

Rozdział VII. Autonomia woli konsumenta w kontekście praktyk typu *dark patterns*

Aleksandra Pawełko

Wstęp

Od kilku dekad mamy do czynienia z niespotykanym dotąd tempem rozwoju nowoczesnych technologii. Zjawisko to wpływa w oczywisty sposób na obrót prawny, w tym przede wszystkim na płaszczyznę stosunków prawnych powstających pomiędzy konsumentami a przedsiębiorcami. Rozwiązania marketingowe z wykorzystaniem nowoczesnych technologii stosowane przez usługodawców internetowych, częstokroć oparte na sztucznej inteligencji, wpływają w istotny sposób przede wszystkim na wybór konsumencki. Pojawia się zatem pytanie dotyczące respektowania swobody decyzyjności konsumenta w tym zakresie. Jest to więc pytanie o kategorię prawną (czy ściślej mówiąc – kategorię języka prawniczego), a mianowicie o autonomię woli podmiotu prawa cywilnego, jakim jest konsument. W związku z powyższym rozważania stanowiące przedmiot niniejszego opracowania należy rozpocząć od zdefiniowania pojęcia autonomii woli w ujęciu cywilnoprawnym.

1. Pojęcie autonomii woli

Podmioty prawa cywilnego mogą samodzielnie wywoływać skutki prawne poprzez dokonywane czynności prawne. Jest to kompetencja do tego, by mocą własnych zachowań kreować skutki w prawie, w szczególności wchodzić z innymi podmiotami w stosunki prawne. W kręgu zachodniej kultury prawnej uzasadnieniem dla przyznania takiej kompetencji jest uznanie autonomii

podmiotów prawa cywilnego, co w języku prawniczym określane jest jako „autonomia woli”. Na przestrzeni różnych okresów historycznych odmiennie podchodzono do definicji wspomnianej autonomii¹. W celu zobrazowania istoty tego pojęcia, koniecznym jest chociażby skrótowe zakreślenie najważniejszych podejść do zjawiska autonomii woli, które nie pozostają bez znaczenia dla współczesnego rozumienia tego pojęcia.

Koncepcja, zgodnie z którą wyraz woli człowieka może stanowić zdarzenie powodujące wiążące go skutki prawne, napotkała wiele trudności, zanim zaczęto ją traktować z należyłą uwagą. Pierwotne systemy prawne charakteryzowały się radykalnym formalizmem. W celu wywołania określonej konsekwencji w sferze prawa, należało posłużyć się ściśle określonymi formułami słownymi, użyć w oznaczony sposób konkretnych przedmiotów, a nawet odgrywać ustalone sceny składające się na swoisty rytuał². Nie odróżniano wówczas – tak jak dziś się to czyni – formy czynności prawnej od samej czynności prawnej.

Ewolucja systemów prawnych odznaczała się stopniową rezygnacją z tak rygorystycznego formalizmu. Jednocześnie zaczęło kształtować się podejście, w myśl którego skutki prawne powstają wówczas, gdy człowiek zachowuje się w taki sposób, który zgodnie z przyjętymi w określonym kręgu kulturowym regułami znaczeniowymi uzasadnia przekonanie, że człowiek ten chce wywołać oznaczone skutki. Najistotniejszym poglądem w ramach tej koncepcji, ograniczonym jednak wyłącznie do umów, był konsensualizm, który w uproszczeniu oznacza, że podmiot jest związany umową wówczas, gdy zgodził się wraz z drugą stroną na jej zawarcie³. Początków konsensualizmu można poszukiwać już w prawie rzymskim, jednakże ówczesne prawo nie utożsamiało konsensusu z konstytutywnym elementem każdego zobowiązania⁴. Konsensualizm w swej istocie zaczął dominować w cywilistyce w XVII i XVIII w. Wcześniej, bo już w XI i XII w., potencjał podejścia opartego o konsensualizm dostrzegli twórcy prawa kanoniczego, którzy wprost wskazywali, że wszelkie przyrzeczenie (nawet o charakterze nieformalnym) implikuje zobowiązanie. Uzasadnieniem dla takiej tezy były względy etyczne nakazujące dotrzymywać każdego przyrzeczenia, wynikającego z zakazu kłamstwa⁵. Później koncepcja ta stała się również komponentem świeckiego prawa natury, reprezentowanego m.in. przez *H. Grotiusa*, który stwierdził, że już sam konsensus zobowią-

¹ Por. *Z. Radwański, K. Mularski*, w: *Z. Radwański, A. Olejniczak* (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, Warszawa 2019, s. 4–5.

² *Ibidem*, s. 5.

³ *Ibidem*, s. 5–6.

⁴ *W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérér*, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 121 i n.

⁵ *A. Ohanowicz*, *Wolność umów w przyszłym polskim kodeksie cywilnym*, *RPEiS* 1926, Nr 6, s. 148 i n.

zuje⁶. Jednocześnie wskazywał obowiązek dotrzymywania umów (*promissorum implendorum obligatio*) jako jedną z czterech głównych zasad prawa naturalnego mających służyć, wedle jego koncepcji, za fundament dla wewnętrznego i międzynarodowego porządku prawnego⁷. Wspomniany nurt prawa natury stanowił źródło teorii następnie nazwanej autonomią woli. Jej treścią jest założenie, że człowiek z natury jest wolny i równy innym ludziom, a jedynym uzasadnionym ograniczeniem jego wolności może być tylko jego własna wola wyrażona w umowie. Koncepcja ta wpisywała się w szeroko ujmowaną filozofię oświecenia. Wskazuje się, że jej teoretyczne podstawy stworzył pod koniec XVIII w. *A. Smith*. Była obecna również w filozofii *I. Kanta*, w której autonomia stanowiła jedno z najistotniejszych pojęć. *Immanuel Kant* wskazywał, że wola rozumnej jednostki ludzkiej jest podporządkowana imperatywowi kategorycznemu, lecz posiada autonomię. Wola bowiem (podobnie do rozumu) w świecie apriorycznym nie jest skrępowana przez uwarunkowania zmysłowe świata przyrodniczego. W świecie apriorycznym wolność i obowiązek wypływające z imperatywu kategorycznego są ze sobą myślowo powiązane i nie dochodzi między nimi do sprzeczności⁸. Podejście to zostało poddane krytyce przez nurty pozytywistyczne. *Friedrich Carl von Savigny* stanowczo zaprzeczał jakoby natura ludzka czy indywidualna wola człowieka miały charakter przyrodzony. Postrzegał je raczej jako zjawiska pozaprawne, stanowiące jedynie bazę dla konstruowania norm prawnych określających stosunki prawne i sfery działań woli człowieka⁹.

Aktualnie przeważający pogląd w zachodnioeuropejskiej literaturze cywilistycznej stanowi teza, że to nie autonomia woli jednostki (w znaczeniu naturalistycznym), ale system prawny stanowi źródło wiążącej prawnie mocy umów i pozostałych czynności prawnych¹⁰. Pomimo odrzucenia prawnonaturalistycznej teorii autonomii woli, pojęcie to nie zostało zupełnie wyeliminowane z cywilistyki. Definiując współcześnie ten termin czyni się nawet odniesienia do koncepcji filozoficznych, które były fundamentem jego pierwotnego rozumienia. Różnica w dzisiejszym pojmowaniu autonomii woli w zestawieniu z absolutną autonomią naturalistyczną polega na tym, że współcześnie autonomii przypisuje się walor zasady prawa cywilnego.

W polskiej doktrynie wskazuje się na niejednoznaczność pojęcia zasad prawa, niemniej jednak zgodnie uznaje się, że zasady prawa są to normy prawne odznaczające się szczególną wagą aksjologiczną, która polega na ochronie wartości nadrzędnych dla całego systemu prawnego lub danej gałęzi prawa. Ich podstawowa rola polega na uzupełnianiu „zwykłych” norm prawnych lub

⁶ *Ibidem*, s. 150.

⁷ *R. Tokarczyk*, Historia filozofii prawa – w retrospektywie prawa natury, Białystok 1999, s. 189.

⁸ *I. Kant*, Uzasadnienie metafizyki moralności, przekład *M. Wartneberga*, Warszawa 1953, s. 78 i n.

⁹ *Z. Radwański*, *K. Mularski*, Prawo cywilne, s. 8.

¹⁰ *Ibidem*, s. 8.

na korekcie ich treści, na wytyczaniu kierunku procesu wykładni przepisów prawa oraz ukierunkowaniu stanowienia i stosowania prawa¹¹. *Marek Safian* definiuje zasadę autonomii woli jako „moc każdego podmiotu kształtowania swej sytuacji prawnej przez dokonywane czynności prawne, w tym przede wszystkim przez relacje nawiązywane z innymi podmiotami (w szczególności przez stosunki umowne), ale także jako przyznanie każdemu podmiotowi mocy decydowania o sposobie wykonywania swych uprawnień podmiotowych, zarówno przez określone czynności prawne, jak i faktyczne”¹². Również *S. Grzybowski* wskazywał, że teorię autonomii woli można odnosić także do innych niż czynności prawne działań zgodnych z prawem¹³. Odmienne zaś stanowisko przedstawili *Z. Radwański, A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk* oraz *M. Niedospiół* wskazując, że realizacji zasady autonomii woli służy wyłącznie czynność prawna, ponieważ żadna inna instytucja prawa cywilnego nie daje podmiotom możliwości kreowania wedle ich własnej woli, wiążących ich stosunków cywilnoprawnych¹⁴. Zgodnie z tym założeniem jest to więc podstawowa¹⁵, a nawet jedyna¹⁶ instytucja służąca realizacji autonomii prywatnej. Nie wdając się w dywagacje dotyczące argumentów przedstawianych przez zwolenników jednej i drugiej koncepcji, należy bezsprzecznie zgodzić się z tym, że czynność prawna jest instrumentem, który w sposób najpełniejszy ma możliwość urzeczywistnić wolę podmiotu, który jej dokonuje. W historii polskiej cywilistyki odnaleźć można okres, w którym pojęcia „czynność prawna” i „oświadczenie woli” stosowano zamiennie. Kodeks zobowiązań z 1933 r.¹⁷ wprowadzał jako podstawową instytucję umowę obligacyjną, nie wyodrębniał wprost innych czynności prawnych. Co prawda zawierał przepisy, w których posługiwano się terminem „czynność prawna” (np. w art. 288), jednakże nie definiował bliżej tego pojęcia. Przepisy ogólne prawa cywilnego z 1950 r.¹⁸ wprowadziły definicję czynności prawnej w art. 40, który stanowił, że jest nią „czynność zmierzająca do ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku prawnego”. Przepisy aktualnego KC regulują kompleksowo instytucję czynności prawnych, nie wprowadzając jednak jej legalnej definicji. Na gruncie obowiązującego KC zaczęto odróżniać pojęcie czynności prawnej od oświadczenia woli, argumentując, że oświadczenie woli jest istotnym i koniecznym

¹¹ Zob. *L. Leszczyński*, Zasady prawa – założenia podstawowe, *Studia Iuridica Lublinensia* 2016, s. 13–15; *Z. Radwański, K. Mularski*, Prawo cywilne, s. 12–13.

¹² *M. Safian*, w: *M. Safian, K. Osajda* (red.), Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego, t. I, Warszawa 2012, s. 332.

¹³ *S. Grzybowski*, System Prawa Cywilnego. Część ogólna, Wrocław 1985, s. 52.

¹⁴ *Z. Radwański, K. Mularski*, Prawo cywilne, s. 13.

¹⁵ *A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk*, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 2001, s. 33.

¹⁶ *M. Niedospiół*, Autonomia woli w części ogólnej prawa cywilnego, *PiP* 1984, z. 12, s. 65–66.

¹⁷ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze zm.).

¹⁸ Ustawa z 18.7.1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. Nr 34, poz. 311 ze zm.).

składnikiem czynności prawnej, ale niekoniecznie jedynym¹⁹. W polskiej cywilistyce różnie definiuje się czynność prawną, a odmienności definicyjne opierają się na innym przedstawieniu elementu woli w poszczególnych definicjach. W ramach przykładu: *S. Grzybowski* określił czynność prawną jako „działanie osoby przedsięwzięte w celu wywołania pewnych skutków prawnych, które bez takiego zamiaru nie mogłyby w ogóle powstać”²⁰. *Jan Gwiazdomorski* zaś stwierdził, że „czynność prawna jest to stan faktyczny, zawierający co najmniej jedno oświadczenie woli, który przez prawo przedmiotowe uznawany jest za przyczynę powstania i za środek prowadzący do powstania takich skutków prawnych, jakie przez prawo przedmiotowe uważane są za zamierzone przez osobę podejmującą czynność prawną”²¹. *Zbigniew Radwański* podjął zaś próbę pogodzenia w jednej definicji różnych podejść, stwierdzając szeroko, że czynność prawna „jest to skonstruowana przez system prawny czynność konwencjonalna podmiotu prawa cywilnego, której treść określa – co najmniej w podstawowym zakresie – jej konsekwencje prawne”²².

2. Pojęcie praktyk typu *dark patterns*

Przedstawiona wyżej charakterystyka teoretycznego podejścia do terminu autonomii woli i związanych z nim pojęć oświadczenia woli i czynności prawnych stanowi niezbędny wstęp do podjęcia rozważań na temat tytułowej autonomii woli konsumenta funkcjonującego w obrocie cyfrowym (nazywanego coraz częściej e-konsumentem). Powyższe rozważania mają szczególne znaczenie dla oceny praktyk stosowanych przez przedsiębiorców względem konsumentów w ramach świadczonych usług cyfrowych, a które to praktyki częstokroć zagrażają autonomii konsumenta. Rozwój nowoczesnych technologii powoduje, że przeciętny konsument coraz częściej decyduje się na korzystanie z cyfrowego rynku dóbr i usług. Dla zobrazowania tego zjawiska można posłużyć się wynikami badań przeprowadzonych przez międzynarodową firmę badawczo-technologiczną Gemius wraz z Izłą Gospodarki Elektronicznej dotyczących zwyczajów zakupowych Polaków *online* w odniesieniu do 2020 r. Prezentowane w raporcie badanie zostało zrealizowane w formie ankiety elektronicznej na reprezentatywnej próbie ponad 1544 internautów, mających co najmniej 15 lat. Dane zbierano od 23 do 30.3.2020 r. Wyniki badań wskazu-

¹⁹ Zob. *S. Grzybowski*, System Prawa Cywilnego, s. 479.

²⁰ *Ibidem*, s. 479.

²¹ *J. Gwiazdomorski*, Próba korektury pojęcia czynności prawnej, w: *Prace z zakresu prawa cywilnego i prawa na dobrach niematerialnych*, ZNUJ 1974, Nr 346, s. 66.

²² *Z. Radwański, K. Mularski*, Prawo cywilne, s. 58–59.

ją, że w 2020 r. 73% badanych internautów robiło zakupy *online*, co oznacza wzrost w stosunku do 2019 r. o 11 punktów procentowych²³.

Z uwagi na ekspansję rynku usług cyfrowych każdy podmiot oferujący swoje usługi za pośrednictwem Internetu zorientowany jest na maksymalizowanie zasięgu prowadzonej działalności i pozyskiwanie jak największej liczby odbiorców. W związku z tym w obrocie internetowym praktykowane są różnego rodzaju rozwiązania, które mają na celu zwiększenie tzw. konwersji. Konwersja to oczekiwane aktywności ze strony odbiorców w odpowiedzi na skierowaną do nich działalność informacyjną, promocyjną, reklamową. Wzrost wskaźników konwersji jest zasadniczym celem każdego podmiotu oferującego swoje usługi za pośrednictwem Internetu. W tym miejscu warto pochylić się nad definicją konwersji wskazaną przez najpopularniejszy system reklamowy, a mianowicie *Google Ads*. Otóż w słowniku opublikowanym w Centrum Pomocy *Google Ads* wskazano, że „konwersja to działanie, które jest liczone, gdy ktoś wejdzie w interakcję z reklamą lub bezpłatnymi informacjami o produkcie (np. kliknie reklamę tekstową lub obejrzy reklamę wideo), a następnie wykona działanie, które zostało określone jako cenne dla firmy, np. zrealizuje zakup *online* lub zadzwoni do firmy z telefonu komórkowego. Konwersję mierzy się za pomocą śledzenia konwersji w zależności od rodzaju interakcji użytkownika z reklamą lub bezpłatnymi informacjami”²⁴. Jak widać konwersja, a dokładniej mówiąc – maksymalizowanie jej wskaźników – jest zasadniczym celem internetowych usługodawców. Jest to system celowych i złożonych praktyk nastawionych na wywołanie u odbiorcy oznaczonego zachowania. Praktyki te stawiają pod znakiem zapytania respektowanie autonomii woli konsumenta, który nierzadko zostaje wprowadzany w błąd, w wyniku czego podejmuje decyzję sprzeczną z jego rzeczywistą wolą.

W tym kontekście należy pochylić się nad problematyką stosowania tytułowych *dark patterns*. Wyrażenie to w sposób literalny można przetłumaczyć jako „ciemne wzorce”. Celem wyjaśnienia znaczenia tego sformułowania w odniesieniu do cyfrowej rzeczywistości, wyżej wskazanemu tłumaczeniu należy nadać metaforyczne znaczenie. Można powiedzieć, że są to pewne mroczne wzorce zachowań, złe praktyki. Termin ten nie posiada swojej definicji legalnej. Jest to neologizm, którego autorem jest *H. Brignull* – twórca strony internetowej *darkpatterns.org*, na której prowadzona jest działalność edukacyjna dotycząca praktyk manipulacyjnych w Internecie²⁵. Stwierdził, że są to takie metody projektowania interfejsów, które nakłaniają użytkowników

²³ Raport „E-commerce w Polsce 2020. Gemius dla e-Commerce Polska”, gemius.pl/wszystkie-artykuly-aktualnosci/e-commerce-w-polsce-2020.html (dostęp: 29.11.2021 r.).

²⁴ Zob. support.google.com/google-ads/answer/6365?hl=pl&ref_topic=24937 (dostęp: 3.12.2021 r.).

²⁵ Zob. darkpatterns.org/ (dostęp: 3.12.2021 r.).

do robienia rzeczy, które niekoniecznie są zgodne z ich wolą, ale przynoszą korzyści danemu przedsiębiorcy²⁶. Na wskazanej stronie internetowej można odnaleźć definicję zwrotu *dark patterns*, zgodnie z którą są to sztuczki wykorzystywane na różnych stronach internetowych i w aplikacjach, dzięki którym odbiorca wykonuje pożądaną (przez usługodawcę) aktywność, np. kupuje coś lub zapisuje się na *newsletter*. *Dark patterns* to rozwiązania oparte m.in. na profilowaniu, ukrytej reklamie, wprowadzaniu w błąd, czego dokonuje się za pośrednictwem kreatywnie zbudowanego interfejsu strony internetowej z odpowiednio zredagowaną treścią.

Na stronie *darkpatterns.org* można odnaleźć wiele przykładów tego typu praktyk. Można chociażby wskazać na zabieg marketingowy określany jako *Sneak into basket* (dodawanie do koszyka)²⁷. Jest to zabieg polegający na tym, że w trakcie dokonywania zakupów, bez wiedzy kupującego, do koszyka „przemycany” jest dodatkowy, niewybrany przez niego element. Ostatecznie w podsumowaniu zamówienia ukazują się niechciane pozycje, jak na przykład koszt ubezpieczenia czy innego rodzaju koszty dodatkowe. Inny przykład to tzw. *Roach motel* (labirynt do wyjścia)²⁸. To praktyka polegająca na zaprojektowaniu interfejsu użytkownika w taki sposób, że bardzo łatwo jest o nawet przypadkowe związanie się jakimś obowiązkiem, z którego później trudno jest zrezygnować, np. subskrypcji premium. Przykład z cytowanej strony internetowej przedstawia konkretny zabieg zastosowany na jednej ze stron służących sprzedaży biletów na wydarzenia muzyczne. Jak wynika z przedstawionych na stronie materiałów – przy zakupie biletu na koncert zostaje „przemycana” do koszyka subskrypcja premium magazynu poprzez automatyczne (bez aktywności użytkownika) zaznaczenie tej opcji. Jeśli kupujący zdoła się zorientować, że narzucono mu ten „wybór” i zechce zrezygnować z subskrypcji, musi odnaleźć i manualnie wybrać odpowiedni komunikat. Dodatkowo na stronie widnieje informacja o możliwości skorzystania z wyjątkowego bonusu powiązanego z dołączeniem do grona subskrybentów. Wskazano jednak, że w celu otrzymania rabatu należy pobrać formularz, wydrukować go, wypełnić długopisem, włożyć do koperty ze znaczkiem i wysłać pocztą tradycyjną, co w rezultacie sprawia, że skorzystanie z rabatu jest znacznie utrudnione i czasochłonne, w związku z czym ostatecznie niewielu nowych subskrybentów skorzysta ze wspomnianego bonusu. W ramach ostatniego przykładu można wskazać na jeden z najpopularniejszych przykładów *dark patterns* nazywany *Misdirection* (błędne ukierunkowanie)²⁹. Praktyka ta polega na wyeksponowaniu (np. za

²⁶ H. Brignull, *Dark Patterns: inside the interfaces designed to trick you*, The Verge, theverge.com/2013/8/29/4640308/dark-patterns-inside-the-interfacesdesigned-to-trick-you (dostęp: 18.3.2022 r.).

²⁷ Zob. *darkpatterns.org/types-of-dark-pattern/sneak-into-basket* (dostęp: 3.12.2021 r.).

²⁸ Zob. *darkpatterns.org/types-of-dark-pattern/roach-motel* (dostęp: 4.12.2021 r.).

²⁹ Zob. *darkpatterns.org/types-of-dark-pattern/misdirection* (dostęp: 4.12.2021 r.).

pomocą intensywnego koloru) opcji, która jest korzystniejsza z punktu widzenia usługodawcy. W związku z tym użytkownik zaznacza pole, na które został celowo nakierowany przez wizualne wyróżnienie domyślnej opcji.

Mechanizmy *dark patterns* poprzez odpowiednie zaprojektowanie interfejsu wpływają na użytkowników, aby dokonali wyborów, których nie dokonaliby, gdyby interfejs nie zniekształcał prezentowanych im informacji lub nie ograniczał ich w działaniu na podstawie tych informacji. Często dzieje się to poprzez ustawienia domyślne strony internetowej lub aplikacji, gdy domyślną preferencją użytkownika jest np. zakup dodatkowej usługi. Użytkownicy muszą więc poświęcić czas i uwagę, by odznaczyć pole wyboru i zrezygnować z domyślnej opcji. Taka praktyka jest niesprawiedliwa i wykorzystuje ograniczenia poznawcze użytkowników. Inercja poznawcza odbiorców usług powstrzymuje ich od kwestionowania domyślnych ustawień³⁰. Badania przeprowadzone na brytyjskim rynku ubezpieczeniowym wskazują, że gdy ubezpieczenia podróżne objęte są zakupem biletów turystycznych, nawet ci użytkownicy, którzy nie zamierzali wykupić ochrony ubezpieczeniowej, ostatecznie ją nabywają. Co istotne, większość takich osób pozostaje nieświadoma faktu zakupu ubezpieczenia, co oznacza, że mogą oni nigdy nie skorzystać z uprawnień wynikających z objęcia ich ochroną ubezpieczeniową³¹.

3. Unijny system ochrony praw konsumentów w kontekście praktyk typu *dark patterns*

Przedstawione przykłady *dark patterns* to tylko namiastka z szeregu intensywnie rozwijających się praktyk mających na celu ukierunkowanie reakcji odbiorcy na działania usługodawców internetowych zgodnie z ich interesami. Jest to zjawisko stosunkowo nowe, dlatego nie posiada swojej pełnej i precyzyjnej definicji operacyjnej. Tym bardziej, jak już wcześniej wspomniano, termin ten nie posiada swojej definicji legalnej. Niemniej jednak w przestrzeni prawnej (zwłaszcza prawa UE) dostrzega się wagę tego zagadnienia w kontekście ochrony praw konsumenta. Przejawem tego są m.in. postulaty zawarte w Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady „Nowy program na rzecz konsumentów. Poprawa odporności konsumentów na potrzeby trwałej odbudowy” z 13.11.2020 r. (dalej: Komunikat)³². Program zawiera długoterminowy plan działań na rzecz ochrony konsumentów

³⁰ E.J. Johnson, S. Bellman, G.L. Lohse, Defaults, Framing and Privacy: Why Opting In-Opting Out, Marketing Letters 2002, No. 13, gsb.columbia.edu/mygsb/faculty/research/pubfiles/1173/defaults_framing_and_privacy.pdf (dostęp: 18.3.2022 r.).

³¹ General insurance add-ons: Provisional findings of the market study and proposed remedies, Financial Conduct Authority, fca.org.uk/publication/marketstudies/ms14-01.pdf (dostęp: 18.3.2022 r.).

³² Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.11.2020 r. „Nowy program na rzecz konsumentów. Poprawa odporności konsumentów na potrzeby trwałej odbudo-

obejmujący lata 2020–2025. Na wstępie dokumentu wskazano na inicjatywy służące przezwyciężeniu aktualnych i przyszłych negatywnych skutków trwającej pandemii COVID-19. W dalszej kolejności sformułowano zaś pięć kluczowych obszarów priorytetowych, którymi w najbliższych latach zajmie się Komisja Europejska, a mianowicie: transformacja ekologiczna; transformacja cyfrowa; skuteczne egzekwowanie prawa i możliwość dochodzenia roszczeń; podatność konsumentów na zagrożenia; ochrona konsumentów w kontekście globalnym. W obszarze transformacji cyfrowej poruszono problematykę wpływu *dark patterns* na pozycję prawną konsumentów. Wskazano bowiem, że „należy przeciwdziałać praktykom handlowym naruszającym prawo konsumentów do podejmowania świadomych decyzji, wykorzystującym popełniane przez nich błędy poznawcze lub zniekształcającym ich procesy podejmowania decyzji. Wspomniane praktyki obejmują stosowanie *dark patterns*, określonego rodzaju praktyk personalizacji często bazujących na profilowaniu, ukrytej reklamie, oszustwie, nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacjach i zmanipulowanych recenzjach konsumentów”. W Komunikacie wskazano, że należy opracować dodatkowe wytyczne w przedmiocie możliwości korzystania z instrumentów prawa ochrony konsumentów takich jak dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych (dalej: dyrektywa 2005/29/WE)³³ i dyrektywa w sprawie praw konsumentów (dalej: dyrektywa 2011/83/UE)³⁴ w odniesieniu do tego rodzaju praktyk. Podkreślono również, że konsumenci dokonujący zakupów przez Internet powinni być objęci poziomem ochrony i uczciwości porównywalnym z poziomem ochrony i uczciwości, z jakiego korzystają, dokonując zakupów za pośrednictwem tradycyjnych kanałów sprzedaży. W Komunikacie sformułowano także definicję terminu *dark patterns*, stwierdzając, że jest to „projektowanie interfejsu użytkownika w taki sposób, by ułatwić manipulowanie konsumentami”³⁵.

Dnia 29.12.2022 r. weszły w życie Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec

wy”, COM(2020) 696 final, eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696&from=PL (dostęp: 5.12.2021 r.).

³³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/29/WE z 11.5.2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE oraz rozporządzenie (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2006/2004 (Dz.Urz. UE L z 2005 r. Nr 149, s. 22).

³⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L z 2011 r. Nr 304, s. 64 ze zm.).

³⁵ Komunikat Komisji, s. 13.

konsumentów na rynku wewnętrznym³⁶ (dalej: Wytyczne). Akt ten stanowi odpowiedź na wskazany w Komunikacie postulat opracowania dodatkowych wytycznych w zakresie możliwości korzystania z narzędzi ochrony konsumentów w kontekście stosowanych wobec nich praktyk typu *dark patterns*. Celem Wytycznych jest ułatwienie odpowiedniego stosowania dyrektywy 2005/29/WE stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym. Powyższa dyrektywa jest nadrzędnym aktem prawa unijnego stanowiącym o nieuczciwych praktykach handlowych wykorzystywanych przez przedsiębiorstwa względem konsumentów. W Wytycznych w części poświęconej sektorowi cyfrowemu przeznaczono odrębny podrozdział³⁷ dotyczący praktyk opartych na danych i praktyk typu *dark patterns*. Autorzy Wytycznych dostrzegli, że dane na temat konsumentów generowane, gromadzone i kontrolowane przez przedsiębiorców za pomocą algorytmów i sztucznej inteligencji dostarczają wielu cennych informacji na temat ich cech społeczno-demograficznych, takich jak wiek, płeć, sytuacja finansowa oraz cech osobistych bądź psychologicznych, takich jak zainteresowania, preferencje, profil psychologiczny czy nastrój. To właśnie personalizację opartą na danych zidentyfikowano jako potencjalne zagrożenie dla autonomii konsumenta w relacjach między przedsiębiorcami i konsumentami. W Wytycznych wyszczególniono kryteria decydujące o tym, że praktyki z założenia mające służyć zwiększeniu efektywności marketingu, stają się zachowaniami manipulacyjnymi. Przede wszystkim podkreślono, że przedsiębiorcy korzystając z ogromnej wiedzy bazującej na danych zagregowanych (przetworzonych) w przedmiocie zachowań i preferencji konsumenckich, np. przez łączenie danych z różnorodnych źródeł, mogą tworzyć spersonalizowane praktyki przekonywania. Wskazano również na szerokie możliwości aktualizacji ich skuteczności przez stałe testowanie wpływu stosowanych praktyk na konsumentów. Dostrzeżono, że szkodliwy wpływ tego typu praktyk wzmacnia fakt, iż mechanizmy te mogą przebiegać przy braku wiedzy konsumenta. Wymienione czynniki oraz brak ich przejrzystości zakwalifikowano jako kryteria potęgujące ryzyko manipulacji, a zatem zachowań zabronionych na podstawie prawa ochrony konsumentów jako nieuczciwe praktyki. Jakakolwiek praktyka wykorzystywana w relacjach przedsiębiorca – konsument, która istotnie zniekształca (lub może zniekształcić) zachowanie gospodarcze przeciętnego konsumenta lub konsumenta podatnego na zagrożenia³⁸, może stanowić naruszenie standardów sta-

³⁶ Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym (Dz.Urz. UE C z 2021 r. Nr 526, s. 1).

³⁷ *Ibidem*, s. 99 i n.

³⁸ Dokonanie oceny nieuczciwej praktyki handlowej związane jest z uczynieniem odniesienia do wzorca „przeciętnego konsumenta”. Prawodawca unijny odnosi się do pojęcia „przeciętnego konsumenta” w trzech wymiarach:

ranności zawodowej przedsiębiorcy (art. 5 dyrektywy 2005/29/WE)³⁹, może wypełniać definicję praktyki wprowadzającej w błąd (art. 6–7)⁴⁰ bądź praktyki agresywnej (art. 8–9)⁴¹.

W Wytycznych praktyki *dark patterns* zakwalifikowane zostały jako kategoria praktyk o charakterze manipulacyjnym. Ich istotę określono jako „nakłanianie w złej wierze, które jest zasadniczo włączone do projektowania cyfrowego interfejsów”⁴². Personalizacja tych praktyk może dokonywać się w sposób indywidualny – w oparciu o konkretne dane, ale ich wdrożenie może również przebiegać w sposób bardziej uniwersalny poprzez posłużenie się heurystykami i błędami poznawczymi, jak chociażby efekt opcji domyślnej⁴³ czy wzmożone zainteresowanie z uwagi na limitowaną dostępność produk-

- 1) „przeciętny konsument”, który jest dostatecznie dobrze poinformowany i dostatecznie uważny i ostrożny z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych i językowych (art. 5 ust. 2 lit. b dyrektywy 2005/29/WE);
- 2) „przeciętny” członek grupy konsumentów, o ile praktyka jest skierowana do oznaczonej grupy konsumentów (art. 5 ust. 2 lit. b dyrektywy 2005/29/WE);
- 3) „przeciętny” członek grupy konsumentów szczególnie podatnej na praktykę lub produkt ze względu na m.in. niepełnosprawność fizyczną lub umysłową, wiek lub łatwowierność (art. 5 ust. 3 dyrektywy 2005/29/WE).

³⁹ Art. 2 lit. h dyrektywy 2005/29/WE: „Staranność zawodowa” oznacza standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i/lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności.

⁴⁰ Na podstawie art. 6 ust. 1 dyrektywy 2005/29/WE wprowadzającymi w błąd będą te praktyki, które zawierają fałszywe informacje, tj. niezgodne z prawdą lub w jakikolwiek sposób łącznie ze wszystkimi okolicznościami jej prezentacji, wprowadzają lub mogą wprowadzić przeciętnego konsumenta w błąd, nawet jeśli informacje są zgodne z rzeczywistością, i w każdym wypadku powodują lub mogą powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął.

Na podstawie art. 7 ust. 1 dyrektywy 2005/29/WE praktyką wprowadzającą w błąd przez zaniechanie jest praktyka, która pomija istotne informacje niezbędne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia świadomej decyzji w przedmiocie transakcji i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął. Wprowadzenie w błąd realizuje się poprzez pominięcie informacji istotnych, tj. posiadających zasadnicze znaczenie przy podejmowaniu przez konsumenta decyzji gospodarczej.

⁴¹ Artykuł 8 dyrektywy 2005/29/WE: Praktykę handlową uznaje się za agresywną, jeżeli w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności, poprzez nękanie, przymus, w tym z użyciem siły fizycznej, lub bezprawny nacisk, w znaczny sposób ogranicza ona lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu i tym samym powoduje lub może spowodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął.

Artykuł 9 stanowi uzupełnienie ww. przepisu poprzez określenie istotnych elementów, które należy wziąć pod uwagę przy ocenie praktyki agresywnej, m.in.: czas, miejsce, rodzaj i uporczywość; użycie gróźb lub obraźliwych sformułowań bądź sposobów zachowania.

⁴² Wytyczne, s. 101.

⁴³ Efekt opcji domyślnej dotyczy tendencji osób do trwania przy domyślnych ustawieniach wyboru z uwagi na brak podejmowania działania.

tu – *scarcity bias*⁴⁴. Pomimo braku wskazania wprost w dyrektywie 2005/29/WE terminu *dark patterns*, omawiane wytyczne dopuszczają posłużenie się narzędziami prawnymi przewidzianymi w dyrektywie (obok innych instrumentów w ramach prawa UE, jak np. ogólne rozporządzenie o ochronie danych, tzw. RODO⁴⁵). Dyrektywa 2005/29/WE odnosi się bowiem do każdej „nieuczciwej praktyki handlowej”, która spełnia jej normatywne przesłanki⁴⁶. Podobnie jak to uczyniono w części poświęconej praktykom opartym na danych, tak również w odniesieniu do praktyk typu *dark patterns*, wskazano, że w określonych okolicznościach praktyki te mogą być kwalifikowane jako naruszenie wymogu staranności zawodowej przedsiębiorcy (art. 5 dyrektywy 2005/29/WE), jako praktyka wprowadzająca w błąd (art. 6–7) lub praktyka agresywna (art. 8–9). Co istotne w Wytycznych wskazano, że dla klasyfikacji danej praktyki jako praktyki *dark patterns* nie jest wymagane istnienie po stronie przedsiębiorcy zamiaru stosowania takiej praktyki jako manipulacyjnej. To zaś wynika z faktu, że mająca swe źródło w art. 5 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych norma staranności zawodowej oznacza ogólną regułę, zgodnie z którą przedsiębiorcy powinni podjąć właściwe kroki celem zagwarantowania, aby projekt ich interfejsu nie prowadził do zniekształcenia decyzji transakcyjnych konsumentów.

W Wytycznych zaprezentowano również konkretne przykłady praktyk typu *dark patterns*, które mogą być zakwalifikowane jako nieuczciwe praktyki handlowe. Wskazano m.in. na działanie polegające na zasłanianiu istotnych informacji czy też uporządkowaniu ich w taki sposób, by uwydatnić konkretną (pożądaną z punktu widzenia przedsiębiorcy) opcję. Inny przykład to zadawanie podchwytliwych pytań i używanie dwuznacznego języka (np. podwójnych zaprzeczeń) celem zmylenia konsumenta. Takie praktyki mogą być sklasyfikowane jako działanie wprowadzające w błąd w myśl art. 6 dyrektywy 2005/29/WE lub też jako zaniechanie wprowadzające w błąd zgodnie z art. 7 tejże dyrektywy. Ponadto wskazano, że jako przykład agresywnej praktyki w znaczeniu art. 8 dyrektywy 2005/29/WE, może być traktowane posługiwanie się emocjami konsumentów, poprzez wywieranie bezprawnego nacisku w zamiarze zaburzenia procesu decyzyjnego konsumenta (np. powodowanie

⁴⁴ Termin *scarcity bias* dotyczy tendencji osób do przyporządkowania większej wartości rzeczom, które są rzadkie, limitowane.

⁴⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.4.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L z 2016 r. Nr 119, s. 1 ze zm.).

⁴⁶ Zob. art. 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29/WE stanowi, że praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeśli „jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej i w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów”.

u konsumenta poczucia winy). W Wytycznych poruszono także ważną kwestię domyślnych ustawień interfejsu. Wskazano bowiem, że mają one niebagatelny wpływ na decyzje przeciętnego konsumenta. Za ich pomocą przedsiębiorcy mogą nie tylko oddziaływać na konsumentów, ale nawet podejmować za nich konkretne działania, np. przez z góry zaznaczone pola wyboru, w tym w zamiarze pobrania opłaty za dodatkowe usługi, co jest zakazane na podstawie art. 22 dyrektywy 2011/83/UE (jednocześnie mogą stanowić naruszenie dyrektywy 2005/29/WE oraz przepisy dotyczące ochrony danych osobowych i prywatności – mowa tu w szczególności o przepisach RODO i projektu tzw. rozporządzenia *ePrivacy*⁴⁷).

Wytyczne mianem praktyk typu *dark patterns* obejmują również czynności, które zostały już jednoznacznie zakazane w załączniku I do dyrektywy 2005/29/WE w każdych okolicznościach. Są to m.in. tzw. praktyki „przynęty i zamiany”, które dotyczą oferowania produktów po oznaczonej cenie bez podania uzasadnionych powodów niemożności dostarczenia produktu lub oferowania produktu, a następnie odmowę przyjęcia zamówienia bądź dostarczenia go we właściwym terminie z zamiarem zaofiarowania w zamian innego produktu (Nr 5 i 6 załącznika I). Wskazano również na praktykę polegającą na kreowaniu pilnej potrzeby poprzez nieprawdziwe twierdzenie, że produkt będzie dostępny jedynie przez oznaczony czas lub na określonych warunkach przez wyłącznie oznaczony czas (Nr 7 załącznika I). W praktyce odnosi się to do fałszywych liczników czasu i informacji o limitowanej ilości towaru na stronach internetowych. Jako zakazane *dark patterns* na mocy postanowień załącznika I określono również podawanie nieprecyzyjnych informacji o warunkach rynkowych lub opcjach znalezienia produktu w celu nakłonienia konsumenta do dokonania zakupu na mniej korzystnych warunkach (Nr 18 załącznika I). Wskazano również na to, że charakter praktyk typu *dark patterns* mają zachowania polegające na tworzeniu komunikatów, iż konsument zdobył nagrodę, a następnie brak przyznania rzekomej nagrody bądź jej ekwiwalentu (Nr 19 i 31 załącznika I) lub też nieprawdziwy opis produktu jako darmowego (Nr 20 załącznika I). Jako oczywistą praktykę *dark patterns*, oznaczającą jednocześnie uporczywe i niechciane namawianie (Nr 26 załącznika I), określono również powtarzające się wtrącenia podczas zwykłych interakcji w zamiarze nakłonienia konsumenta do zrobienia bądź zaakceptowania czegoś, czyli nagabywanie. Ponadto wskazano, że definicję praktyk typu *dark patterns* wypełniają liczne praktyki zabronione na gruncie art. 6 i 7 dyrektywy 2005/29/WE, jako wprowadzające w błąd (np. rzekomo bezpłatne okresy próbne i pułapki subskrypcyjne). W tym kontekście zwrócono uwagę, że projektowanie interfejsu

⁴⁷ Wniosek: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej i uchylające dyrektywę 2002/58/WE (rozporządzenie w sprawie prywatności i łączności elektronicznej), COM(2017) 010 final.

powinno uwzględniać standard, zgodnie z którym anulowanie subskrypcji powinno być równie proste, co jej rozpoczęcie (np. z zastosowaniem tych samych metod, które były uprzednio używane do rozpoczęcia subskrypcji bądź też innych metod, przy założeniu, że konsumentom prezentowany jest wyraźny i wolny wybór, proporcjonalny i odpowiedni dla decyzji, które mają podjąć).

Jak już wcześniej wspomniano, w Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.11.2020 r. wskazano, że konieczne jest opracowanie dodatkowych wytycznych dotyczących możliwości wykorzystywania przez konsumentów narzędzi służących ich ochronie, takich jak dyrektywa 2005/29/WE czy dyrektywa 2011/83/UE. Dotychczas takie wytyczne pojawiły się w odniesieniu do dyrektywy 2005/29/WE. Należy je ocenić zdecydowanie pozytywnie, bowiem dostrzeżono w nich wyzwania dotyczące aktualnie stosowanych w środowisku cyfrowym narzędzi, które często stanowią istotne zagrożenie dla praw konsumenta, w tym ryzyko związane ze stosowaniem praktyk typu *dark patterns*. Dyrektywa 2005/29/WE jest narzędziem regulującym praktyki biznesowe wpływające na interesy konsumenta na etapie reklamy, sprzedaży i wykonania umowy. Wytyczne wskazują, że praktyki typu *dark patterns* objęte są zakresem działania tejże dyrektywy, wyjaśniając w jaki sposób odpowiednie przepisy dyrektywy mogą być stosowane do praktyk handlowych opartych na mechanizmach *dark patterns*. W Wytycznych wyraźnie wskazano, że dyrektywa 2005/29/WE może służyć jako narzędzie kwestionowania uczciwości tego typu praktyk obok innych instrumentów, takich jak chociażby RODO. Podkreślić należy, że w prawie UE możemy znaleźć wiele innych potencjalnych instrumentów ochrony konsumentów przed negatywnymi konsekwencjami posługiwania się przez przedsiębiorców praktykami typu *dark patterns*. W Komunikacie wskazano na dyrektywę 2011/83/UE, która może stanowić istotne narzędzie ochrony praw konsumenta w kontekście praktyk typu *dark patterns* z uwagi na to, że nakłada na przedsiębiorców szereg obowiązków informacyjnych przed zawarciem umowy, co przekłada się bezpośrednio również na wymogi z zakresu projektowania interfejsów⁴⁸. W wytycznych dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych wskazano, że potencjalne narzędzie ochrony mogłoby stanowić również tzw. rozporządzenie *ePrivacy*, które jest jeszcze w trakcie procedury legislacyjnej⁴⁹. Zauważyć należy, że możliwych narzędzi ochrony konsumenten-

⁴⁸ W art. 8 ust. 1 dyrektywy 2011/83/UE przewidziano, że „w odniesieniu do umów zawieranych na odległość informacje muszą być przekazane „w sposób odpowiadający wykorzystywanym środkom porozumiewania się na odległość, w prostym i zrozumiałym języku”. To kryterium zostało zaczerpnięte z dyrektywy 93/13/EWG z 5.4.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich i wymaga, by konsumenci byli w stanie zrozumieć treść i skutki zawieranej umowy. Projektując interfejs przedsiębiorca może naruszyć wymóg przejrzystości poprzez np. ukrycie niektórych istotnych informacji i skierowanie uwagi konsumenta na inne elementy.

⁴⁹ Projekt rozporządzenia o e-prywatności powstał jeszcze w 2017 r. Na etapie projektowania tego aktu zakładano, że regulacje w nim zawarte wejdą w życie wraz z ogólnym rozporządze-

tów w zakresie praktyk typu *dark patterns* może dostarczyć również dyrektywa w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich⁵⁰ (dalej: dyrektywa 93/13/EWG), która odnosi się do praktyk handlowych bezpośrednio związanych z wywieraniem wpływu na decyzje transakcyjne konsumentów. Dyrektywa 93/13/EWG w art. 5 ustanawia tzw. test przejrzystości wymagający, aby warunki nieuzgodnione indywidualnie z konsumentem były wyrażone „prostym i zrozumiałym językiem”⁵¹. Kwestia stosowania praktyk typu *dark patterns* stanowiła również przedmiot dyskusji legislacyjnych dotyczących tzw. aktu o rynkach cyfrowych (DMA)⁵² oraz aktu o usługach cyfrowych (DSA)⁵³. Parlament Europejski i Rada postanowiły zaakcentować tę kwestię w kontekście środków przeciwdziałających obchodzeniu obowiązków tzw. strażników dostępu (ang. *gatekeepers*), zawartych w art. 5 i 6 DMA. Podkreślenia wymaga, że przepisy te nie ustanawiają ogólnego i wyrażonego wprost zakazu stosowania *dark patterns*, lecz można go wyinterpretować z norm ustanawiających obowiązki strażników dostępu. Akt o usługach cyfrowych (DSA) odnosi się do problematyki *dark patterns* w zakresie usług pośrednich. Na dostawców platform internetowych oraz na dostawców bardzo dużych platform internetowych w zakresie systemów rekomendujących, nałożono obowiązek powstrzymania się od naruszania autonomii odbiorcy usługi w podejmowaniu przez niego decyzji poprzez budowanie interfejsów w oparciu o jasną i jednoznaczną treść, strukturę i sposób działania⁵⁴.

4. Praktyki typu *dark patterns* a autonomia woli konsumentów

Przedstawiona w poprzednim rozdziale, ogólna analiza regulacji unijnych odnoszących się do ochrony praw konsumentów, prowadzi do wniosku,

niem o ochronie danych tzw. RODO, tj. w 2018 r. Z uwagi na zastój negocjacyjny pomiędzy państwami członkowskimi, prace nad wejściem w życie tego aktu jeszcze trwają. Ostateczny tekst rozporządzenia ma być wynegocjowany w ramach rozmów pomiędzy Radą UE a Parlamentem Europejskim. Projekt zakłada, że rozporządzenie wejdzie w życie 20 dni po publikacji w Dzienniku Urzędowym UE i zacznie obowiązywać 2 lata później. Rozporządzenie uchyli obowiązującą dyrektywę 2002/58 (stan na 18.3.2022 r.).

⁵⁰ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5.4.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. UE L z 1993 r. Nr 95, s. 29 ze zm.).

⁵¹ W Wytycznych dotyczących wykładni i stosowania dyrektywy Rady w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. UE C z 2019 r. Nr 323, s. 4) wskazano, że przy ocenie zgodności postanowień umownych z wymogiem przejrzystości, należy wziąć po uwagę „sposób prezentacji warunków umowy”, włącznie z takim aspektem jak „przejrzystość prezentacji wizualnej, w tym rozmiar czcionki” oraz „fakt, czy struktura umowy jest logiczna oraz czy ważne warunki należycie wyeksponowano, a nie ukryto pośród innych postanowień” (s. 22).

⁵² Wniosek – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych), COM(2020) 842 final.

⁵³ Wniosek – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniające dyrektywę 2000/31/WE, COM(2020) 825 final.

⁵⁴ Odpowiednio art. 24 pkt b i art. 29 DSA.

że ustawodawca unijny dostrzega niebezpieczeństwo wynikające z wykorzystywania praktyk typu *dark patterns*. Potwierdza to również jednoznaczne zdefiniowanie tych mechanizmów na gruncie unijnym jako manipulacyjnych i nieuczciwych. To zaś prowadzi do konkluzji, że praktyki te w sposób istotny wpływają na pozycję prawną konsumenta, zagrażając jego autonomii (lub ją naruszając). Polskie, ale i szerzej europejskie ustawodawstwo, stoi na stanowisku, że pozycja konsumenta w relacji z przedsiębiorcą musi podlegać szczególnej ochronie prawnej. Idea ta opiera się na założeniu, że konsument jest słabszą stroną takiego stosunku prawnego. Praktyki kwalifikowane jako *dark patterns* w każdym wypadku prowadzą do manipulacji odbiorcą, w związku z czym bezsprzecznie mają nieuczciwy charakter i pogłębiają dysproporcję pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą w stosunkach prawnych powstających w ramach świadczenia usług cyfrowych.

Przedstawiona charakterystyka *dark patterns* związana np. z manipulowaniem kolorami, nieintuicyjnym rozmieszczeniem przycisków, sposobami wyświetlania komunikatów, w oczywisty sposób uderza w prywatność jednostek. Często bowiem praktyki takie dotyczą chociażby kwestii akceptacji tzw. polityk prywatności. Jakkolwiek istotne jest to zagadnienie, nie jest ono przedmiotem niniejszego opracowania. Podstawowym aktem prawnym na szczeblu UE mającym służyć ochronie prywatności osób fizycznych jest ogólne rozporządzenie o ochronie danych, tzw. RODO. Jest to jednak administracyjnoprawna regulacja ochrony danych osobowych osób fizycznych, zawierająca również narzędzia cywilnoprawne, jak prawo do odszkodowania za poniesioną szkodę (art. 82 RODO). Niemniej, szkodliwość praktyk typu *dark patterns* nie zawsze tkwi w niewłaściwym przetwarzaniu danych.

Dark patterns uderzają przede wszystkim w autonomię szczególnej kategorii podmiotu prawa cywilnego, jakim jest konsument. Należy zwrócić uwagę, jakich określeń używa się w definiowaniu tego typu zabiegów. Wskazuje się wprost na takie cechy jak np. manipulacja, wprowadzanie w błąd, oszustwo. Nie budzi wątpliwości fakt, że ich funkcjonowanie w obrocie cyfrowym, w którym uczestniczą konsumenci, prowadzi do pozbawienia ich autonomii (lub co najmniej jej osłabienia). W ewidentny sposób uderzają one w proces podejmowania decyzji i dokonania ostatecznego wyboru. Wynika to z faktu, że w wielu przypadkach stosowania *dark patterns* istotne z punktu widzenia konsumenta informacje są ukryte bądź przekazane w taki sposób, iż skłania go to do podjęcia określonej decyzji, której prawdopodobnie nie podjąłby, gdyby nie wykorzystana wobec niego manipulacja. Oczywiście każdy przypadek winien podlegać indywidualnej ocenie, niemniej jednak należy zwrócić uwagę na to, że praktyki *dark patterns* różnią się od tradycyjnych strategii marketingowych z uwagi na wpływ, jaki wywierają na decyzje użytkowników. Ich zasadniczym celem jest sprawienie, by konsument zupełnie zlekceważył swoje wła-

sne preferencje. Mechanizmy te są zaprojektowane jako manipulacja, nie jako perswazja, która ma na celu przekonywanie do zmiany zdania na jakiś temat⁵⁵. Jest to szczególnie widoczne na podawanym już przykładzie dołączenia ubezpieczenia turystycznego do biletu przy jego zakupie. Konsumentowi nie jest wówczas przedstawiana oferta danego produktu ubezpieczeniowego, nie jest on też przekonywany o jego atrakcyjności. Zamiast tego, przedsiębiorca arbitralnie podejmuje decyzję za konsumenta, dodając przy zakupie biletu usługę ubezpieczeniową. Podkreśla się, że przedsiębiorcy świadczący usługi cyfrowe czynią aktualne strategie marketingowe bardziej skutecznymi niż tradycyjne z uwagi na skalę i narzędzia, jakimi dysponują – mogą poznać i zoptymalizować techniki manipulacyjne pod kątem poszczególnych odbiorców, zwiększając w ten sposób ich średni efekt w całej populacji⁵⁶.

Dla potwierdzenia tezy o manipulacyjnym wpływie praktyk *dark patterns* na proces podejmowania decyzji przez użytkowników, można posłużyć się teorią podwójnego procesu *A. Tversky'ego* i *D. Kahnemana*⁵⁷. Ich badania wskazują, że ludzie mają dwa sposoby myślenia: myślenie w systemie 1. i myślenie w systemie 2. Myślenie w systemie 1. jest szybkie i intuicyjne. Przebiega w ramach automatycznego, nieświadomego procesu. Myślenie w systemie 2. jest bardziej świadome i refleksyjne, z zaangażowaniem kontroli i logiki. Badacze wskazują, że *dark patterns* aktywują system 1. ludzkiego mózgu, skłaniając użytkowników do podejmowania impulsywnych decyzji, które realizują interesy przedsiębiorców⁵⁸.

Na decyzje konsumentów wpływa sposób, w jaki informacje są im przedstawiane. Cechy interfejsu użytkownika, takie jak język, w którym prezentowane są informacje, rodzaj, rozmiar i kolor czcionki wyświetlanych treści, mają oczywisty wpływ na decyzje użytkowników. Architektura interfejsu może stanowić środek do wykorzystania słabości poznawczych użytkowników. Projektowanie interfejsów przez przedsiębiorców oparte jest na przenikliwym zrozumieniu zachowań użytkowników, ich błędach poznawczych oraz ograniczeniu uwagi podczas podejmowania decyzji. W związku z tym interfejs, który poprzez swoją strukturę, funkcję lub sposób działania wpływa na decyzyjność konsumenta, podważa lub nawet narusza jego autonomię. Biorąc pod uwagę rangę autonomii woli podmiotów prawa cywilnego w aktualnym

⁵⁵ Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, Stigler Committee, research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en (dostęp: 18.3.2022 r.); *J. Luguri, L. Strahilevitz*, Shining a light on Dark Patterns, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law and Economics Research Paper 2019, No. 879, s. 44 i n. papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3431205 (dostęp: 18.3.2022 r.).

⁵⁶ *R. Calo*, Digital market manipulation, *The George Washington Law Review* 2013, No. 82, digitalcommons.law.uw.edu/faculty-articles/25/ (dostęp: 18.3.2022 r.).

⁵⁷ *A. Tversky, D. Kahneman*, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science* 1974, No. 185.

⁵⁸ *J. Luguri, L. Strahilevitz*, Shining a light on Dark Patterns, s. 52.

ustawodawstwie, nie można przejść obok tego problemu obojętnie. Jak już wspomniano w części pracy poświęconej przedstawieniu rysu historycznego pojęcia autonomii woli – obecnie przypisywany jest jej charakter zasady prawa cywilnego. Zasady prawa są to normy charakteryzujące się ogromną doniosłością aksjologiczną, funkcjonalną i hierarchiczną⁵⁹. Ich moc prawna ma wyjątkowy charakter, bowiem odnoszą się do fundamentów danego systemu prawa, nadają kierunek stanowienia prawa oraz jego stosowania i interpretacji. Wyrażają podstawowe dla całego systemu prawnego wartości. Tak kluczowe znaczenie w prawie cywilnym ma właśnie zasada autonomii woli podmiotów tego prawa. Jednocześnie wskazuje się, że zasada ta jest cechą konstytutywną cywilnoprawnej metody regulacji stosunku cywilnoprawnego – obok równorzędności jego podmiotów. W związku z tym uzasadnione jest twierdzenie, że stosowanie opisanych wyżej praktyk manipulacyjnych wobec konsumentów stanowi naruszenie ich podstawowych praw.

W tym miejscu pojawia się jednak pytanie, czy uznanie naruszenia zasady autonomii woli uzależnione jest od stwierdzenia, że w wyniku zastosowania w danym przypadku wobec konsumenta praktyki manipulacyjnej, doszło do dokonania czynności prawnej (skutkowałoby to bowiem aktualizacją chociażby przepisów KC stanowiących o wadach oświadczenia woli). Jak już zostało wskazane, nie ma jednoznacznego stanowiska co do kwestii, czy autonomia woli podmiotów prawa może realizować się wyłącznie w ramach czynności prawnych. Niemniej jednak należy zauważyć, że nawet gdyby przyjąć stanowisko dominujące, którego przedstawiciele opowiadają się za rozwiązaniem, w myśl którego autonomia woli może urzeczywistniać się tylko poprzez czynność prawną, konsument poddany wskazanym metodom *dark patterns*, wpadając na danym etapie eksploracji strony internetowej lub aplikacji w ich pułapkę, może znajdować się potencjalnie w przedpolu czynności prawnej. Nawet jeśli jej ostatecznie nie dokona (np. nie zakupi towaru oferowanego do sprzedaży), wskazane techniki manipulacyjne mogły już wpłynąć na jego proces myślowy zakończony określoną decyzją transakcyjną. Można oczywiście toczyć dysputy o to, czy możliwe jest, aby wola człowieka, była w pełni autonomiczna, bowiem każdy osadzony jest w pewnej subiektywnej, kontekstowej rzeczywistości, doświadczeniu i postrzeganiu, co z pewnością wpływa na treść jego woli. Należy jednak jednoznacznie opowiedzieć się za tym, że stosowanie wobec drugiego podmiotu celowej manipulacji, wpływanie na jego proces decyzyjny w sposób nieuczciwy, wprowadzający w błąd, jest bezsprzecznie niezgodne z prawem i zasadami współżycia społecznego. Uderza to w sam rdzeń stosunków cywilnoprawnych, gdzie podmioty są sobie równe i mają swobodę w podejmowaniu decyzji o związaniu się stosunkiem prawnym z innym podmiotem, o jego treści i warunkach.

⁵⁹ L. Leszczyński, G. Maroń, Pojęcie i treść zasad prawa oraz generalnych klauzul odsyłających. Uwagi porównawcze, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska* 2013, sekcja G, s. 81.

Wnioski

Mając na względzie uwagi poczynione w poprzednich rozdziałach należy stwierdzić, że koniecznym jest, aby prawo dostrzegało i reagowało na nowo powstające cyfrowe narzędzia manipulacji uderzające w podejmowanie przez konsumentów świadomych decyzji i prowadzące do wywołania u nich błędów poznawczych. Nieodzowne w związku z tym jest dokonanie testu wydajności w tym zakresie aktualnych narzędzi, w które wyposażeni są konsumenci oraz – w razie potrzeby – ewentualne ich modyfikacje lub stworzenie nowych rozwiązań. Celem niniejszego rozdziału nie jest jednak sformułowanie szczegółowych postulatów *de lege ferenda* proponujących konkretne narzędzia reakcji na opisane wyżej zjawiska, lecz zwrócenie uwagi na fundamentalne dla prywatnoprawnych relacji znaczenie tych z pozoru drobnych i nieistotnych elementów interfejsu strony internetowej lub aplikacji, z którymi każdy tzw. e-konsument spotyka się każdego dnia. Jak już zostało wykazane, prawodawca unijny próbuje regulować tego typu zjawiska, rozbudowując system ochrony praw konsumenta. Niemniej jednak należy mieć na uwadze okoliczność, że źródłem wyróżnienia obrotu konsumenckiego jest prawo prywatne, które wyposaża podmioty prawa (w tym również konsumentów) w narzędzia o charakterze indywidualnym, chociażby takie jak nieważność czynności prawnych czy też bezskuteczność (ewentualnie nieważność) spowodowana abuzywnością klauzul umownych. Oczywiście ocena tego typu sytuacji obwarowana jest pewnymi trudnościami, bowiem perspektywa autonomiczności podmiotów prawa jest pewnym ideałem – nie zawsze przystającym do realiów życia codziennego, w których decyzje są podejmowane przy ograniczonych informacjach. Trudno jest także postawić wyraźną granicę pomiędzy dopuszczalnym ograniczeniem autonomii (poprzez np. reklamę o perswazyjnym charakterze) od praktyk *dark patterns* silnie uderzających w autonomię jednostki. Niemniej jednak, wydaje się, że przy istniejącej z natury środowiska cyfrowego, asymetrii pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą, uzasadnione jest przekonanie, iż przedsiębiorca winien działać w taki sposób, by starać się przywrócić równorzędność w ramach tego stosunku. Powinien zatem co najmniej unikać praktyk celowo zmierzających do manipulacją drugą (słabszą) stroną stosunku prawnego, którą jest konsument.