu následně publikovaného na jejich platformách chráněny ústavními právy na svobodu projevu*“. Následně na tuto otázku odpověděl kladně a přirovnal tyto platformy k jiným standardním formám projevu, jakým je tisk nebo masmédiá, a jejich provozovatele k vydavatelům. Výsledkem bylo, stručně řečeno, předběžné pozastavení účinnosti ustanovení týkajících se omezení práva platform na cenzuru, a to z důvodu vysoce pravděpodobného rozporu těchto ustanovení s Prvním dodatkem.

Druhý případ, který rovněž získal značnou mediální pozornost, se týká státního zákona Texasu číslo 20 ze září roku 2021.⁴² Obsah jeho nejdůležitějšího ustanovení je ve své podstatě velmi podobný shora citovanému kalifornskému předpisu. Technické provedení různých práv a povinností je v tomto předpisu poněkud jiné, protože texaský zákon obsahuje taxativní výčet důvodů, pro které může platforma cenzurovat uživatelský obsah. Pragmatickým pohledem ale směřuje i tento předpis k témuž cíli, tj. založení práva uživatele bránit se v případě, kdy platforma odstraní nebo jinak moderuje příspěvek, jehož obsah neodporuje zákonu.⁴³

Krátce po svém vydání byl tento předpis napaden stejným zájmovým sdružením a ze stejného důvodu, ale tentokrát u texaského oblastního soudu. Ten rozhodl podobně jako floridský oblastní soud ve shora zmíněném případě. K velmi zajímavému vývoji došlo až následně, protože žalovaný, zde generální advokát Texasu Ken Paxton, podal odvolání vzhledem k místní příslušnosti k Odvolacímu soudu pro 5. obvod. Ten svůj jednoznačný postoj k argumentaci platform naznačil už v úvodu svého rozhodnutí,⁴⁴ kde si postěžoval na to, že (překlad RP) „*ve snaze přesvědčit (tento soud) o potřebě takto plošného omezení působnosti (napadeného zákona) nabízí platformy poněkud divně překroucené podání obsahu Prv-*

⁴² Celý název tohoto předpisu je Act Relating to censorship of or certain other interference with digital expression, including expression on social media platforms or through electronic mail messages.

⁴³ Podrobněji k zákonu i k dále cit. rozhodnutím viz HANGEN, T. J. NetChoice LLC v. Paxton. *Federal Communications Law Review*, 2021–2022, č. 74, s. 415.

⁴⁴ Viz rozhodnutí Odvolacího soudu pro 5. obvod ve věci NetChoice v. Paxton, No. 21-51178 (5th Cir. 2022), s. 2.

ního dodatku. Dodatek samozřejmě obsahuje právo každého člověka na ‚svobodu projevu‘. Platformy zde ale argumentují, že někde ve výčtu práv člověka na svobodu projevu jsou zahrabána i nevyčtená práva na svobodu korporací umlčovat projev“. Soud následně pro moderaci obsahu ze strany platform konzistentně užívá pojmu „cenzura,“ zabývá se otázkou analogie mezi platformou a vydavatelem (na něhož by svoboda projevu měla dopadat) a konstatuje, že žádná relevantní podobnost zde není. Argumentuje přitom vyjádřením samotných platform (příklad RP)⁴⁵ „jejichž vlastní představitelé to potvrzují. Řekli přeci svým uživatelům ‚otevřeně se nevidíme jako editoři [...] Nechceme z pozice editora posuzovat, co je obsahem vašeho feedu‘. Řekli veřejnosti, že ‚nemohou monitorovat‘, ‚neschvalují‘ ani ‚nemohou mít odpovědnost za obsah na platformách. Řekli Kongresu, že jejich ‚cílem je nabídnout platformu pro všechny myšlenky‘. A říkali soudům pořád dokola, že ‚slouží jen jako informační kanál pro šíření projevu třetích stran‘“. Dle názoru soudu pak logicky nedává smysl, aby se na jednu stranu platforma označila za pouhého zprostředkovatele obsahu a odmítala za něj odpovědnost, zatímco se na druhou stranu domáhá práv na svobodu projevu, která má vydavatel s plnou odpovědností za to, co vydává.

Zatímco 11. obvod shledal provozovatele platform jako spadající do osobní působnosti Prvního dodatku, dospěl 5. obvod ke zcela opačnému názoru. Předchozí rozhodnutí texaského oblastního soudu tedy Odvolací soud pro 5. obvod zrušil a otevřel tím cestu k účinnosti kontroverzního zákona. K té ale nedošlo, neboť do věci následně zasáhl Nejvyšší soud⁴⁶ a těsnou většinou pozastavil vykonatelnost rozhodnutí Odvolacího soudu pro 5. obvod a tím fakticky potvrdil pozastavení účinnosti texaského zákona dřívějším rozhodnutím oblastního soudu.

5. Závěrečné poznámky

Oba shora zmíněné kontroverzní předpisy mají v současné době pozastavenou účinnost a s trvalým řešením této situace bude muset zřejmě přijít až americký Nejvyšší soud. Věc je ale až pohříchu zpolitizovaná a namísto otázky po interpretaci Prvního dodatku jde ve veřejné debatě především o to, zda mají na soukromých platformách i přes nevoli jejich provozovatelů dostávat prostor narativy, které sice nemají nenávistný nebo násilný charakter, ale jejichž účinky se, jak ukázala mj. zkušenost z doby celosvětové pandemie, opakovaně projevují v různých sociálněpatologických jevech nebo dokonce v individuálních

⁴⁵ Viz tamtéž, s. 13.

⁴⁶ Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci 596 U. S. (2022).

tragédiích. Zatímco proponenti těchto předpisů jsou z politického tábora, který v uplynulých několika letech začal být na těchto narativch částečně závislý, staví se jejich odpůrci, v čele s korporátními provozovateli platforem, do role ochránců společnosti před zmíněnými patologiemi.

Smyslem tohoto textu nebyla politologická analýza této věci (té ostatně ani nejsem schopen), ale neodpustím si poznámku v tom směru, že pro kvalitu politické debaty není dobré ani jedno. Konzervativnímu křídlu americké politické scény by nemělo jít v první řadě o obranu projevů lži a nenávisti před svobodou podnikání a na druhou stranu by si zde ani gigantické korporace provozující názorové platformy neměly hrát na dobré samaritány. Hrozí totiž, že ve veřejném prostoru zcela zapadne samotná podstata tohoto problému, kterou je rozsah osobní a věcné působnosti svobody projevu, tj. práva, na němž bez nadsázky stojí (a s nímž padá) americká politická a právní kultura.⁴⁷

V diskusi, kterou spolu na dálku vedou americký 11. a 5. obvod mají dle mého názoru význam především dva argumenty, z nichž jeden je logický a jeden pragmatický. Logicky dle mého názoru argumentuje 5. obvod, když říká, že platformy na jedné straně nemohou mít postavení zprostředkovatele informační výměny (tj. evropským právním jazykem poskytovatele služby informační společnosti nebo po novu poskytovatele digitálních služeb) a užívat si paušální vynětí z osobní působnosti předpisů zakládajících různé formy odpovědnosti za protiprávní jednání uživatelů a na druhé straně si osobovat právo (nikoli jen technickou kompetenci) na libovolnou technickou manipulaci s předmětným obsahem.

Pragmatický argument se naopak objevuje v rozhodnutí 11. obvodu a týká se faktické způsobilosti soukromých subjektů řešit společenské problémy nejen s větší mírou iniciativy ale i technické efektivity.⁴⁸ Skutečnost, že jsou platformy, jejichž technologické kompetence jsou i díky obrovským investicím na úrovni, které stát nikdy nebude schopen konkurovat, ekonomicky motivovány užít technologií, které vlastní a provozují, k moderaci projevů s prokazatelně sociálněpatologickými účinky, může být znakem fungující ekonomické evoluce a není důvod tento efekt volného trhu regulovat (tj. zakazovat platformám použití so-

⁴⁷ K významu této otázky viz např. BALKIN, J. M. *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*. UC Davis Law Review, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 615, dostupný na ssrn.com jako publikace č. 3038939.

⁴⁸ Podrobně z aktuální literatury viz DOUEK, E. *Content Moderation as Systems Thinking*. Harvard Law Review, 2022, č. 136, s. 548.

fistikovaných moderačních nástrojů, do nichž díky vlastní ekonomické motivaci investovaly obrovské prostředky).⁴⁹

Pragmatický argument lze v tomto případě také otočit a podívat se na pravděpodobný efekt regulace, kterou mají přinést oba kontroverzní předpisy. I pokud budou nové tituly k ochraně svobody projevu uživatelů proti svobodě projevu a svobodě podnikání provozovatelů platform uvedeny v život a uživatelé se budou moci domáhat vrácení smazaného obsahu zpět na platformu, neznamená to, že tento obsah bude mít kýžený informační efekt. Jedním ze základních kamenů pozice platform v současné společnosti totiž není prostá dostupnost příslušného obsahu na jejich službách, ale amplifikační efekt, kterého platforma dosahuje díky vysoce sofistikovaným moderačním operacím. Tyto procesy, přestože jsou díky patentům povětšinou veřejně známé, jsou tak komplikované, že stát nemá (a nikdy nebude mít) schopnost je plně pochopit a konkrétně regulovat. I pokud tedy dojde k zákazu tvrdé moderace (cenzury) ve formě mazání uživatelského obsahu, nebude nikdy možné efektivně donutit platformy k tomu, aby byl obsah, který bude různými více či méně sofistikovanými algoritmy identifikován provozovatelem platformy jako problematický, poskytnut kýžený amplifikační efekt.

Aby tento příspěvek nevyzněl kvůli chybějícímu závěru zcela do prázdna, hodí se na úplný konec alespoň provokativní otázka po transpozici výše naznačené debaty do českého právního prostředí. Jako obsahem nejbližší případ známý z aktuální rozhodovací praxe Ústavního soudu by zřejmě mohla posloužit mediálně vděčná věc GOLDEN GASTRO SERVICE.⁵⁰ Toto rozhodnutí bylo u nás oslavováno konzervativními zastánci svobody podnikání, a naopak kritizováno liberálními odpůrci diskriminace.⁵¹ Jeho analogickou aplikací bychom mohli dospět k – zjednodušujícímu, ale ve shora uvedeném kontextu adekvátnímu – závěru v tom smyslu, že konzervativci by měli v zájmu vlastní konzistence podporovat hodnotově orientovanou autonomní cenzuru na platformách, zatímco liberálové by se jí měli bránit. Tento zajímavý paradox se však hodí spíš až do nějakého jiného pojednání označeného podivně znějícím titulkem.

⁴⁹ Nabízí se v tomto směru odkaz na zásadní (a stále citované) rozhodnutí Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984) známé také jako případ Beta-max – nikoli však jeho většinové stanovisko, ale dissent soudce Blackmuna. Podrobně viz POLČÁK, R. *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 70.

⁵⁰ Viz nálezn Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 3212/18.

⁵¹ Viz např. PROCHÁZKOVÁ, A. *Má trh bránit hodnoty? Ústavní soud se zastal ostravského hoteliéra*. Respekt.cz, 3. 5. 2019.