

WOJCIECH DYBKA*

NEGATYWNE PRZESŁANKI ZASTOSOWANIA UNIJNYCH DYREKTYW 2019/770 ORAZ 2011/83 DOTYCZĄCE ZAWARCIA UMOWY I CELÓW PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH

I. WPROWADZENIE

Potraktowanie możliwości przetwarzania danych osobowych dotyczących konsumenta jako ekwiwalentu zapłaty ceny uznano w doktrynie za jedno z kluczowych osiągnięć legislacyjnych w ramach strategii jednolitego rynku cyfrowego Unii Europejskiej¹. Prawodawca unijny zagwarantował konsumentom „płacącym” danymi osobowymi ochronę prawną na wypadek niedostarczenia lub niezgodności z umową treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, przewidzianą w przepisach dyrektywy 2019/770 w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (dalej: dyrektywa 2019/770)². Na przedsiębiorców

* Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktorantem w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych UJ; ORCID: 0000-0001-5699-7100.

¹ M. Loos: *European harmonisation of online and distance selling of goods and the supply of digital content*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper 2016, nr 27, <https://ssrn.com/abstract=2789398> (dostęp: 3 marca 2023 r.), s. 14. Zob. też Komunikat Komisji Europejskiej, Strategia jednolitego rynku cyfrowego dla Europy, COM(2015) 192 final, 6 maja 2015 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=pl> (dostęp: 3 marca 2023 r.).

² Zob. art. 3 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz. Urz. UE L 136 z 2019 r., s. 1–27). Użyte w zdaniu pojęcia „treści cyfrowe” oraz „usługi cyfrowe” używane są w niniejszym opracowaniu w znaczeniu nadanym im w art. 2 pkt 1–2 dyrektywy 2019/770, które stanowią, że treści cyfrowe to: „dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej”, a usługa cyfrowa to: „usługa pozwalająca konsumentowi na wytwarzanie, przetwarzanie i przechowywanie danych lub dostęp do nich w postaci cyfrowej, lub b) usługa pozwalająca na wspólne korzystanie z danych w postaci cyfrowej, które zostały przesłane lub wytworzone przez konsumenta lub innych użytkowników tej usługi, lub inne formy interakcji przy pomocy takich danych”.

zawierających takie umowy nałożone zostały też między innymi obowiązki informacyjne przewidziane w przepisach dyrektywy 2011/83 w sprawie praw konsumentów³.

W doktrynie obszernie rozważano naturę zobowiązania do „dostarczania” danych osobowych oraz zakres ograniczeń ochrony prawnej przedsiębiorcy będącego wierzycielem takiego zobowiązania⁴. Istotne problemy badawcze wynikają również z przepisów wskazujących okoliczności, w których zapewnienie możliwości przetwarzania danych osobowych dotyczących konsumenta nie jest uznawane za równoważne z zapłatą ceny, a przez to nie prowadzi do objęcia konsumenta ochroną prawną przewidzianą w powołanych dyrektywach. Ich analiza wymaga rozważenia ogólniejszych kwestii dotyczących wspomnianych umów, a w szczególności: 1) odróżnienia faktycznego udostępnienia przez przedsiębiorcę treści cyfrowych w Internecie od skierowania *ad incertam personam* oferty zawarcia umowy o ich dostarczanie (a z perspektywy konsumenta — odróżnienia skorzystania z treści cyfrowych, faktycznie udostępnionych nieograniczonemu kręgowi internautów, od zawarcia umowy z przedsiębiorcą); 2) sprecyzowania zakresu świadczenia w postaci dostarczania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, w celu wyodrębnienia przetwarzania danych osobowych zmierzającego do jego spełnienia oraz przetwarzania służącego przedsiębiorcy do osiągnięcia innych celów. Niniejsze opracowanie zmierzać zatem będzie do rozstrzygnięcia problemów związanych z interpretacją przepisów powołanych wyżej dyrektyw, kształtujących negatywne przesłanki ich zastosowania do umów o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej w zamian za zapewnienie przez konsumenta możliwości przetwarzania dotyczących go danych osobowych. Należy przy tym wyjaśnić, że dyrektywa 2019/770 oraz dyrektywa 2011/83 — w zakresie zmian wprowadzonych przez dyrektywę 2019/2161 „Omnibus” — implementowane zostały do prawa polskiego w ustawie

³ Zob. art. 2 pkt 6 oraz art. 3 ust. 1a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów (Dz. Urz. UE L 304 z 2011 r., s. 64–88); dalej: dyrektywa 2011/83 lub dyrektywa o prawach konsumenta, w brzmieniu nadanym im na mocy, odpowiednio, art. 4 pkt 1 lit. c oraz art. 4 pkt 2 lit. b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2161 z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta (Dz. Urz. UE L 328 z 2019 r., s. 7–28); dalej: dyrektywa 2019/2161 „Omnibus”.

⁴ Zob. m.in.: C. Langhanke, M. Schmidt-Kessel: *Consumer Data as Consideration*, Journal of European Consumer and Market Law 2015, nr 6, s. 218–223; F. Zoll: *Personal data as consideration (w:) Digital Content. Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps, Munster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*, eds. R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, Baden-Baden 2017; P. Hacker: *Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2019, nr 2, s. 148–197; A. Metzger: *A Market Model for Personal Data: State of the Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services (w:) Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*, eds. S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden-Baden 2020; M. Pecyna: *Implementacja dyrektywy o umowach o dostarczenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej — wyzwania dla ustawodawcy krajowego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2021, z. 3, s. 607–624; W. Dybka: *Dane osobowe dotyczące konsumenta jako przedmiot świadczenia*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2023, z. 1, s. 95–168.

o prawach konsumenta⁵, mocą ustaw: 1) z dnia 4 listopada 2022 r. o zmianie ustawy o prawach konsumenta, ustawy — Kodeks cywilny oraz ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe⁶ (dyrektywa 2019/770); oraz 2) z dnia 1 grudnia 2022 r. o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz niektórych innych ustaw⁷ (dyrektywa „Omnibus”). Podstawę rozważań zawartych w niniejszym artykule stanowić będą przede wszystkim przepisy oraz motywy do wspomnianych dyrektyw, odnoszące się do zakresu ich zastosowania. Aby ułatwić odniesienie ich do przepisów ustawy o prawach konsumenta, poszczególne normy prawa unijnego każdorazowo będą uzupełniane odwołaniem do transponujących je przepisów krajowych. Zastosowanie takiej techniki wynika z faktu, że tylko część spośród relewantnych dla problematyki artykułu przepisów i motywów wspomnianych dyrektyw została wprost przeniesiona do prawa polskiego, a przez to przedstawienie tej problematyki z perspektywy prawa UE ułatwi zachowanie spójnej struktury niniejszego opracowania, a jednocześnie zobrazowanie zakresu, w jakim analizowane problemy zostały uregulowane w prawie unijnym, a w jakim pozostawione w gestii ustawodawców krajowych.

Dodać przy tym należy, że poniższe rozważania nie odnoszą się do umów, w wykonaniu których konsument zarówno płaci cenę, jak i umożliwia przetwarzanie danych osobowych. Każdorazowo podlegają one przepisom implementującym wspomniane dyrektywy⁸, ponieważ w odniesieniu do nich nie zachodzą wątpliwości, czy skorzystanie z treści cyfrowych udostępnionych przez przedsiębiorcę wiązało się z zawarciem umowy.

II. BRAK ZAWARCIA UMOWY O DOSTARCZANIE TREŚCI CYFROWYCH LUB USŁUGI CYFROWEJ JAKO NEGATYWNA PRZESŁANKA ZASTOSOWANIA DYREKTYW 2019/770 ORAZ 2011/83

Tytuł niniejszego punktu jest, na pierwszy rzut oka, truizmem. Odpowiedzialność przedsiębiorcy za niedostarczenie albo niezgodność z umową treści cyfrowych lub usługi cyfrowej bądź możliwość skorzystania z tak zwanego konsumenckiego odstąpienia od umowy zawartej na odległość ze swej istoty uzależnione są od zawarcia umowy stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego⁹. *De lege lata* nie jest jednak oczywiste, jak należy odróżnić zachowania, które mogłyby

⁵ Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r. poz. 287 ze zm.); dalej: u.p.k.

⁶ Dz. U. poz. 2337.

⁷ Dz. U. poz. 2581.

⁸ Zob. art. 3 ust. 1 pkt 11 u.p.k.

⁹ R. Robert, L. Smit: *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, ERA Forum 2018, nr 19, s. 172; Z. Efroni: *Gaps and opportunities: The rudimentary protection for “data-paying consumers” under new EU consumer protection law*, Weizenbaum Institute for the Networked So-

zostać zakwalifikowane jako złożenie oferty zawarcia umowy o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej oraz jej przyjęcie, od czynności faktycznych, polegających na udostępnieniu treści cyfrowych w Internecie przez jeden podmiot oraz skorzystaniu z nich przez drugi.

Z tym problemem wiąże się istota przesłanki wyłączenia zastosowania dyrektywy 2019/770 opisanej w motywie 25 poprzedzającej ją preambuły. Prawodawca unijny wskazał w nim, że: „Niniejsza dyrektywa nie powinna mieć także zastosowania do sytuacji, w których przedsiębiorca zbiera wyłącznie metadane, takie jak informacje dotyczące urządzenia należącego do konsumenta lub historii przeglądania, z wyjątkiem gdy sytuacja ta jest uznawana za umowę na mocy prawa krajowego. Nie powinna ona również mieć zastosowania do sytuacji, w których konsument, który nie zawarł umowy z przedsiębiorcą, musi obejrzeć reklamy wyłącznie w celu uzyskania dostępu do treści cyfrowych lub usługi cyfrowej. Państwa członkowskie powinny jednak zachować swobodę rozszerzenia stosowania niniejszej dyrektywy na takie sytuacje lub odmiennego uregulowania takich sytuacji, które są wyłączone z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy”. Analogiczną treść ma motyw 35 do dyrektywy 2019/2161 „Omnibus”, zmieniającej dyrektywę 2011/83 między innymi przez rozszerzenie jej zastosowania o umowy o dostarczanie usługi cyfrowej w zamian za możliwość przetwarzania danych osobowych dotyczących konsumenta¹⁰. Już na samym początku należałoby jednak wyjaśnić, że samo zakwalifikowanie opisanych w powołanych motywach sytuacji jako prowadzących do zawarcia umowy nie prowadzi automatycznie do zastosowania przepisów implementujących wspomniane dyrektywy. W tym celu konieczne byłoby również przesądzenie, że przedsiębiorca przetwarza dane osobowe konsumenta w innych celach niż określone w art. 3 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2019/770 oraz art. 3 ust. 1a dyrektywy 2011/83, to jest nie tylko w celu dostarczenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej oraz spełnienia ciężących na nim obowiązków prawnych. Analizie tych przesłanek poświęcona zostanie dalsza część niniejszego opracowania.

Poprzedzając szczegółowe rozważania dotyczące istnienia lub nieistnienia umowy w okolicznościach wskazanych w powołanych wyżej motywach do dyrektywy 2019/770 oraz dyrektywy 2019/2161 „Omnibus”, wyjaśnić należy użyte w nich pojęcie „metadane”¹¹. W naukach informatycznych „metadane” (określane również jako „metainformacje”¹²) definiuje się jako: „informacje pozwalające zidentyfikować infor-

ciety — The German Internet Institute 2020, <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/66845> (dostęp: 27 kwietnia 2023 r.), s. 11.

¹⁰ Zob. art. 3 ust. 1a dyrektywy 2011/83 o prawach konsumenta o treści nadanej mu w art. 4 pkt 2 lit. b dyrektywy 2019/2161 „Omnibus”.

¹¹ Prawodawca unijny ograniczył się w tym kontekście jedynie do wskazania powołanych wyżej przykładów zawartych w treści motywu 25 do dyrektywy 2019/770 oraz motywu 35 do dyrektywy „Omnibus”.

¹² J. Janowski: *Technologia informacyjna dla prawników i administratywistów. Szanse i zagrożenia elektro-nicznego przetwarzania danych w obrocie prawnym i działaniu administracji*, Warszawa 2009, s. 124–125.

macje poszukiwane, wytwarzane i przekazywane”¹³. Podkreśla się również, że w zależności od swojej funkcji wiadomość o tej samej treści może być zarówno informacją, jak i metainformacją¹⁴. Pojęcie metadanych odnosi się zatem do szczególnej relacji, w jakiej desygnaty tego pojęcia pozostają w stosunku do innych danych. W świetle przepisów wspomnianych dyrektyw należałoby zatem wskazać, że informacje o urządzeniu, z którego korzysta konsument — na przykład adres IP — oraz historia przeglądania stron internetowych traktowane są jako te, dzięki którym przedsiębiorca może w przyszłości uzyskać inne, gospodarczo użyteczne informacje (w szczególności o preferencjach i potrzebach zakupowych, zainteresowaniach czy zamieszkiwaniu konsumenta). Zbliżony charakter do przykładowych kategorii danych wymienionych we wskazanych wyżej dyrektywach mają też dane geolokalizacyjne¹⁵. Warto przy tym dodać, że gromadzenie przez przedsiębiorcę tak rozumianych metadanych, a następnie uzyskiwanie dzięki nim dalszych informacji stanowiących dane osobowe wykracza poza stan „zbierania wyłącznie metadanych”, opisany w motywach 25 do dyrektywy 2019/770 oraz 35 do dyrektywy 2019/2161 „Omnibus”. Nie zmienia to jednak w praktyce faktu, że zastosowanie przepisów implementujących te dyrektywy i wówczas uzależnione jest od tego, czy doszło do zawarcia umowy, oraz od celów, dla realizacji których przedsiębiorca przetwarza dane osobowe dotyczące konsumenta.

Rozważyć należy również relację zachodzącą między pojęciem metadanych a pojęciem danych osobowych. Z uwagi na treść art. 3 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2019/770 oraz art. 3 ust. 1a dyrektywy 2011/83¹⁶ należy bowiem przyjąć, że jeżeli w konkretnym przypadku pozyskanie przez przedsiębiorcę metadanych o urządzeniu konsumenta nie może zostać zakwalifikowane jako przetwarzanie dotyczących go danych osobowych¹⁷, to zastosowanie wspomnianych dyrektyw jest wyłączone. Z uwagi na bardzo szeroką definicję „danych osobowych” zawartą w art. 4 pkt 1 RODO, w doktrynie prawa cywilnego przedstawiono pogląd, że w większości przypadków uzyskanie przez przedsiębiorcę dostępu do wskazanych wyżej metadanych jest równoznaczne z przetwarzaniem danych osobowych¹⁸. Korelacja między desygnatami tych pojęć nie jest jednak oczywista. Powołana na poparcie wspomnianego stanowiska wypowiedź Europejskiego Inspektora Ochrony Danych (podniósł on, że istnieje prawdopodobieństwo, iż niemal wszystkie dane dostarczone przedsiębiorcy przez konsumenta mają charakter danych osobowych¹⁹) odnosiła się bo-

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Z. Efroni: *Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation* (w:) *Smart urban mobility: law, regulation, and policy*, eds. M. Fincka et al., Berlin 2020, s. 276.

¹⁶ Ich treść w analizowanym kontekście oddaje art. 3 ust. 1 pkt 11 u.p.k.

¹⁷ W rozumieniu art. 4 pkt 1 RODO.

¹⁸ D. Staudenmayer (w:) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, eds. R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden-Baden 2020, s. 70.

¹⁹ Europejski Inspektor Ochrony Danych: *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 14 marca 2017 r., https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf (dostęp: 3 marca 2023 r.), s. 11.

wiem do projektu dyrektywy o treściach cyfrowych, w którym jako świadczenie zbliżone do zapłaty ceny potraktowano jedynie aktywne dostarczanie danych osobowych przez konsumenta²⁰. Poza jego zakresem pozostawały więc dane gromadzone przez przedsiębiorcę (np. wskutek obserwacji zachowania konsumenta w trakcie korzystania z usługi cyfrowej)²¹. W kontekście wspomnianych metadanych należy przy tym wskazać, że TSUE w okresie poprzedzającym wejście w życie RODO zakwalifikował dynamiczny adres IP we władaniu dostawcy usługi świadczonej online jako mieszczący się w pojęciu danych osobowych z uwagi na fakt, że świadczący tę usługę może zgodnie z prawem zidentyfikować tożsamość użytkownika w przypadku uzyskania niezbędnych informacji od dostawcy usługi dostępu do Internetu²². Taka interpretacja rzeczywiście przemawiałaby za uznaniem, że gromadzenie metadanych w rozumieniu motywów: 25 do dyrektywy 2019/770 oraz 35 do dyrektywy 2019/2161 „Omnibus” zazwyczaj wiązałoby się z przetwarzaniem danych osobowych. Sprecyzowanie zakresu pojęcia danych osobowych na kanwie RODO wciąż jest jednak przedmiotem poważnego sporu w nauce prawa. Definicja zawarta w art. 4 pkt 1 RODO („wszelkie informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej”²³) wywołuje bowiem wątpliwości co do tego, czyją perspektywę należy przyjąć, aby ocenić przesłanki identyfikacji oraz identyfikowalności osoby fizycznej. Stanowisko TSUE przedstawione w powołanym wyroku w sprawie *Breyer* (zapadłe jeszcze w odniesieniu do przepisów poprzedzającej RODO dyrektywy 95/46/WE w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych²⁴) przemawia za przyjęciem perspektywy obiektywnej, pomijającej potrzebę badania stopnia prawdopodobieństwa uzyskania przez konkretny podmiot (potencjalnego administratora danych) środków pozwalających na identyfikację osoby fizycznej²⁵. W dok-

²⁰ Zob. art. 3 ust. 1 projektu z dnia 9 grudnia 2015 r. przedstawionego przez Komisję Europejską, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015PC0634&from=EN> (dostęp: 30 kwietnia 2023 r.).

²¹ Na co uwagę zwrócił sam EIOD, wskazując tę okoliczność jako wadę projektu dyrektywy. Zob. EIOD, *Opinion 4/2017...*, op. cit., s. 12.

²² Zob. wyrok TSUE z dnia 19 października 2016 r. w sprawie C-582/14, *Breyer*, EU:C:2016:779. Rozbieżne oceny budzi jednak to, czy takie rozstrzygnięcie byłoby zasadne również w odniesieniu do przepisów RODO — w tym kontekście aprobując (jak się zdaje): L. Bygrave, L. Tosoni (w.): *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, eds. C. Kunera, L. Bygrave, C. Docksey, Oxford 2020, s. 111, oraz negatywnie: P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński: *Komentarz do art. 4 RODO* (w.): *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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)*. Komentarz, pod red. P. Litwińskiego, Warszawa 2021, nb 23.

²³ Prawodawca unijny w powołanym przepisie doprecyzowuje ją, wskazując dodatkowo, że: „możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatora, takiego jak imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej”.

²⁴ Dz. Urz. UE L 281 z 1995 r., s. 31–50.

²⁵ P. Litwiński: *Pojęcie danych osobowych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych — glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 19.10.2016 r. w sprawie C-582/14 Patrick Breyer*, Europejski Przegląd Sądowy 2017, nr 5, s. 53.

trynie (jak również w orzecznictwie krajowych organów regulacyjnych) podnoszone są jednak argumenty przemawiające za potrzebą przyjęcia bardziej zindywidualizowanej perspektywy²⁶, a ich podstawę stanowi treść motywu 26 do preambuły RODO, wiążącego ocenę identyfikowalności osoby fizycznej (a tym samym możliwości uznania konkretnych informacji za dane osobowe) z koniecznością badania wszelkich rozsądnie prawdopodobnych środków, których w celu jej identyfikacji mógłby użyć administrator danych lub inna osoba²⁷. Dodać należy, że zasadność kwalifikacji określonych informacji jako danych osobowych jest zmienna w czasie z uwagi na postęp technologiczny (wiążący się zarówno z powstawaniem nowych technik anonimizacji, jak i deanonimizacji danych²⁸).

W kontekście stosowania przepisów implementujących dyrektywy 2019/770 oraz 2011/83 należy zatem mieć na względzie, że gromadzenie metadanych w rozumieniu przepisów unijnego prawa konsumenckiego może być równoznaczne z przetwarzaniem danych osobowych — co wyraźnie wynika z motywów 25 do dyrektywy 2019/770 oraz 35 do dyrektywy 2019/2161 „Omnibus”. Takie wnioskowanie nie powinno być jednak dokonywane automatycznie z uwagi na nieostry charakter definicji danych osobowych zawartej w przepisach RODO. Przenoszenie tego pojęcia do sfery stosowania prawa cywilnego musi zatem być dokonywane ze szczególną uwagą. Dostrzec jednocześnie należy, że przynajmniej *de lege lata* sporny charakter definicji danych osobowych prawdopodobnie nie utrudni w znaczący sposób stosowania przepisów implementujących dyrektywy analizowane w niniejszym opracowaniu. Jak pokażą dalsze rozważania, przetwarzanie przez przedsiębiorcę tylko i wyłącznie metadanych dotyczących urządzenia konsumenta i jego aktywności sieciowej, bez żadnych innych danych, które choćby potencjalnie mogły stanowić dane osobowe, w praktyce najczęściej towarzyszy sytuacjom, których z obiektywnych względów nie należy traktować jako wiążących się z zawarciem umowy cywilnoprawnej. Warto przy tym zauważyć, że prawodawca unijny porzucił rozwiązanie przewidziane w projekcie dyrektywy o treściach cyfrowych, w świetle którego dostarczenie przez konsumenta jakichkolwiek danych (nie tylko osobowych) miało być traktowane jako ekwiwalent zapłaty ceny za dostarczane mu treści cyfrowe lub usługę cyfrową²⁹. Nawet jeżeli ze wskazanych wyżej względów opisana zmiana nie wywoła istotnych konsekwencji

²⁶ Zob. szerzej m.in. M. Finck, F. Pallas: *They who must not be identified — distinguishing personal from non-personal data under the GDPR*, International Data Privacy Law 2020, nr 1, s. 17–19; P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński: *Komentarz do art. 4 RODO*, op. cit., nb 17–25. Problem szeroko rozważa również D. Lubasz (w.): *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, pod red. E. Biellak-Jomaa, Warszawa 2018, s. 176–183.

²⁷ Zob. brzmienie motywu 26 zd. 2 preambuły do RODO w angielskiej wersji językowej („To determine whether a natural person is identifiable, account should be taken of all the means reasonably likely to be used, such as singling out, either by the controller or by another person to identify the natural person directly or indirectly”, przetłumaczonego błędnie w oficjalnej, polskiej wersji językowej rozporządzenia, w której przesłankę rozsądnego (uzasadnionego) prawdopodobieństwa powołano dwukrotnie — zarówno do środków służących identyfikacji, jak i do ich użycia).

²⁸ Zob. szerzej M. Finck, F. Pallas: *They who must not be identified...*, op. cit., s. 20–35.

²⁹ Zob. art. 3 ust. 1 projektu (przyp. 20).

w praktyce, to należy ocenić ją negatywnie³⁰. Przedsiębiorca dostarczający treści cyfrowe lub usługę cyfrową w wyniku zawarcia umowy zawartej z konsumentem może osiągać korzyści ekonomiczne również na skutek gromadzenia danych innych niż osobowe (np. danych zanonimizowanych)³¹. Uzasadnieniem kontraktowej ochrony konsumentów zapewniających przedsiębiorcy możliwość przetwarzania dotyczących ich danych osobowych nie jest zaś szczególny status tych danych jako dobra prawnego podlegającego konstytucyjnej ochronie, lecz osiąganie przez przedsiębiorcę wspomnianych korzyści na skutek wykonywania umowy.

W powołanym wyżej motywie 25 do dyrektywy 2019/770³² prawodawca unijny wyraża zatem przypuszczenie, że między przedsiębiorcą udostępniającym treści cyfrowe i przetwarzającym wyłącznie metadane dotyczące konsumenta (lub uzależniającym możliwość zapoznania się z treściami cyfrowymi tylko od wyświetlenia reklam) a konsumentem, który korzysta z tych treści cyfrowych, może nie dochodzić do zawarcia żadnej umowy. Rozstrzygnięcie tego problemu zostało w świetle wspomnianego motywu wyraźnie pozostawione ustawodawcom krajowym, co pozostaje spójne z tym, że prawodawca unijny z zasady nie ingeruje w problematykę zawierania, skuteczności i ważności umów³³, obejmującą również kwestię istnienia lub nieistnienia umowy³⁴. Analizowane w niniejszym opracowaniu dyrektywy nie definiują „umowy”, co zresztą jest charakterystyczne dla aktów prawa unijnego oraz części akademickich projektów europejskiego prawa modelowego³⁵. Bardziej powszechne są w tym kontekście przepisy określające przesłanki zawarcia umowy. Tytułem przykładu, zgodnie z art. 2:101 Principles of European Contract Law (dalej: PECL), umowa jest zawarta, jeżeli strony mają zamiar być prawnie związane

³⁰ W ten sposób, z uwagi na szeroką definicję danych osobowych, Z. Efroni: *Gaps and opportunities...*, *op. cit.*, s. 15.

³¹ *Ibidem*, s. 15–16. Krytycznie wobec tej decyzji legislacyjnej m.in. również L. Mischa: *Daten als „Gegenleistung“ im neuen Verbrauchervertragsrecht*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2020, nr 2, s. 341.

³² Oraz w motywie 35 do dyrektywy „Omnibus”.

³³ Zob. m.in. motyw 24 zd. 9 oraz art. 3 ust. 10 dyrektywy 2019/770, a także art. 3 ust. 5 dyrektywy 2011/83.

³⁴ Zob. jednak Wytyczne Dyrekcji Generalnej do spraw Sprawiedliwości dotyczące dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, https://www.cr-online.de/crd_guidance_en.pdf (dostęp: 3 marca 2023 r.), s. 64, w których wskazano, że: „Sam dostęp do strony internetowej czy pobranie z niej pliku nie może być traktowane jako umowa do celów Dyrektywy”. Treść motywu 35 do dyrektywy „Omnibus”, nowelizującej dyrektywę 2011/83 o prawach konsumenta, przemawia jednak za tym, że prawodawca unijny pozostawił rozstrzygnięcie problemu zawarcia lub braku zawarcia umowy prawodawcom krajowym, co częściowo dezaktualizuje treść powołanych wytycznych.

³⁵ Projekt dyrektywy o treściach cyfrowych przedstawiony przez KE (zob. przyp. 20) zakładał wprowadzenie do niej definicji umowy rozumianej jako: „Porozumienie mające stanowić źródło zobowiązania lub innych skutków prawnych”, jednakże został usunięty w toku prac legislacyjnych nad dyrektywą. Zob. szerzej D. Staudenmayer (w.): *EU Digital Law...*, *op. cit.*, s. 66. Definicja umowy została natomiast zawarta w art. II-1:101 ust. 1 DCFR, zgodnie z którym jest to porozumienie mające na celu nawiązanie wiążącego stosunku prawnego lub wywołanie innego skutku prawnego, a także w art. 2 lit. a CESL (projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, KOM (2011) 635 wersja ostateczna), która różni się od tej zamieszczonej w DCFR tylko tym, że zamiast „wiążącego stosunku prawnego” odnosi się do „zobowiązań”.

oraz osiągną wystarczające porozumienie³⁶. Zbliżoną treść nadano art. 4:101 *Acquis Principles*³⁷, art. II.-4:101 *Draft Common Frame of Reference* (dalej: DCFR)³⁸ oraz art. 30 ust. 1 CESL.

Przypisanie podmiotowi prawa intencji zawarcia umowy (oraz ustalenie jej treści) uzależnione jest od przyjętej teorii oświadczenia woli³⁹. W odniesieniu do umów masowych zawieranych przez Internet jako kryterium kluczowe zarówno dla oceny możliwości przypisania określonego zachowaniu skutków prawnych polegających na zawarciu umowy, jak i dla wykładni jej treści uznaje się obecnie rozsądne oczekiwania drugiej strony⁴⁰. Dostrzega się bowiem, że zawieranie takich umów przestaje być oparte na rzeczywistym porozumieniu stron, a sam konsens przypisywany jest im w oparciu o zobiektywizowane⁴¹, usprawiedliwione oczekiwania kontrahenta, ustalane z uwzględnieniem przedstawionych mu informacji przedkontraktowych⁴². Do tej teorii nawiązali między innymi twórcy PECL, którego art. 2:102 wskazuje, że zamiar związania się umową przez stronę ustala się na podstawie jej oświadczeń oraz zachowania, tak jak są one rozsądnie rozumiane przez drugą stronę⁴³.

W odniesieniu do analizowanych umów należałoby przyjąć, że najistotniejszymi czynnikami mogącymi kształtować rozsądne oczekiwania konsumenta co do zaciągnięcia przez przedsiębiorcę zobowiązania do dostarczania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej są: 1) specyfika przedmiotu ewentualnego świadczenia, 2) wa-

³⁶ *Principles of European Contract Law. Parts I and II (Combined and Revised)*, prepared by the Commission of European Contract Law, eds. O. Lando, H. Beale, The Hague–London–Boston 2000.

³⁷ Zob. Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)* — *Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, München 2009.

³⁸ Zob. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, eds. C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, München 2009.

³⁹ Prawodawca unijny oraz twórcy większości akademickich projektów prawa modelowego nie posługują się pojęciem oświadczenia woli, uznając za wystarczające zatrzymanie się na pojęciu „umowy” (wyjątek w tym kontekście stanowi DCFR — zob. art. II.-1:101, który definiuje obydwie wymienione pojęcia). Szerzej m.in. M. Pecyna: *Merger clause jako zastrzeżenie wyłączności dokumentu, klauzula integralności umowy, reguła wykładni umowy*, Warszawa 2013, s. 253–261, oraz S. Whittaker, K. Riesenhuber: *Conceptions of Contract (w:) The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, eds. G. Dannemann, S. Vogenauer, Oxford 2013, s. 137–146.

⁴⁰ Zob. m.in. M. Pecyna: *Merger clause...*, *op. cit.*, s. 249–279; R. Schulze, F. Zoll: *European Contract Law*, Baden-Baden 2021, s. 42; K. Południak-Gierz: *Wady oświadczenia woli w umowach zawieranych na internetowym rynku konsumenckim*, Warszawa 2020, s. 7–11; W. Kocot: *Wpływ Internetu na kształtowanie się współczesnej koncepcji oświadczenia woli*, Warszawa 2004, s. 65–67.

⁴¹ W doktrynie dostrzega się jednak, że rozwój technologii związanych z masowym przetwarzaniem danych osobowych pozwoli na personalizację informacji przedkontraktowych, a przez to szersze uwzględnianie subiektywnych oczekiwań kontrahentów (i w konsekwencji bardziej efektywną ochronę ich interesów). Zob. szerzej m.in. K. Południak-Gierz: *Personalization of Consumer Contracts — Should We Personalize Information Duties (w:) Legal challenges in the new digital age*, eds. M.L. Kubica, M.D. Green, A.M. López Rodríguez, Leiden 2021, s. 264–280.

⁴² Stają się one — w umowach konsumenckich — integralną częścią umowy. Zob. art. 6 ust. 5 dyrektywy 2011/83 oraz implementujący go do prawa polskiego art. 22 u.p.k.

⁴³ Zbliżoną treść nadano art. II.-4:102 DCFR oraz art. 30 ust. 3 CESL.

runki uzyskania przez konsumenta dostępu do treści cyfrowych lub usługi cyfrowej oraz 3) informacje przekazane przez przedsiębiorcę, najczęściej zawarte w regulaminie, polityce prywatności lub klauzuli informacyjnej dotyczącej przetwarzania danych osobowych.

W kontekście pierwszego z wyżej wymienionych argumentem przemawiającym za zawarciem umowy jest zapewnienie przez przedsiębiorcę ciągłości w używaniu treści cyfrowych lub usługi cyfrowej (np. możliwość zapisania stanu gry online udostępnionej w Internecie lub katalogowania plików audio bądź wideo na platformie z treściami audiowizualnymi, choćby przez możliwość szybkiego wyświetlenia plików oznaczonych jako „ulubione” w trakcie poprzednich wizyt na platformie). W odniesieniu do portali z treściami cyfrowymi pozbawionych tego rodzaju funkcji trudniej argumentować, że nawet wielokrotne i powtarzalne korzystanie z nich wiąże się z powstaniem jakiegokolwiek stosunku zobowiązaniowego, którego przedmiotem byłoby zapewnianie dostępu do treści cyfrowych. Z tego powodu uruchomienie strony internetowej, wyświetlenie umieszczonego na niej filmu lub zagranie w grę online samo w sobie nie przemawia za istnieniem jakiegokolwiek umowy⁴⁴. Analogicznie, wyświetlenie reklam towarzyszących treściom cyfrowym rozpowszechnionym bez ograniczeń — na przykład poprzedzających lub przerywających wyświetlenie filmu umieszczonego na powszechnie dostępnej stronie internetowej — nie powinno być traktowane jako rodzące oczekiwania konsumenta co do zawarcia umowy, poprawnej jakości filmu oraz tego, że będzie on dostępny pod tym samym adresem internetowym również w kolejnych dniach⁴⁵. Tym samym — w większości przypadków, w których przedsiębiorca gromadzi wyłącznie metadane dotyczące urządzenia konsumenta oraz sposobów korzystania przez niego z treści cyfrowych, nie przetwarzając żadnych innych dotyczących go danych osobowych, relacja między stronami nie będzie uzasadniała potraktowania jej jako świadczącej o woli zaciągnięcia zobowiązania przez którąkolwiek ze stron.

⁴⁴ Tak też K. Wielgus: *Umowa o używanie portalu społecznościowego. Zagadnienia konstrukcyjne* (w:) *Prawo a media społecznościowe*, pod red. R. Markiewicza, Warszawa 2022, s. 145. Przeglądanie stron internetowych jako niewystarczające do zawarcia umowy oraz zastosowania dyrektywy 2011/83 o prawach konsumenta (przed jej znowelizowaniem mocą przepisów dyrektywy 2019/2161 „Omnibus”) traktował też T. Czech: *Komentarz do artykułu 2 ustawy o prawach konsumenta* (w:) *idem: Prawa konsumenta. Komentarz*, Warszawa 2020, nb 194–195. Odnosząc się do tego problemu, M. Wyrwiński wskazał natomiast, że przeglądanie stron internetowych nie wiąże się z zastosowaniem przepisów implementujących wspomnianą wyżej dyrektywę, jednakże jego wypowiedź nie jest jednoznaczna w kwestii oceny, czy takie zachowania prowadzą do zawarcia umowy, a to pozostaje kluczowe do zbadania możliwości zastosowania dyrektywy 2019/770. Zob. *idem: Dostarczanie treści cyfrowych w Internecie — problem kwalifikacji prawnej świadczenia* (w:) *Nie tylko hipoteka... Zeszyt jubileuszowy dedykowany Profesorowi Jerzemu Pisulińskiemu*, pod red. M. Kućki, K. Pałki, Warszawa 2015, s. 200–202. Bez definitywnego przesądzenia, ale w otwarty sposób co do możliwości zawarcia umowy na skutek samego wyświetlenia filmu na platformie streamingowej (bez zakładania konta) M. Hennemann: *Qualität von Video-Sharing-Plattformen* (w:) *Grundfragen des Digitalvertragsrechts...*, *op. cit.*, s. 79. Ze wskazanych wyżej względów ostatnia z powołanych opinii nie jest jednak zasadna.

⁴⁵ Wyraźnie sugeruje to prawodawca unijny w powołanym motywie 25 do dyrektywy 2019/770.

O zawarciu umowy może świadczyć uzależnienie przez przedsiębiorcę możliwości skorzystania z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej od zaakceptowania regulaminu⁴⁶, wymóg utworzenia konta i każdorazowego logowania się przy jego użyciu lub konieczność pobrania i zainstalowania w tym celu aplikacji na urządzeniu konsumenta. Przemawia za tym również zażądanie od konsumenta udzielenia zgód na przetwarzanie danych osobowych i/lub otrzymywanie niezamówionych komunikatów handlowych z wykorzystaniem określonych urządzeń lub sposobów komunikacji⁴⁷ przed uzyskaniem dostępu do treści cyfrowych lub usługi cyfrowej. Podobnie należy ocenić wyraźne potwierdzenie przez przedsiębiorcę istnienia stosunku zobowiązaniowego między nim a konsumentem, w przedstawionych temu drugiemu informacjach przedkontraktowych.

Zaproponowane wyżej kryteria powinny być jednak analizowane łącznie. Można bowiem, z jednej strony, wyobrazić sobie sytuację, w której skorzystanie z treści cyfrowych wiąże się z wymogiem akceptacji regulaminu, jednakże ich specyfika nie pozwala konsumentowi oczekiwać, że przedsiębiorca zobowiązał się je dostarczać (np. skorzystanie z portalu z grami online, bez konieczności tworzenia konta oraz zapamiętywania przez platformę rezultatów wyników rozgrywek i uczestnictwa użytkowników w rankingach, lecz z obowiązkiem zaakceptowania regulaminu opisującego zasady gry). Z drugiej strony, zastrzeżenie w regulaminie usługi cyfrowej, że korzystanie z niej nie wiąże się z zawarciem jakiejkolwiek umowy, nie jest decydujące dla prawnej oceny zaistniałej sytuacji, zwłaszcza w przypadku, gdy używanie platformy internetowej wiąże się z utworzeniem konta oraz automatycznym zapisywaniem rezultatów działań podejmowanych w trakcie korzystania z niej (np. plików umieszczanych na niej przez konsumenta).

Niezasadne byłoby natomiast przyjęcie, że do zawarcia umowy dochodzi tylko w przypadkach, gdy informacje przedstawione przez przedsiębiorcę (w szczególności warunki lub regulamin korzystania z treści cyfrowych) wskazują wprost na zaciągnięcie przez niego zobowiązania lub ponoszenie odpowiedzialności za wadliwe działanie platformy internetowej, wyraźnie wyposażają konsumenta w określone prawa do korzystania z jej zawartości oraz precyzują dostępne lub oczekiwane w przyszłości funkcje platformy. Na takich założeniach opiera się przedstawiony w doktrynie pogląd, zgodnie z którym w braku spełnienia wskazanych wyżej przesłanek, korzystanie z platformy internetowej jest jedynie efektem udostępnienia przez przedsiębiorcę określonych zasobów do używania przez nieograniczony krąg osób, porównywalnym do stworzenia faktycznej możliwości korzy-

⁴⁶ Podobnie A. Metzger: *Komentarz do § 327 BGB (w:) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3. Schuldrecht — Allgemeiner Teil II*, Hrsg. W. Krüger, München 2022, nb 17, oraz (w odniesieniu do dyrektywy 2011/83) T. Czech: *Komentarz...*, *op. cit.*, nb 194–195.

⁴⁷ Zob. art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r. poz. 344 ze zm.); dalej: u.s.u.d.e., oraz w art. 172 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. — Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 576 ze zm.); dalej: pr. telekom.

stania z fizycznej przestrzeni, do której przysługiwałyby mu prawa rzeczowe⁴⁸. W uzasadnieniu powołanej koncepcji trafnie uwzględniono fakt, że publiczne udostępnienie regulaminu nie jest równoznaczne z zawarciem umowy z osobą korzystającą z portalu internetowego oraz że ewentualna umowa nie stanowiłaby standardowej umowy o świadczenie usług (w takim rozumieniu, jak chociażby użyte w art. 750 kodeksu cywilnego⁴⁹)⁵⁰. Nie uwzględnia ona jednak tego, że wpływ na rozsądne oczekiwania strony stosunków prawnych zawieranych w obrocie masowym (kluczowe — jak wyżej wskazano — w kontekście przypisania woli zawarcia umowy oraz ustalenia jej treści) mają również okoliczności wykraczające poza treść informacji otrzymywanych od potencjalnego kontrahenta. Dotyczy to w szczególności faktycznego zachowania przedsiębiorcy oraz specyfiki dostarczanych przez niego treści cyfrowych lub usług cyfrowych.

Warto zauważyć, że w ostatnich latach, w warunkach i regulaminach popularnych platform internetowych coraz częściej wprost zastrzega się, że stanowią one element umowy z użytkownikiem⁵¹ (prawdopodobnie jest to wynikiem wejścia w życie w państwach członkowskich UE przepisów implementujących dyrektywę 2019/770 oraz dyrektywę 2019/2161 „Omnibus”)⁵². Ponadto, w niektórych z nich pojawiają się wzmianki o odpowiedzialności dostawcy za niezgodność treści cyfrowych lub usługi cyfrowej z umową⁵³. Zasygnalizowane, stopniowe zmiany na rynku nie przemawiają jednak za uznaniem, że poprzednie wersje zmodyfikowanych w opisany sposób regulaminów lub aktualne regulaminy, niezawierające postanowień potwierdzających istnienie umowy, miały i nadal mają jedynie walor informacyjny⁵⁴. Należałoby przyjąć, że zobiektywizowane oczekiwania użytkowników portali społecznościowych nie zmieniły się diametralnie w ciągu ostatnich lat. Powinny zatem obejmować fakt, że otworzenie konta i zaakceptowanie regulaminu wiąże się prze-

⁴⁸ W tym kierunku P. Pałka: *Terms of Service are Not Contracts — Beyond Contract Law in the Regulation of Online Platforms* (w:) *European Contract Law in the Digital Age*, ed. S. Grundmann, Cambridge 2018, s. 140–148.

⁴⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.); dalej: k.c.

⁵⁰ P. Pałka: *Terms of Service...*, *op. cit.*, s. 138 oraz 148. W kontekście kwalifikacji prawnej umów o dostarczenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej zob. szerzej: M. Pecyna: *Implementacja dyrektywy o umowach o dostarczenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej — wyzwania dla ustawodawcy krajowego*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2021, z. 3, s. 612–614.

⁵¹ Pojęcie „użytkownik” użyte jest w tutaj w odniesieniu do osoby korzystającej z usług świadczonych w Internecie, nie zaś w kontekście osoby uprawnionej z tytułu ograniczonego prawa rzeczowego uregulowanego w art. 252–284 k.c.

⁵² Zob. m.in. regulamin portalu Facebook z 26 lipca 2022 r., <https://pl-pl.facebook.com/legal/terms> (dostęp: 3 marca 2023 r.), regulamin portalu YouTube z 5 stycznia 2023 r., <https://www.youtube.com/t/terms> (dostęp: 3 marca 2023 r.), regulamin portalu Twitter z 10 czerwca 2022 r., <https://twitter.com/en/tos> (dostęp: 3 marca 2023 r.).

⁵³ Jest to obowiązek przewidziany w przepisach implementujących art. 6 ust. 1 lit. 1 dyrektywy 2011/83, w brzmieniu nadanym mu przez dyrektywę 2019/2161 „Omnibus”. Zob. regulamin portalu YouTube (przyp. 52).

⁵⁴ W ten sposób, jak się wydaje, P. Pałka, zdaniem którego regulaminy platform internetowych zawierają informacje o tym, w jaki sposób ich dostawca zamierza wykonywać swoje prawa do platformy. Zob. *idem*: *Terms of Service...*, *op. cit.*, s. 146.

de wszystkim z uzyskaniem możliwości nieprzerwanego korzystania z pewnego zestawu funkcjonalności typowych dla danej platformy (oraz ciągłości w tym korzystaniu, związanej m.in. z zapisywaniem przez platformę danych wprowadzonych przez konsumenta), a także ekspozycją na bardziej lub mniej spersonalizowane reklamy⁵⁵. Przemawiają (i przemawiały) one zatem za istnieniem umowy między przedsiębiorcą a konsumentem. Dodać należy, że brak sprecyzowania w regulaminie portalu internetowego funkcjonalności usługi cyfrowej bądź szczegółowych warunków podejmowania przez przedsiębiorcę określonych czynności wobec użytkownika (zwłaszcza w sferze ograniczania jego swobody w korzystaniu z platformy) nie uniemożliwia oceny tego, czy świadczenie spełniane przez przedsiębiorcę jest zgodne z umową⁵⁶. I w tym przypadku kluczowy jest fakt, że determinujące wykładnię umowy (w tym treść świadczenia) rozsądne oczekiwania konsumenta ustalane są obiektywnie, z uwzględnieniem między innymi charakteru i celu treści cyfrowych lub usługi cyfrowej⁵⁷. Na takim założeniu opiera się zresztą koncepcja obiektywnych wymogów zgodności z umową treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, zastosowana w przepisach dyrektywy 2019/770⁵⁸. Jakkolwiek wypracowanie uogólnionych, rynkowych standardów nie jest w tym kontekście łatwe z uwagi na różnorodność treści cyfrowych i usług cyfrowych oraz odmienne sposoby korzystania z nich przez konsumentów⁵⁹, to fakt ten nie dostarcza argumentu za potraktowaniem dostarczania treści lub usługi cyfrowej za czynność faktyczną; nie przyczyniłoby się to zresztą do zapewnienia lepszej ochrony konsumentów. Naruszenie tych standardów wiąże się więc z zaistnieniem niezgodności treści cyfrowych lub usługi cyfrowej z umową, a tym samym powinno uprawniać konsumenta do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych na tę okoliczność.

W celu zobrazowania powyższych wniosków na przykładzie, można zestawzić ze sobą specyfikę korzystania z typowego portalu społecznościowego oraz z ogrodu dostępnego dla nieograniczonego kręgu odwiedzających. Warto przyjąć dodatkowe

⁵⁵ W kontekście badań nad świadomością konsumentów co do traktowania danych osobowych jako środka zapłaty za usługę świadczoną w Internecie zob. przyp. 125.

⁵⁶ Inaczej P. Pałka: *Terms of Service...*, *op. cit.*, s. 150–151.

⁵⁷ Zob. motyw 46 do dyrektywy 2019/770.

⁵⁸ Zob. art. 8 dyrektywy 2019/770.

⁵⁹ Uogólnienie tych standardów, do pewnego stopnia, nie powinno jednak wywoływać trudności. Przykładowo, niezależnie od treści regulaminu usługi cyfrowej, wiadomości wysyłane pocztą elektroniczną powinny docierać do adresata, lista kontaktów na portalu społecznościowym nie powinna nagle znikać, a (wychodząc poza ramy umów, w wykonaniu których konsument dostarcza dane osobowe) uiszczenie przez konsumenta dodatkowej płatności za otrzymanie specjalnego przedmiotu w grze online pozwala oczekiwać, że przedsiębiorca nie pozbawi go konsumenta w dowolnym momencie, chyba że takie ryzyko jest elementem gry i jej ustalonych z góry zasad, których następcza zmiana i tak wymagałaby modyfikacji wzorca umownego, podlegającej kontroli pod kątem jego skutecznej inkorporacji do umowy oraz abuzywności zmienionych postanowień. Szeroko w kontekście ustalania obiektywnych wymogów zgodności treści cyfrowych oraz usług cyfrowych z umową: D. Staudenmayer (w:) *EU Digital Law...*, *op. cit.*, s. 135–151; A. Metzger: *Komentarz do § 327e BGB* (w:) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3. Schuldrecht — Allgemeiner Teil II*, Hrsg. W. Krüger, München 2022, nb 24–61.

założenie, że dostawca wspomnianej usługi cyfrowej umieścił w jej regulaminie wyłącznie postanowienia mające postać nakazów i zakazów skierowanych wobec użytkownika oraz dotyczących sposobu używania przez niego portalu. Nie sprecyzował jednak funkcjonalności samej platformy, nie wspomniał o spoczywającym na sobie obowiązku dostarczania treści cyfrowych i usług cyfrowych zgodnie z umową ani o samym fakcie jej zawarcia. W podobny sposób sformułowane zostały zasady korzystania z prywatnego ogrodu, wywieszone przez jego właściciela przy bramie wejściowej i zawierające katalog zakazanych zachowań ze strony odwiedzających. Tym, co różni opisane wyżej sytuacje, są jednak rozsądne oczekiwania osób korzystających ze wskazanych dóbr, bazujące na ich specyfice oraz wykraczające poza treść informacji uzyskanych, odpowiednio, od dostawcy platformy i właściciela ogrodu⁶⁰. Spacer po takim ogrodzie nie wiąże się z usprawiedliwionymi oczekiwaniami, że przedmioty pozostawione na jego terenie przez odwiedzającego będą na niego czekać w dowolnej chwili i tym samym miejscu, wolne od ingerencji osób trzecich. Charakter usługi cyfrowej, takiej jak portal społecznościowy, pozwala zaś zakładać ciągłość w korzystaniu z niej przez użytkownika, objawiającą się przykładowo w przechowywaniu plików umieszczonych przez niego na platformie, zapamiętywaniu polubionych przez niego profili lub utrwalaniu treści jego konwersacji z innymi użytkownikami. Potwierdza to wniosek, że nawet jeżeli regulamin platformy zawiera wyłącznie listę zakazów i nakazów, która przypomina zasady korzystania z przestrzeni chronionej prawem własności, to praktyka korzystania z niej oraz sposób reklamowania wywołują uzasadnione oczekiwania konsumenta co do zawarcia oraz treści umowy, które są uwzględniane przez prawo zarówno przy ustalaniu, czy została ona zawarta, jak i w ramach jej wykładni.

Nie należy oczywiście zakładać, że zagwarantowanie konsumentom wspomnianych uprawnień na wypadek naruszenia zobowiązania przez przedsiębiorcę jest wystarczające dla ochrony ich prywatności oraz innych dóbr mogących doznać uszczerbku w związku z przetwarzaniem danych osobowych. Bardziej skutecznymi środkami do osiągnięcia tego celu są z pewnością regulacje publicznoprawne, wprowadzające zakazy określonych praktyk w sferze przetwarzania danych⁶¹. Fakt ten nie wyklucza

⁶⁰ Odmienny charakter mają też korzyści osiągane przez podmioty udostępniające te przestrzenie (wirtualną, w przypadku portalu społecznościowego, oraz fizyczną, w przypadku ogrodu) w związku z korzystaniem z nich przez osoby trzecie. Nawet jeżeli właściciel ogrodu umieści na jego terenie banery reklamowe, to fakt ten nie będzie wiązać się ze spełnianiem na jego rzecz jakiegokolwiek świadczenia przez odwiedzających (chyba że treść i dobór reklam oparte byłyby na przetwarzaniu dotyczących ich danych osobowych, a udzielenie na to zgody byłoby warunkiem wejścia na jego teren). W przypadku typowej platformy internetowej sytuacja jest inna. Istotą świadczenia w postaci „dostarczania” danych osobowych nie jest zatem sama tylko ekspozycja konsumenta na reklamy lub inne treści niezwiązane ze świadczeniem spełnianym przez przedsiębiorcę, lecz wykorzystanie dotyczących go danych osobowych do wyświetlania takich treści.

⁶¹ Zob. w tym kontekście m.in. P. Pałka: *Ciało obce — zasady RODO a gospodarka rynkowa*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2022, nr 5, s. 62–84. Autor trafnie postuluje wprowadzenie regulacji ograniczających legalność przetwarzania danych osobowych w konkretnych celach, co mogłoby być bardziej

jednoczesnej potrzeby ochrony konsumentów w ramach prawa zobowiązań, a zbyt daleko idące ograniczanie zastosowania konstrukcji umowy jest zatem niepożądane.

Zgoda odmienne podejście do analizowanego problemu zaproponowali natomiast autorzy projektu implementacji dyrektywy 2019/770 do prawa niemieckiego⁶². W tej jurysdykcji, w świetle utrwalonego orzecznictwa Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, do kryteriów oceny zachowań podmiotów prawa jako prowadzących do zawarcia umowy zalicza się: rodzaj, cel, ekonomiczne i prawne znaczenie oraz okoliczności spełnienia potencjalnego świadczenia, a także potencjalne zagrożenia dla strony wynikające z ewentualnego naruszenia zobowiązania⁶³. Odnosząc się do tych kryteriów, twórcy powołanego projektu podnieśli, że konsument zazwyczaj ufa prawdziwości informacji przekazanych przez przedsiębiorcę oraz często wykorzystuje je jako podstawę własnych działań. Wskazali również, że za przyjęciem założenia o zawarciu umowy może przemawiać fakt, że udostępniając treści cyfrowe, przedsiębiorca chce zmotywować konsumenta do kolejnych odwiedzin strony internetowej lub zmierza do osiągnięcia korzyści ekonomicznych płynących z reklamowania własnych lub cudzych produktów⁶⁴. Interpretacja ta wywołała krytykę ze strony części doktryny prawa niemieckiego⁶⁵. Na podobnych założeniach opiera się przedstawiona również w niemieckiej doktrynie koncepcja zakładająca potraktowanie skorzystania z powszechnie dostępnych wyszukiwarek internetowych za równoznaczne z zawarciem umowy konsumenckiej⁶⁶. Na jej poparcie powołano

efektywnym narzędziem ochrony praw osób fizycznych od ogólnie sformułowanych przepisów kształtujących podstawy zgodnego z prawem przetwarzania danych osobowych.

⁶² Zob. <https://dserver.bundestag.de/btd/19/276/1927653.pdf> (dostęp: 3 marca 2023 r.), s. 40.

⁶³ *Ibidem*. Zob. też (z powołaniem orzecznictwa) H. Beale, B. Fauvrique-Cosson, J. Rutgers, S. Vogenauer: *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford 2019, s. 103–104.

⁶⁴ Zob. <https://dserver.bundestag.de/btd/19/276/1927653.pdf> (dostęp: 20 stycznia 2023 r.), s. 40.

⁶⁵ Zob. C. Wendehorst: *Komentarz do § 312 BGB* (w:) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3. Schuldrecht — Allgemeiner Teil II*, Hrsg. W. Krüger, München 2022, nb 45–48. Zdaniem autorki w większości przypadków uruchomienie strony internetowej nie może wiązać się z rozsądnym oczekiwaniem, że przedsiębiorca udostępniający stronę zaciąga jakiegokolwiek zobowiązanie, a interpretacja proponowana w projekcie obarczyłaby praktycznie każdego przedsiębiorcę prowadzącego taką stronę obowiązkami informacyjnymi przewidzianymi w przepisach dyrektywy 2011/83. Krytycznie wobec zastosowania przyjmowanych w orzecznictwie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości kryteriów kwalifikacji zachowań jako świadczących o woli zawarcia umowy, w odniesieniu do anonimowego korzystania z treści cyfrowych bez wymogu założenia konta, wypowiedział się również F. Faust. Autor podniósł, że traktowanie takich sytuacji jako prowadzących do zawarcia umowy nie bazuje w istocie na zobiektywizowanej analizie zachowań stron, lecz jest efektem stosowania kryteriów słuźnościowych. Zob. *idem*: *Digitale Wirtschaft — Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?*, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag (2016), <http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/1376130/26847040/1455040340113/Faust+Digitale+Wirtschaft+-+Analoges+Recht+Gutachten+fur+den+71.+DJT.PDF> (dostęp: 28 kwietnia 2023 r.), s. 39–41. Oparcie się na kryterium uzasadnionych oczekiwań konsumenta w odniesieniu do analizowanego problemu zaproponował również S. Martens: *Komentarz do § 312 BGB* (w:) *Beckscher Online-Kommentar zum BGB*, Hrsg. W. Hau, R. Poseck, Beck Online 2021, nb 10i. R. Schulze, powołując stanowisko zaprezentowane w uzasadnieniu projektu ustawy implementującej dyrektywę 2019/770 do prawa niemieckiego, nie przedstawił natomiast do niego żadnych zastrzeżeń. Zob. *idem*: *Komentarz do § 327 BGB* (w:) *Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar*, Hrsg. R. Schulze, Baden-Baden 2021, nb 13.

⁶⁶ M. Kramme: *Qualitätsanforderungen der Digitale-Inhalte-Richtlinie an Online-Suchmaschinen* (w:) *Grundfragen des Digitalvertragsrechts*, Hrsg. M. Schmidt-Kessel, C. Möllnitz, Tübingen 2022, s. 60–62.

argument, że zarówno osoba korzystająca z wyszukiwarki, jak i jej dostawca realizują w ten sposób własne interesy ekonomiczne (z perspektywy konsumenta — uzyskanie poszukiwanych informacji, a z perspektywy przedsiębiorcy — korzyści z tytułu odpłatnego pozycjonowania wyników wyszukiwania, z tytułu gromadzenia i analizy danych dotyczących treści wprowadzanych zapytań, a także ekspozycji własnej marki), przez co obydwu podmiotom zależy na poprawnym funkcjonowaniu wyszukiwarki⁶⁷. Okoliczności te miałyby, w świetle powołanego poglądu, świadczyć o woli zaciągnięcia zobowiązania przez strony⁶⁸. Zbliżona koncepcja, na kanwie prawa polskiego, przedstawiona została w jednym z wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie — Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), który uznał, że uruchomienie przez konsumenta powszechnie dostępnej strony internetowej stanowi przyjęcie oferty złożonej przez przedsiębiorcę, prowadzące do zawarcia umowy, której przedmiotem jest dostęp do informacji zawartych na stronie. SOKiK zakwalifikował ją jako umowę o świadczenie usługi drogą elektroniczną w rozumieniu art. 2 pkt 4 u.ś.u.d.e.⁶⁹

Oceniając powołane wyżej stanowiska, należałoby rozważyć potencjalne konsekwencje ich akceptacji. Zasadniczą rolę przy kwalifikacji zachowań podmiotów prawa jako prowadzących do zawarcia umowy odgrywa — jak wyżej wskazano — badanie ich z perspektywy rozsądnych oczekiwań drugiej strony⁷⁰. Proste zastąpienie go analizą skutków potraktowania zdarzenia prawnego jako umowy cywilnoprawnej nie byłoby zatem metodologicznie poprawne. Analiza ta mogłaby jednak służyć jako kryterium pomocnicze, użyteczne dla weryfikacji praktycznych konsekwencji wybranego stanowiska.

W tym kontekście należałoby więc w pierwszej kolejności zauważyć, że uznanie wyświetlenia strony www lub skorzystania z powszechnie dostępnej internetowej wyszukiwarki za zawarcie umowy obarczałoby przedsiębiorcę obowiązками informacyjnymi przewidzianymi w przepisach implementujących dyrektywę 2011/83 o prawach konsumenta⁷¹. Ich niewykonanie, w świetle prawa polskiego, stanowi wykroczenie⁷². Objęcie tak rozumianej umowy zastosowaniem przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną wymagałoby zaś, zgodnie z art. 8 ust. 1 pkt 1 u.ś.u.d.e., określenia regulaminu usługi, jak również podania — pod rygorem odpowiedzialności za popełnienie wykroczenia — informacji wskazanych w art. 5 ust. 2, 3 i 5 u.ś.u.d.e.⁷³ W powołanym wyżej wyroku SOKiK stwierdził przy tym abuzywność

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*. Kwalifikację skorzystania z wyszukiwarki internetowej jako zachowania typowo prowadzącego do zawarcia umowy z przedsiębiorcą aprobuje również A. Metzger: *Komentarz do § 327 BGB, op. cit.*, nb 17.

⁶⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 czerwca 2012 r., XVII AmC 3225/11, LEX nr 2545839.

⁷⁰ Podobnie, w odniesieniu do prawa niemieckiego, S. Martens: *Schuldrechtsdigitalisierung*, München 2022, s. 73.

⁷¹ Zob. w szczególności art. 12 u.p.k.

⁷² Zob. art. 139b ustawy z dnia 20 maja 1971 r. — Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 2151 ze zm.).

⁷³ Zob. art. 23 u.ś.u.d.e. Wbrew powołanemu wyżej rozstrzygnięciu SOKiK, trafnie podnosi się jednak w doktrynie, że samo udostępnienie strony internetowej do publicznego użytku nie powinno być kwalifikowane

postanowień zamieszczonych w regulaminie strony internetowej, w których zastrzeżono brak odpowiedzialności jej dostawcy za szkodę poniesioną na skutek dostępu do niej lub wykorzystania umieszczonych na niej informacji. Uznanie takiego regulaminu za wzorzec umowy (a jego postanowień za niedozwolone w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c.) może wiązać się z nałożeniem na przedsiębiorcę administracyjnej kary pieniężnej na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁷⁴.

Mając na względzie fakt, że stosunek zobowiązaniowy ma na celu ochronę prawnie uzasadnionych interesów wierzyciela⁷⁵, należy postawić pytanie, czy w powyższym przypadku konsument rzeczywiście jej potrzebuje. Zastosowanie przepisów implementujących dyrektywę 2019/770 pozwoliłoby mu skorzystać ze środków ochrony prawnej na wypadek niedostarczenia lub niezgodności treści cyfrowych z umową. W praktyce, w analizowanych sytuacjach, ochrona ta byłaby jednak iluzoryczna. Specyfika treści cyfrowych, takich jak przykładowo strona internetowa lub gra online udostępniana nieodpłatnie, bez konieczności tworzenia konta oraz możliwości zapisywania jej stanu, nie pozwala konsumentowi rozsądnie oczekiwać ich niezawodności technicznej lub określonego poziomu użyteczności. Do takich wniosków prowadzi zastosowanie obiektywnych wymogów zgodności przedmiotu świadczenia z umową, określonych w art. 8 wspomnianej dyrektywy⁷⁶. Tym samym, w przypadku awarii strony internetowej w trakcie zwykłego przeglądania jej przez konsumenta, żądanie doprowadzenia jej do stanu zgodnego z „umową” nie byłoby zasadne.

Zbędne z perspektywy interesów konsumenta, a wręcz utrudniające korzystanie z Internetu byłoby zaś przedstawianie mu informacji przedkontraktowych przewidzianych w przepisach dyrektywy 2011/83 o prawach konsumenta⁷⁷ przy wizycie na większości witryn internetowych (w tym przed każdym wysłaniem zapytania w wyszukiwarce internetowej); kuriozalne byłoby natomiast rozważanie w analizowanych przypadkach możliwości korzystania z tak zwanego konsumenckiego uprawnienia do odstąpienia od umowy⁷⁸.

jako świadczenie usług drogą elektroniczną w rozumieniu art. 2 pkt 4 u.s.u.d.e., ponieważ nie stanowi ono przekazu danych na indywidualne żądanie odbiorcy. Z tej przyczyny nie mieści się ono w granicach pojęcia usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. UE L 241 z 2015 r., s. 1–15). Wynika to z załącznika nr 1 do powołanej dyrektywy, który z katalogu „świadczonych drogą elektroniczną” wyłącza usługi przeznaczone do równoczesnego odbioru przez nieograniczoną liczbę odbiorców. Zob. szerzej: M. Gumularz: *Świadczenie usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 24–25.

⁷⁴ Zob. art. 23a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 275 ze zm.) oraz art. 106 ust. 1 pkt 3a powołanej ustawy, stanowiący podstawę nałożenia przez Prezesa UOKiK kary administracyjnej do wysokości odpowiadającej 10% obrotu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

⁷⁵ Zob. m.in. P. Machnikowski: *Struktura zobowiązania (w:) System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020, s. 159.

⁷⁶ Do prawa polskiego transponuje go art. 43k ust. 2–3 u.p.k.

⁷⁷ Zob. w tym kontekście art. 6–8 dyrektywy 2011/83 oraz art. 12–26 u.p.k.

⁷⁸ Zob. art. 9–16 dyrektywy 2011/83 oraz art. 27–38 u.p.k.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że zakwalifikowanie zachowań takich jak samo uruchomienie strony internetowej i jej przeglądanie (w tym wyświetlanie umieszczonych na niej filmów lub nagrań lub skorzystanie z powszechnie dostępnej wyszukiwarki internetowej) jako prowadzących do zawarcia umów cywilnoprawnych nie przysłużyłoby się zapewnieniu lepszej ochrony prawnej konsumentów, a jednocześnie prowadziłyby do nałożenia na przedsiębiorców nieproporcjonalnych obowiązków, których naruszenie wywoływałoby ryzyko ponoszenia odpowiedzialności karnej lub administracyjnej. Twórcy powołanego wyżej projektu implementacji dyrektywy 2019/770 do prawa niemieckiego mają oczywiście rację, wskazując, że publiczne udostępnianie przez przedsiębiorców treści cyfrowych ma na celu skłonić konsumenta do kolejnych odwiedzin strony internetowej (pozwalając tym samym na osiągnięcie związanych z tym zysków z reklam). Fakt ten nie jest jednak podstawą do przyjęcia, że uruchomienie lub skorzystanie z funkcjonalności takiej strony samo w sobie pozwala konsumentowi rozsądnie zakładać, że doszło do zawarcia umowy⁷⁹. Poza światem wirtualnym zaobserwować można podobne sytuacje, w których dochodzi do udostępniania informacji, generującego korzyści zarówno dla korzystających, jak i dla udostępniającego, które jednocześnie nie powinno być traktowane jako świadczące o woli zaciągnięcia zobowiązania. Tytułem przykładu można wskazać wyszukiwarki sklepów i towarów znajdujące się w galeriach handlowych (i w tym przypadku analiza wprowadzanych zapytań stanowi źródło cennych informacji dla przedsiębiorców gromadzących dane).

Ostatecznie zatem analizowane w tym miejscu formy udostępniania treści cyfrowych oraz korzystania z nich przez internautów należałoby potraktować jako czynności faktyczne. Nasuwa to, pozostające już poza zakresem niniejszego opracowania, pytanie o możliwość bliższego sprecyzowania ich natury. Umożliwienie korzystania z cudzego dobra, bez zawarcia jakiejkolwiek umowy, przywodzi bowiem na myśl wyróżniane w prawie rzeczowym *precarium*, rozumiane jako władztwo wynikające z grzecznościowego, nieodpłatnego i w każdej chwili odwołalnego udostępnienia rzeczy⁸⁰. Abstrahując od faktu, że treści cyfrowe nie stanowią rzeczy w rozumieniu art. 45 k.c. (nie są bowiem przedmiotami materialnymi), należy dostrzec, że w wielu przypadkach publiczne udostępnienie treści cyfrowych nie ma charakteru grzecznościowego i nie jest motywowane chęcią wyświadczenia przysługi internaucie. Wydawcy portali informacyjnych lub dostawcy stron internetowych, z których korzystanie nie wiąże się z zawarciem umowy, często działają w celu osiągnięcia zysku z wyświetlania reklam lub korzyści wynikających ze

⁷⁹ W podobnym kierunku S. Martens: *Schuldrechtsdigitalisierung*, *op. cit.*, s. 74. Autor podnosi, że stosowanie przez przedsiębiorców spersonalizowanych reklam na stronie internetowej odwiedzanej przez osobę fizyczną nie jest samo w sobie wystarczające do uznania, że doszło do zawarcia umowy konsumenckiej.

⁸⁰ Zob. m.in. P. Księżak: *Precarium w prawie polskim*, Rejent 2007, nr 2, s. 60–69.

zbierania informacji o odwiedzających je internautach. Specyfika tych stosunków faktycznych (oraz motywacja osób udostępniających swoje dobra osobom trzecim) jest zatem inna niż w przypadku typowych stosunków grzecznościowych. Ocena możliwości oraz zasadności zastosowania określonych instytucji prawa rzeczowego do treści cyfrowych — niezwykle potrzebna zarówno w aspektach naukowych, jak i praktycznych — wymaga zaś dogłębnych i wielokierunkowych badań, między innymi w kontekście ochrony władania takimi dobrami lub ustanawiania na nich ograniczonych praw rzeczowych.

Przyjmując tezę o faktycznym charakterze opisanych wyżej niektórych przypadków korzystania z treści cyfrowych udostępnionych w Internecie, dodać należy, że przetwarzanie danych osobowych dotyczących internauty nie jest w tych sytuacjach obojętne prawnie⁸¹. Przepisy dotyczące przetwarzania danych osobowych nakładają na przedsiębiorcę między innymi obowiązki informacyjne⁸², obowiązki związane z używaniem tzw. plików *cookies*⁸³ czy odpowiedzialność za szkodę majątkową lub niemajątkową wynikającą z naruszenia przepisów RODO⁸⁴. Nie jest przy tym wykluczone skorzystanie przez internautę z roszczeń wynikających z naruszenia dobra osobistego w postaci prawa do prywatności lub z roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym (oczywiście przy spełnieniu ich przesłanek w konkretnym stanie faktycznym). Skala korzystania z wyszukiwarek internetowych, w połączeniu z faktem, że z perspektywy konsumentów stanowią one często pierwsze źródło informacji co do nieograniczonego zakresu problemów, uzasadnia natomiast kontrolę ich funkcjonowania pod kątem przejrzystości dla użytkowników „prywatnych” oraz biznesowych, między innymi w kontekście kryteriów plasowania wyników wyszukiwania oraz informowania o ich sponsorowanym charakterze⁸⁵. Brak kwalifikacji opisanych wyżej zachowań jako zawarcia umowy nie pozbawia zatem ochrony prawnej internauty, ponieważ przepisy prawa zobowiązań nie stanowią jej jedyne go źródła, a w wielu przypadkach wynikająca z nich ochrona byłaby w praktyce iluzoryczna.

⁸¹ Dostrzega to M. Gumularz: *Świadczenie...*, *op. cit.*, s. 25.

⁸² Art. 13–15 RODO.

⁸³ Zob. art. 173–174 pr. telekom.

⁸⁴ Art. 82 RODO.

⁸⁵ W tym kontekście zob. m.in. art. 14 ust. 5–6, art. 24 ust. 2–4, art. 33–3 oraz art. 64–84 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2065 z dnia 19 października 2022 r. w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych oraz zmiany dyrektywy 2000/31/WE (Dz. Urz. UE L 277 z 2022 r., s. 1; dalej: akt o usługach cyfrowych), odnoszące się do bardzo dużych wyszukiwarek internetowych. Zob. też art. 5 oraz 7 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1150 z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego (Dz. Urz. UE L 186 z 2019 r., s. 57).

III. NEGATYWNE PRZESŁANKI ZASTOSOWANIA DYREKTYW 2019/770 ORAZ 2011/83 DOTYCZĄCE CELÓW PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH

1. PRZETWARZANIE DANYCH OSOBOWYCH MAJĄCE NA CELU WYŁĄCZNIE DOSTARCZENIE TREŚCI CYFROWYCH LUB USŁUGI CYFROWEJ

Prawodawca unijny wyłączył zastosowanie dyrektywy 2019/770 o treściach cyfrowych i usługach cyfrowych, jak również dyrektywy 2011/83 o prawach konsumenta do umów, na podstawie których dane osobowe dotyczące konsumenta są przetwarzane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu dostarczenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej bądź w celu spełnienia wymogów prawnych, którym on podlega⁸⁶. Tę decyzję wyjaśnia się w doktrynie z powołaniem na argument, że skoro bezpośrednim celem przetwarzania danych we wspomnianych przypadkach nie jest osiągnięcie przez przedsiębiorcę korzyści ekonomicznych, to nie może być ono porównywalne z zapłatą ceny⁸⁷.

Przytoczona przesłanka przywodzi na myśl art. 6 ust. 1 lit. b RODO⁸⁸, który legalizuje przetwarzanie danych osobowych w zakresie, w jakim jest ono niezbędne do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą. Warto rozważyć, jaka relacja zachodzi między normami wyłączającymi zastosowanie wspomnianych dyrektyw z uwagi na cel przetwarzania danych osobowych a powołaną podstawą zgodnego z prawem przetwarzania danych. Nasuwa się bowiem pytanie, czy przepisy implementujące dyrektywy 2019/770 oraz 2011/83 znajdują zastosowanie w sytuacjach, gdy przedsiębiorca przetwarza dane osobowe jedynie w celu spełnienia świadczenia, jednakże czyni to z naruszeniem art. 6 ust. 1 lit. b RODO, w szczególności ze względu na brak spełnienia przesłanki „niezbędności”⁸⁹ przetwarzania.

⁸⁶ Zob. art. 3 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2019/770 oraz art. 3 ust. 1a dyrektywy 2011/83 o treści nadanej mu w art. 4 pkt 2 lit. b dyrektywy „Omnibus”. W odniesieniu do prawa polskiego zob. art. 3 ust. 1 pkt 11 u.p.k.

⁸⁷ Tak m.in. K. Sein, G. Spindler: *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services — Scope of Application and Trader's Obligation to Supply — Part I*, European Review of Contract Law 2019, nr 3, s. 264; R. Schulze: *Komentarz do § 312 BGB (w:) Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar*, op. cit., nb 6.

⁸⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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 (Dz. Urz. UE L 119 z 2016 r., s. 1–88).

⁸⁹ W myśl dominującego poglądu, niezbędność, o której mowa w art. 6 ust. 1 lit. b RODO, zachodzi wówczas, gdy wykonanie umowy nie jest możliwe bez danej czynności przetwarzania — tak m.in. Europejska Rada Ochrony Danych: *Wýtyczne 2/2019 w sprawie przetwarzania danych osobowych na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) RODO*, 8 października 2019 r., https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_pl.pdf (dostęp: 3 marca 2023 r.), s. 8–13; Europejski Inspektor Ochrony Danych: *Opinion 4/2017...*, op. cit., s. 14; D. Clifford, I. Graef, P. Valcke: *Pre-formulated Declarations of Data Subject*

Literalna interpretacja art. 3 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2019/770⁹⁰ przemawia za negatywną odpowiedzią na zadane pytanie. Prawodawca unijny odnosi się w jego treści wyłącznie do celów przetwarzania danych osobowych. Przykładowo zatem dostawca platformy z treściami audiowizualnymi, niepobierający opłat za ich wyświetlanie, nie odpowiada za brak możliwości odtworzenia udostępnianych tam materiałów przez konsumenta-użytkownika usługi cyfrowej na podstawie przepisów implementujących dyrektywę 2019/770, nawet pomimo tego, że pobrał od niego więcej danych, niż było niezbędne do spełnienia świadczenia⁹¹, jeżeli tylko nie przetwarza ich w innych celach niż wskazane w powołanym wyżej przepisie⁹². Wniosek ten jest aktualny również w przypadku braku możliwości powołania się przez przedsiębiorcę na jedną z wymienionych w art. 9 ust. 2 RODO podstaw legalnego przetwarzania tak zwanych danych wrażliwych⁹³ oraz w kontekście innych naruszeń przepisów RODO, towarzyszących spełnianiu świadczenia na rzecz konsumenta. Mogą one, przykładowo, polegać na podejmowaniu decyzji wywołujących skutki prawne, opartych wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu danych osobowych, z naruszeniem warunków przewidzianych w art. 22 ust. 2 lit. a RODO lub na przekazaniu danych osobowych do państw trzecich mimo braku spełnienia wymogów wynikających z art. 44–49 RODO⁹⁴. Także i wtedy może dojść do sytuacji, w której przetwarzanie danych następuje tylko w celu spełnienia świadczenia (co zwolni przedsiębiorcę z odpowiedzialności na podstawie przepisów implementujących dyrektywę 2019/770 oraz 2011/83), lecz z jednoczesnym naruszeniem przepisów RODO. Wskazać jednak należy, że prezentowany w tym miejscu pogląd nie jest jedynym broniącym w doktrynie⁹⁵.

Consent – Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections, German Law Journal 2019, nr 20, s. 32; opinia rzecznika generalnego A. Rantosa z dnia 20 września 2022 r. w sprawie C-252/21, *Meta Platforms Inc*, EU:C:2022:704, pkt 54. Zob. jednak A. Sobczyk: *RODO. Rozproszona władza publiczna*, Kraków 2019, s. 140–142, który, opowiadając się za bardziej liberalną wykładnią powołanego przepisu, argumentuje, że *necessity* w kontekście art. 6 RODO oznacza „naturalną konsekwencję realizowania celu”, która nie musi być równoznaczna z obiektywnym brakiem możliwości jego osiągnięcia bez tego przetwarzania danych.

⁹⁰ A także art. 3 ust. 1a dyrektywy 2011/83 o prawach konsumenta o treści nadanej mu w art. 4 pkt 2 lit. b dyrektywy „Omnibus”.

⁹¹ Wiązałoby się to m.in. z naruszeniem zasady minimalizacji przetwarzania. Zob. art. 5 ust. 1 lit. c RODO.

⁹² Za taką konkluzją przemawia również fakt, że art. 3 ust. 4 projektu dyrektywy o treściach cyfrowych, przedstawionego przez Komisję Europejską 9 grudnia 2015 r., który przewidywał, że do wyłączenia jej zastosowania miałyby dojść wówczas, gdy przetwarzanie danych osobowych byłoby absolutnie niezbędne (*strictly necessary*) do wykonania umowy. W ostatecznym tekście dyrektywy doszło zatem do wyraźnego złagodzenia tego wymogu. Zob. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015PC0634&from=EN> (dostęp: 30 stycznia 2023 r.).

⁹³ To jest danych ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz przetwarzania danych genetycznych, danych biometrycznych w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej lub danych dotyczących zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby.

⁹⁴ Zob. art. 44–49 RODO.

⁹⁵ Zob. R. Schulze: *Kommentar zu § 312 BGB...*, op. cit., nb 6. Autor trafnie wskazuje, że niezgodność przetwarzania danych osobowych z prawem nie czyni umowy z konsumentem nieważną, jednakże w sposób automa-

Ocena, czy przetwarzanie danych osobowych następuje wyłącznie w celu dostarczenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, nie wywołuje większych wątpliwości w przypadkach, gdy przedsiębiorca korzysta z tych danych po to, aby zapewnić konsumentowi dostęp do przedmiotu świadczenia (np. przesłanie e-booka na podany adres e-mail albo poprawne wyświetlenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej na urządzeniu konsumenta, dzięki niezbędnym plikom *cookies* zainstalowanym na jego urządzeniu), a także gdy przetwarzanie to jest niezbędne do spełniania swoich funkcji przez treści cyfrowe lub usługę cyfrową (np. przetwarzanie danych geolokalizacyjnych przez aplikację mającą za zadanie bieżące wyznaczenie trasy)⁹⁶.

Problematyczne w tym kontekście są jednak umowy, których warunki (objęte w praktyce wzorcem umownym) kształtują treść świadczenia przedsiębiorcy w taki sposób, aby przetwarzanie danych osobowych dotyczących konsumenta mogło w jak najszerszym zakresie zostać zakwalifikowane jako dokonywane w celu jego spełnienia⁹⁷. Niesłuszne i sprzeczne z celem analizowanych dyrektyw byłoby bowiem wyłączenie ich zastosowania w sytuacjach, gdy przedsiębiorca traktuje jako element świadczenia te czynności przetwarzania danych osobowych, które zmierzają wyłącznie do realizacji jego interesów⁹⁸.

Użyteczne przy interpretacji art. 3 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2019/770⁹⁹ dążącej do zapobieżenia negatywnym dla konsumenta skutkom opisanych wyżej praktyk może być wykorzystanie kryteriów oceny niezbędności przetwarzania danych do wykonania umowy, przyjmowanych w nauce prawa ochrony danych osobowych¹⁰⁰. Wprawdzie — jak wyżej wskazano — w celu ustalenia, czy przepisy implementujące dyrektywy 2019/770 oraz 2011/83 znajdują zastosowanie, kluczowe jest ustalenie celu przetwarzania, to jednak rozstrzygnięcie tego problemu każdorazowo wymaga sprecyzowania zakresu czynności, które można zakwalifikować jako „wykonywanie umowy” (a to pozostaje istotne również z perspektywy art. 6 ust. 1 lit. b RODO). Europejska Rada Ochrony Danych (dalej: EROD) podkreśliła w wytycznych odnoszących się do powołanego przepisu RODO, że badając, czy przetwarzanie danych jest niezbędne do wykonania umowy, ustalić należy w szczególności: charakter i cechy usługi świadczonej na rzecz osoby, której dane dotyczą, istotę oraz

tyczny wiąże naruszenie art. 6 ust. 1 lit. b lub c RODO z koniecznością zastosowania przepisów implementujących dyrektywę 2019/770. W świetle poczynionych wyżej uwag byłoby to jednak przedwczesne, ponieważ następowałoby z pominięciem badania, czy brak spełnienia wymogów przewidzianych w powołanych przepisach RODO wynika z przetwarzania danych osobowych w innych celach niż wykonanie umowy lub spełnienie obowiązku prawnego, czy raczej z tego, że rodzaj przetwarzanych danych lub zakres podejmowanych czynności przetwarzania wykracza poza to, co niezbędne do osiągnięcia tych celów.

⁹⁶ Podobnie C. Wendehorst: *Komentarz do § 312 BGB...*, *op. cit.*, nb 55.

⁹⁷ Uwagę na ten problem zwraca również m.in. P. Hacker: *Daten...*, *op. cit.*, s. 165–166.

⁹⁸ Podobnie C. Wendehorst: *Komentarz do § 312 BGB...*, *op. cit.*, nb 55.

⁹⁹ A także art. 3 ust. 1a dyrektywy 2011/83 o prawach konsumenta, o treści nadanej mu w art. 4 pkt 2 lit. b dyrektywy „Omnibus”.

¹⁰⁰ Podobnie, choć bez wyjaśnienia relacji zachodzącej między podstawami zgodnego z prawem przetwarzania danych osobowych a przesłankami wyłączenia zastosowania dyrektywy 2019/770, C. Wendehorst: *Komentarz do § 312 BGB...*, *op. cit.*, nb 54.

główny przedmiot umowy, wzajemne interesy i oczekiwania jej stron, sposób upowszechniania lub reklamowania usługi, jak również to, czy można zasadnie oczekiwać, że: „z uwagi na charakter usługi planowane przetwarzanie będzie miało miejsce w celu wykonania umowy”¹⁰¹. W wytycznych EROD podkreślono przy tym, że administrator danych osobowych, kształtując treść umowy, nie może „sztucznie” rozszerzać zakresu przetwarzanych danych oraz czynności przetwarzania, które miałyby być niezbędne do jej wykonania¹⁰². Wąską interpretację pojęcia „niezbędność” przetwarzania w celu wykonania umowy uzasadnia się w odniesieniu do RODO również z odwołaniem do ogólnych zasad rozporządzenia¹⁰³, do których należą między innymi zasada ograniczenia celów przetwarzania (*purpose limitation*)¹⁰⁴ oraz minimalizacji przetwarzanych danych (*data minimisation*)¹⁰⁵.

W tym samym kierunku powinna zmierzać interpretacja przepisów dyrektyw 2019/770 oraz 2011/83. Kluczowe dla odróżnienia przetwarzania danych osobowych dokonywanego w celu zgodnego z umową dostarczenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej od przetwarzania zmierzającego do realizacji innych celów są zatem zobiektywizowane, rozsądne oczekiwania konsumenta co do treści świadczenia oraz zakresu czynności przetwarzania danych, które zmierzają do jego spełnienia¹⁰⁶. Potwierdza to prawodawca unijny w motywach do dyrektywy 2019/770, wyraźnie wskazując, że rozsądne oczekiwania stron należy ustalać z uwzględnieniem specyfiki i celu umowy (a więc w oparciu o okoliczności wykraczające poza treść informacji przekazywanych konsumentowi przez przedsiębiorcę)¹⁰⁷. Literalna treść wzorca umownego lub informacji przedkontraktowych nie jest więc decydująca dla oceny, czy przetwarzanie danych osobowych ma na celu dostarczenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej w rozumieniu analizowanych przepisów¹⁰⁸.

Uznanie, wbrew brzmieniu umowy, że zachowania, opisane w niej jako świadczenie jednej ze stron, tak naprawdę go nie stanowią, może być jednak traktowane jako ingerencja w zasadę swobody umów. Ustalaniu treści świadczenia w oparciu o zobiektywizowane oczekiwania konsumenta teoretycznie można byłoby również zarzucić, że sposób korzystania z usług cyfrowych (takich jak chociażby portale społecznościowe) przez poszczególnych konsumentów jest zróżnicowany, a zatem

¹⁰¹ Europejska Rada Ochrony Danych: *Wytyczne 2/2019...*, *op. cit.*, s. 10–11.

¹⁰² *Ibidem*, s. 10.

¹⁰³ C. Wendehorst: *Personal Data in Data Value Chains — Is Data Protection Law Fit for the Data Economy? (w:) Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0? ...*, *op. cit.*, s. 201; Europejska Rada Ochrony Danych: *Wytyczne 2/2019...*, *op. cit.*, s. 6–7.

¹⁰⁴ Zob. art. 5 ust. 1 lit. b RODO.

¹⁰⁵ Zob. art. 5 ust. 1 lit. c RODO.

¹⁰⁶ Szerzej na temat rozsądnych oczekiwań konsumenta jako upowszechniającego się w dobie tzw. umów masowych kryterium determinującego treść umowy oraz metodę jej wykładni m.in. M. Pecyna: *Merger clause...*, *op. cit.*, s. 249–279; R. Schulze, F. Zoll: *European Contract Law*, *op. cit.*, s. 39–49.

¹⁰⁷ Zob. motyw 46 do dyrektywy 2019/770.

¹⁰⁸ Podobnie, w odniesieniu do przesłanki niezbędności przetwarzania do wykonania umowy, zawartej w art. 6 ust. 1 lit. b RODO, Europejska Rada Ochrony Danych: *Wytyczne 2/2019...*, *op. cit.*, s. 9–10.

specyficzne oczekiwania konkretnych jednostek mogą nie zostać uwzględnione. Przykładowo, niektórym konsumentom może zależeć na tym, aby przedsiębiorca łączył dotyczące ich dane osobowe, pochodzące z wielu internetowych źródeł, w celu przedstawiania im spersonalizowanych reklam. Regulaminy niektórych platform społecznościowych w istocie traktują takie czynności jako element świadczenia ich dostawców¹⁰⁹. Trzeba jednak zauważyć, że system ochrony konsumentów w ramach prawa Unii Europejskiej z założenia oparty jest na uogólnianiu interesu swoich beneficjentów. Jeżeli zaś obiektywnie rozumianą istotą świadczenia przedsiębiorcy nie jest wyświetlanie konsumentowi reklam, to zasygnalizowane wyżej postanowienia wzorców umownych mogłyby zostać potraktowane za sprzeczne z naturą umowy, w wykonaniu której konsument zapewnia możliwość przetwarzania dotyczących go danych osobowych. Znoszenie przetwarzania tych danych w celach innych niż dostarczenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej oraz spełnienie wymogów prawnych — na przykład w celu wyświetlania konsumentowi spersonalizowanych reklam — stanowi bowiem świadczenie spełniane na rzecz przedsiębiorcy, nawet wówczas, gdy z perspektywy konkretnego konsumenta nie wiąże się ono z odczuwaniem jakichkolwiek niedogodności. Uwzględnić należy również fakt, że skoro celem świadczenia jest zaspokojenie aprobowanego społecznie interesu wierzyciela¹¹⁰, to wykładnia umowy zmierzająca do sprecyzowania jego treści powinna uwzględniać zarówno ten cel, jak i zasady współżycia społecznego¹¹¹ oraz wymogi dobrej wiary i uczciwego obrotu¹¹². W specyficznej sytuacji, w której szerokie sformułowanie zakresu świadczenia we wzorcu umownym ma w praktyce zmierzać do osiągnięcia korzyści przez dłużnika (w tym przypadku polegającej na ograniczeniu jego odpowiedzialności za naruszenie zobowiązania), treść tego świadczenia powinna być ustalana zawiązująco.

Odróżnienie przetwarzania danych osobowych dokonywanego w celu spełnienia świadczenia przez przedsiębiorcę od takiego, które zmierza do realizacji innych celów, jest jednak szczególnie problematyczne w kontekście usług cyfrowych, których standardowym elementem jest personalizacja treści wyświetlanych konsumentowi, oparta na zautomatyzowanym przetwarzaniu dotyczących go danych¹¹³. Warto zauważyć, że jest ona przedstawiana przez dostawców portali społecznościowych jako kluczowa cecha oraz zaleta portalu¹¹⁴, co jednocześnie pozostaje zbieżne

¹⁰⁹ Problem ten będzie szerzej analizowany w dalszej części niniejszego opracowania.

¹¹⁰ Zob. m.in. P. Machnikowski: *Struktura zobowiązania...*, *op. cit.*, s. 159.

¹¹¹ Zob. art. 65 § 1 k.c.

¹¹² Wśród kryteriów wykładni umowy wymieniono je np. w art. II.–8:102 sekcja 1 lit. g DCFR.

¹¹³ Dostrzegła to również EROD w powołanej opinii dotyczącej przetwarzania danych na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b RODO, wskazując, że ocena niezbędności przetwarzania do wykonania umowy wymaga zbadania, czy spełnienie świadczenia jest obiektywnie możliwe bez personalizacji (ze swej istoty wymagającej dodatkowego przetwarzania danych osobowych) oraz ustalenia jej celu. Zob. Europejska Rada Ochrony Danych: *Wytyczne 2/2019...*, *op. cit.*, s. 16–17.

¹¹⁴ Zob. m.in. pkt 1 regulaminu portalu Facebook w wersji z 26 lipca 2022 r., <https://pl-pl.facebook.com/legal/terms> (dostęp: 3 marca 2023 r.), w którym wskazano, że: „Dajemy użytkownikowi możliwość korzystania z nich

z oczekiwaniami konsumentów¹¹⁵. Ze względu na różnorodność usług cyfrowych niejednolity jest przy tym zakres tak rozumianej personalizacji. Przykładowo, oczekiwaną przez konsumenta funkcją platformy streamingowej może być wyświetlanie sugestii co do albumów muzycznych mogących mu się spodobać w oparciu o analizę dotychczasowego korzystania przez niego z platformy. Takim informacjom mogą jednak towarzyszyć indywidualnie dopasowane do upodobań konsumenta odnośniki do sklepów internetowych sprzedających płyty polecanych artystów, promowane przez nich gadzety lub bilety na ich koncerty. Analizując zaś regulamin oraz politykę prywatności Facebooka¹¹⁶, można wskazać, że wśród czynności przetwarzania danych osobowych zmierzających do spełnienia świadczenia wymieniają one gromadzenie danych o konsumencie¹¹⁷ pochodzących z Facebooka, innych platform udostępnianych przez grupę spółek Meta oraz pozyskanych od podmiotów trzecich (np. dostawców innych witryn internetowych odwiedzanych przez konsumenta), między innymi po to, aby: personalizować treści wyświetlane zarówno na Facebooku, jak i na innych platformach grupy Meta, sugerować profile lub wydarzenia mogące zainteresować konsumenta, personalizować wyświetlane mu reklamy, jak również rozwijać te platformy.

Należy zatem zbadać, czy z perspektywy rozsądnych oczekiwań konsumenta wskazane wyżej przykłady czynności przetwarzania danych osobowych mogą być potraktowane jako mające wyłącznie na celu dostarczenie mu treści cyfrowych lub usługi cyfrowej. To bowiem uzasadniałoby wyłączenie zastosowania przepisów implementujących dyrektywy 2019/770 oraz 2011/83.

A. PRZETWARZANIE DANYCH OSOBOWYCH W CELU WYŚWIETLANIA SPERSONALIZOWANYCH REKLAM

Powołano wyżej, tytułem przykładu, platformę streamingową, której dostawca przetwarza dane osobowe dotyczące konsumenta, pozwalające ustalić sposób korzystania przez niego z platformy. W kontekście oceny, czy konsument może

w sposób spersonalizowany: Użytkownik korzysta z Facebooka w sposób unikatowy: poczynając od postów, relacji, wydarzeń, reklam i innych treści wyświetlanych w Aktualnościach na Facebooku lub na naszej platformie wideo, po obserwowane strony na Facebooku oraz inne funkcje, z których użytkownik może korzystać, takie jak Marketplace Facebooka czy wyszukiwanie”.

¹¹⁵ Zob. m.in. L. Schwaiger, D. Vogler, M. Eisenegger: *Change in News Access, Change in Expectations? How Young Social Media Users in Switzerland Evaluate the Functions and Quality of News*, The International Journal of Press/Politics 2022, nr 3, s. 621, oraz V. Vukmirović, I. Domazet, M. Kostić-Stanković: *Personalized Social Media Communication Based on Millennials' Attitudes*, 2020, <http://ebooks.iien.bg.ac.rs/1480/> (dostęp: 3 marca 2023 r.).

¹¹⁶ Zob. regulamin w wersji z 26 lipca 2022 r., <https://pl-pl.facebook.com/legal/terms> (dostęp: 19 stycznia 2023 r.) oraz politykę prywatności w wersji z 1 stycznia 2023 r., <https://www.facebook.com/privacy/policy> (dostęp: 19 stycznia 2023 r.).

¹¹⁷ Takich jak m.in. treści udostępniane przez konsumenta na platformie oraz dane dotyczące używanego przez niego urządzenia (w tym dane z nadajnika GPS) i sposobu korzystania przez niego z platformy.

rozsądnie traktować to przetwarzanie jako dokonywane w celu dostarczenia usługi cyfrowej, pomocne może być ustalenie, czy ułatwia mu ono wybór między treściami umieszczonymi na platformie, do których uzyskał dostęp dzięki zawarciu umowy, czy też służy do sugerowania treści, do których musiałby dodatkowo wykupić dostęp (np. w modelu *freemium*), lub produktów spoza platformy, oferowanych przez tego samego przedsiębiorcę albo osoby trzecie. Przetwarzanie danych w pierwszym z wymienionych celów należałoby uznać za ukierunkowane na spełnienie świadczenia przez przedsiębiorcę¹¹⁸, natomiast w odniesieniu do kolejnych nasuwają się już wątpliwości. Teoretycznie specyfika platformy streamingowej oraz sposób jej reklamowania wśród konsumentów mogłyby zmierzać do tego, aby w świetle rozsądnych oczekiwań konsumentów traktować ją jako źródło kompleksowych i spersonalizowanych informacji związanych z muzyką, odnoszących się również do produktów (takich jak wspomniane płyty, gadzety lub bilety na koncerty) oferowanych odpłatnie przez podmioty zewnętrzne¹¹⁹. W kontekście wyświetlania reklam jako potencjalnej treści świadczenia w postaci dostępu do portalu społecznościowego można natomiast odnieść się do wyników badań ujawniających typowe motywacje towarzyszące korzystaniu przez konsumentów z takich usług cyfrowych. Z ankiet prowadzonych w latach 2020–2021 wśród internautów z 42 krajów na świecie wynika, że są nimi przede wszystkim: chęć utrzymywania kontaktu ze znajomymi i rodziną, znalezienie sposobu na spędzanie wolnego czasu, zapoznawanie się z informacjami o aktualnych wydarzeniach, znajdowanie interesujących lub zabawnych treści oraz dzielenie się zdjęciami i filmami z innymi użytkownikami¹²⁰. W dalszej kolejności ankietowani wskazali jednak na sposobność wyszukiwania produktów do zakupu bądź znajdowania inspiracji w tym kontekście jako motywację do korzystania z portali społecznościowych¹²¹. Zapoznawanie się z informacjami o charakterze reklamowym można zatem uznać co najmniej za uboczny cel używania takich platform¹²².

Uznanie wyświetlania jakichkolwiek reklam za element dostarczania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej wywoływałoby jednak ryzyko zatarcia granicy między świadczeniem konsumenta (w postaci zapewnienia możliwości przetwarzania dotyczących go danych osobowych) a świadczeniem przedsiębiorcy. Istotą pierw-

¹¹⁸ Sugerowanie treści, które obiektywnie nie odpowiadają preferencjom konsumenta ujawnionym w trakcie korzystania z usługi cyfrowej, stanowiłoby zaś przejaw jej niezgodności z umową.

¹¹⁹ Trudno byłoby jednak bronić takiej argumentacji w przypadkach, gdy reklamy dotyczyłyby treści niemających związku ze szczególną specyfiką platformy (lub gdy taka specyfika nie mogłaby być sprecyzowana, np. z uwagi na ogólny charakter portalu).

¹²⁰ Zob. wyniki badań Digital 2021 Global Overview Report, <https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report> (dostęp: 3 marca 2023 r.) oraz Digital 2022 Global Overview Report, <https://datareportal.com/reports/digital-2022-global-overview-report> (dostęp: 3 marca 2023 r.) przeprowadzonych przez agencję badawczą GWI (dawniej: GlobalWebIndex).

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*. Cel ten wskazany został przez 27,5% ankietowanych w badaniu Digital 2021 Global Overview Report oraz 27,7% w badaniu Digital 2022 Global Overview Report.

szego z wymienionych jest znoszenie przez konsumenta ekspozycji na informacje mogące absorbować jego uwagę, dobrane w wyniku przetwarzania dotyczących go danych osobowych, niezależnie od tego, czy mają one wpływać na preferencje zakupowe, przekonania polityczne czy decyzje o wsparciu celów dobroczynnych sugerowanych przez przedsiębiorcę. Badania rynkowe świadczą jednocześnie o tym, że konsumenci korzystający z „darmowych” usług internetowych są w większości świadomi tej okoliczności, dostrzegając fakt, iż udostępnianie danych osobowych przedsiębiorcy wraz z udzieleniem zgody na ich przetwarzanie stanowi „zapłatę” za usługę¹²³. Uwzględnienie tych okoliczności przemawia ostatecznie za przyjęciem wniosku, że przetwarzanie danych osobowych, w celu wyświetlania konsumentowi jakichkolwiek indywidualnie dobranych reklam, z zasady powinno być traktowane jako dokonywane w celu wykraczającym poza dostarczenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej w postaci portali społecznościowych lub platform streamingowych. W konsekwencji prowadzi ono do zastosowania przepisów implementujących dyrektywę 2019/770 oraz 2011/83 nawet wówczas, gdy przedsiębiorca w treści wzorca umownego wskazuje, że wyświetlanie reklam ma miejsce w celu spełnienia przez niego świadczenia na rzecz konsumenta¹²⁴. Odmienny wniosek byłby uzasadniony wyłącznie w przypadkach, gdy zapoznanie się z treścią reklam stanowiłoby zasadniczy cel korzystania z danej platformy z perspektywy rozsądnych oczekiwań konsumenta, opartych na funkcjonalnościach tej i podobnych platform, sposobie ich reklamowania oraz (ale nie wyłącznie) na treści udostępnionych informacji przedkontraktowych.

B. PRZETWARZANIE DANYCH OSOBOWYCH GROMADZONYCH POZA PLATFORMĄ W CELU PERSONALIZACJI WYŚWIELANYCH NA NIEJ TREŚCI I ROZWIJANIA JEJ FUNKCJONALNOŚCI

Ustalenie, czy elementem usługi cyfrowej dostarczanej przez typowy portal społecznościowy jest wyświetlanie konsumentowi spersonalizowanych treści innych niż reklamy albo rozwijanie funkcjonalności platformy, jest, jak się wydaje, zadaniem trudniejszym.

Wskazano już wyżej, że personalizacja oraz ulepszanie usługi cyfrowej są pożądane przez konsumentów. Szczególną uwagę należałoby zwrócić jednak na

¹²³ Wiedzę o istnieniu takiej korelacji wskazało 67% ankietowanych uczestniczących w badaniach przeprowadzonych w 2014 r. przez niemiecką agencję badawczą DIVSI (Das Deutsche Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet). Zob. *Daten — Ware und Währung* (2014), s. 16, <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2014/11/DIVSI-Studie-Daten-Ware-Waehrung.pdf> (dostęp: 28 kwietnia 2023 r.).

¹²⁴ Do podobnych wniosków, choć w oparciu o odmienną argumentację, opartą na uznaniu tego typu postanowień ogólnych warunków umów jako klauzule niedozwolone w umowach konsumenckich, dochodzi P. Hacker: *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance* (w:) *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0? ...*, op. cit., s. 73–74.

to, czy są one dokonywane w oparciu o dane osobowe, wykraczające poza podane bezpośrednio przez konsumenta oraz zgromadzone w wyniku analizy sposobu korzystania przez niego z konkretnego portalu. Oczekiwanie spersonalizowanego charakteru treści wyświetlanych na platformie internetowej nie jest bowiem równoznaczne z godzeniem się lub wręcz domaganiem się przez konsumenta, aby przedsiębiorca pozyskiwał w tym celu informacje o nim z innych źródeł niż sama platforma lub dzielił się nimi z podmiotami trzecimi¹²⁵. Dostrzec jednocześnie należy, że platforma sama zazwyczaj zapewnia konsumentowi swobodę wyboru profili, których aktywność sieciowa będzie mu wyświetlana w trakcie korzystania z niej. Wybory te mogą jednocześnie stanowić podstawę dopasowywania przez algorytm platformy innych informacji przedstawianych przez nią konsumentowi.

Personalizowanie treści na portalu społecznościowym w oparciu o informacje o konsumencie pozyskiwane od innych podmiotów lub gromadzone w związku z korzystaniem przez niego z innych platform udostępnianych przez tego samego przedsiębiorcę można byłoby zatem traktować jako mające na celu spełnienie świadczenia tylko wówczas, gdy specyfika danego portalu pozwalałaby rozsądnie oczekiwać takiego stopnia personalizacji usługi lub jej powiązania z innymi usługami. Jako przykład mogłaby służyć sytuacja, gdy konsument zakładałby konta na kilku wyraźnie wskazanych platformach na podstawie jednej umowy, a związek między nimi byłby dla niego jasno dostrzegalny w chwili zawarcia umowy. Jeżeli jednak korzystanie z poszczególnych platform (różniących się nazwą, wyglądem i funkcjami) wymaga założenia osobnych kont oraz akceptacji osobnych regulaminów, to obecnie należałoby uznać, że przetwarzanie danych osobowych gromadzonych w związku z korzystaniem przez konsumenta z jednej platformy, w celu personalizacji informacji przedstawianych mu na drugiej (jak również jej rozwijania oraz zapewnienia niezakłóconego korzystania z niej), wykracza poza rozsądne oczekiwania konsumenta co do treści świadczenia przedsiębiorcy. Przetwarzanie to prowadzi zatem do zastosowania przepisów implementujących dyrektywy 2019/770 oraz 2011/83. Wypada w tym kontekście zaznaczyć, że legalność wiązania w taki sposób kilku usług cyfrowych podlega oczywiście ocenie z perspektywy przepisów o klauzulach abuzywnych¹²⁶ oraz o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom ryn-

¹²⁵ W kontekście negatywnego postrzegania przez użytkowników dzielenia się ich danymi przez platformy internetowe zob. m.in. C. Fiesler, B. Hallinan: *"We Are the Product": Public Reactions to Online Data Sharing and Privacy Controversies in the Media*, Conference on Human Factors in Computing Systems Paper, 2018, https://cmci.colorado.edu/~cafi5706/CHI2018_FieslerHallinan.pdf (dostęp: 3 marca 2023 r.), s. 3. Zob. również wyniki ankiety prowadzonej w 2018 r. przez agencję badawczą Vision Critical (obecnie: Alida) wskazującej, że internauci godzą się otrzymywać spersonalizowane wiadomości bazujące na danych, które bezpośrednio ujawnili dostawcy platformy (tak 80,1% uczestników). Akceptację wobec otrzymywania treści opartych na danych wynioskowanych przez przedsiębiorcę o konsumencie lub na danych bezpośrednio otrzymanych od osób trzecich wyraziło zaś, odpowiednio, 18,7% oraz 16,7% ankietowanych. Zob. <https://www.insiderintelligence.com/content/few-people-are-comfortable-sharing-data-through-third-parties> (dostęp: 3 marca 2023 r.).

¹²⁶ Zob. art. 385³ pkt 7 k.c.

kowym¹²⁷. Do opisanych wyżej działań ze strony dostawców platform internetowych prawodawca unijny wprost odniósł się w przepisach aktu o rynkach cyfrowych¹²⁸, uzależniając ich zgodność z prawem od zgody podmiotu danych¹²⁹, przy czym wymóg ten odnosi się wyłącznie do tak zwanych strażników dostępu (*gatekeepers*), to jest, w dużym uproszczeniu, dostawców największych platform internetowych¹³⁰.

Ocenę należałoby też sytuację, w której konsument korzysta z możliwości dokonania wyboru ustawień prywatności i dobrowolnie zezwala na łączenie dotyczących go danych osobowych, pozyskiwanych z zewnętrznych względem platformy źródeł, w celu wyświetlania mu spersonalizowanych treści. Z opisanych wyżej względów takie uzgodnienie nie prowadzi jednak do uznania przetwarzania danych osobowych zmierzającego do przedstawiania reklam za czynność dokonywaną w celu spełnienia świadczenia przez przedsiębiorcę. Taka ocena nie jest już jednoznaczna w kontekście innych treści (np. sugerowania znajomych lub profili mogących zainteresować konsumenta) w oparciu o jego aktywność na innej platformie, do której odnosi się wspomniana zgoda. Należałoby więc uznać, że aktywne wyrażenie przez konsumenta zgody na takie przetwarzanie (w modelu *opt-in*) może być podstawą do potraktowania czynności przetwarzania, do których się ona odnosi, jako mających na celu dostarczenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej przez przedsiębiorcę. Ze względu na potrzebę zapewnienia spójności między przepisami dyrektyw 2019/770 i 2011/83 oraz RODO¹³¹ zasadne byłoby przy tym przyjęcie, że wycofanie zgody wywołałoby skutki również dla analizowanego stosunku zobowiązaniowego. Dalsze przetwarzanie danych osobowych, objęte uprzednio tą zgodą, nie mogłoby już dłużej być traktowane jako prowadzące do dostarczania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej oraz wyłączające zastosowanie dyrektyw 2019/770 oraz 2011/83¹³².

Oceniając, czy rozwijanie platformy internetowej (jako cel przetwarzania danych osobowych) stanowi spełnianie świadczenia na rzecz konsumenta, należy natomiast odróżnić działania, których konsument może rozsądnie oczekiwać od przedsiębiorcy, od działań, które wprawdzie mogą być zbieżne z interesami lub oczekiwaniami konsumentów, jednakże pozostają poza zakresem zobowiązania wynikającego z zawarcia umowy. Z tej przyczyny przetwarzanie danych zmierzające do rozwijania funkcjonalności portalu należy potraktować jako wykraczające

¹²⁷ Zob. art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2070 ze zm.).

¹²⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1925 z dnia 14 września 2022 r. w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym oraz zmiany dyrektyw (UE) 2019/1937 i (UE) 2020/1828 (Dz. Urz. UE L 265 z 2022 r., s. 1–66); dalej: akt o rynkach cyfrowych.

¹²⁹ Zob. art. 5 ust. 2 aktu o rynkach cyfrowych.

¹³⁰ Zob. szerzej w kontekście kwalifikacji dostawcy platformy internetowej jako strażnika dostępu: art. 3 aktu o rynkach cyfrowych.

¹³¹ Zob. art. 3 ust. 7 akapit 2 dyrektywy 2019/770, statuujący pierwszeństwo przepisów prawa unijnego dotyczących ochrony danych osobowych w stosunku do wspomnianej dyrektywy.

¹³² Cofnięcie zgody na przetwarzanie danych osobowych wywołuje skutek na przyszłość, co wynika z art. 7 ust. 3 zd. 2 RODO.

poza cel w postaci dostarczenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, chyba że przedsiębiorca we wzorcu umownym lub w informacjach przedkontraktowych wyraźnie zobowiązał się do wprowadzania do niej określonych, nowych funkcji, a to, rozsądnie oceniając, wymagałoby dokonywania tych czynności przetwarzania¹³³.

W odniesieniu do analizowanej w tym miejscu problematyki warto również zwrócić uwagę na oczekiwany wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE, Trybunał) w sprawie C-252/21 *Meta Platforms Inc.*¹³⁴ Trybunał odpowie w nim między innymi na istotne z perspektywy RODO pytanie prejudycjalne, czy art. 6 ust. 1 lit. b rozporządzenia pozwala uznać, że niezbędne do wykonania umowy z użytkownikiem platformy jest przetwarzanie przez Facebook danych osobowych, polegające na ich pozyskiwaniu z innych portali prowadzonych przez podmioty powiązane kapitałowo, jak również ze stron internetowych i aplikacji podmiotów trzecich, przyporządkowywaniu tych danych do użytkownika Facebooka oraz ich wykorzystywaniu między innymi do wyświetlania mu spersonalizowanych treści i reklam oraz zapewnienia mu niezakłóconego korzystania z innych usług przedsiębiorstwa Meta.

Rzecznik generalny A. Rantos, w opinii wydanej w powołanej sprawie, wyraził wątpliwości w kontekście tego, czy w celu świadczenia usługi portalu społecznościowego, której elementem jest bieżące wyświetlanie spersonalizowanych treści (zamieszczanych przykładowo przez znajomych użytkownika lub przez profile, którymi wykazuje on zainteresowanie), niezbędne jest zbieranie informacji dotyczących sposobu korzystania przez użytkownika z innych platform lub stron internetowych¹³⁵. Z opinii rzecznika generalnego wywnioskować można również jego sceptycyzm co do uznawania, że zapewnianie „ciągłego i niezakłóconego korzystania z usług” grupy Meta stanowi świadczenie wynikające z umowy o korzystanie z Facebooka, skoro używanie każdej z platform internetowych oferowanych przez tę grupę następuje na podstawie osobnej umowy¹³⁶. Ostatecznie, we wnioskach wieńczących opinię, rzecznik generalny zaproponował Trybunałowi udzielenie

¹³³ Za takim wnioskiem przemawia też fakt, że prawodawca unijny wyłączył zastosowanie dyrektywy 2019/770 do umów, w których dane osobowe dotyczące konsumenta, mogące stanowić przedmiot świadczenia, przetwarzane są w celu poprawy bezpieczeństwa, kompatybilności lub interoperacyjności oprogramowania dystrybuowanego w modelu *open content*, pomijając jednak przetwarzanie danych w celu poprawiania innych treści cyfrowych lub usług cyfrowych, np. portali społecznościowych. Szerzej na ten temat w pkt III.3 niniejszego opracowania.

¹³⁴ Postępowanie prejudycjalne przed TSUE wszczęte zostało na podstawie wniosku skierowanego przez Oberlandesgericht Düsseldorf, rozpoznającego skargę Facebook Inc., Facebook Ireland Ltd. oraz Facebook Germany GmbH na decyzję Bundeskartellamt (Federalnego Urzędu Antykartelowego), który stwierdził naruszenie przez skarżących przepisów RODO w trakcie przeprowadzanej przez siebie kontroli nadużywania przez nich pozycji dominującej na rynku portali społecznościowych dla użytkowników prywatnych w Niemczech. Zob. wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym z uzasadnieniem: <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-252/21> (dostęp: 3 marca 2023 r.).

¹³⁵ Zob. opinię rzecznika generalnego A. Rantosa z 20 września 2022 r. w sprawie C-252/21, *Meta Platforms Inc.*, EU:C:2022:704, pkt 53–56.

¹³⁶ *Ibidem*, pkt 57.

odpowiedzi, zgodnie z którą możliwość oparcia wspomnianych czynności przetwarzania na art. 6 ust. 1 lit. b RODO uzależniona jest od wykazania przez administratora danych osobowych, że są one obiektywnie konieczne do świadczenia usług związanych z kontem na Facebooku¹³⁷.

Opinia rzecznika generalnego potwierdza zaproponowany wyżej kierunek wykładni analizowanych umów, zmierzający do ustalenia zakresu świadczenia spełnianego przez przedsiębiorcę w sposób zawężony w zestawieniu z treścią wzorca umownego lub informacji przedkontraktowych. Rozstrzygnięcie TSUE w powołanej sprawie może zaś okazać się pomocne w kontekście istotnej z perspektywy dyrektyw 2019/770 oraz 2011/83 oceny, czy analizowane czynności przetwarzania danych osobowych mają wyłącznie na celu dostarczenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej oraz w istotny sposób wpłynąć na praktykę stosowania RODO. Przykład regulaminu platformy Facebook (a zatem jednej z najpopularniejszych usług cyfrowych) analizowanego w niniejszym opracowaniu świadczy o tym, że na ten moment przedsiębiorcy w bardzo szerokim zakresie powołują się na przesłankę „niezbędności” przetwarzania danych osobowych do wykonania umowy. Zaaprobowanie takiej interpretacji w orzecznictwie TSUE prowadziłoby zaś do legitymizacji praktyk, które powinny podlegać szczególnej (i efektywnej) kontroli w sferze przepisów o ochronie danych osobowych z uwagi na fakt, że ich głównym celem jest realizacja interesów ekonomicznych podmiotów przetwarzających dane osobowe. Uznanie, że przetwarzanie w celu wyświetlania reklam lub rozwijania innych platform internetowych spełnia wymogi „niezbędności” do wykonania umowy w rozumieniu art. 6 ust. 1 lit. b RODO, stanowiłoby jednocześnie istotny argument przemawiający za tym, że nie wykracza ono poza cel w postaci dostarczenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej. Jakkolwiek taka konkluzja z opisanych wyżej względów nie byłaby zasadna, to orzeczenie TSUE w powołanej sprawie należało będzie uwzględnić przy interpretacji analizowanych dyrektyw.

Zamykając powyższe rozważania, warto jeszcze dodać, że rozsądne oczekiwania konsumenta co do treści świadczenia spełnianego w wykonaniu umowy o korzystanie z portalu społecznościowego, nawet przy ich uogólnieniu, mogą w przyszłości się zmieniać. Można zatem wyobrazić sobie scenariusz, w którym przedsiębiorca (lub ich grupa) monopolizuje rynek mediów społecznościowych w taki sposób, że wszelkie udostępniane przez niego (nich) platformy są ze sobą powiązane, a łączenie danych osobowych ze wszystkich platform w celu personalizacji wyświetlanych treści staje się oczywistym, rynkowym standardem. Zapobieżenie takiej sytuacji jest przede wszystkim zadaniem regulacji publicznoprawnych, które powinny zmierzać do ograniczania możliwości zgodnego z prawem przetwarzania danych osobowych w celach, które w sposób szczególnie ograniczają prywatność osób fizycznych oraz ich autonomię informacyjną.

¹³⁷ *Ibidem*, pkt 70.

2. PRZETWARZANIE DANYCH OSOBOWYCH MAJĄCE NA CELU WYŁĄCZNIE SPEŁNIENIE WYMOGÓW PRAWNYCH SPOCZYWAJĄCYCH NA PRZEDSIĘBIORCY

Jak wyżej wskazano, przepisy dyrektyw 2019/770 oraz 2011/83 pozwalają przedsiębiorcy dostarczającemu treści cyfrowe lub usługę cyfrową uniknąć obowiązków w nich przewidzianych w przypadku, gdy przetwarzanie danych osobowych konsumenta następuje nie tylko w celu dostarczenia mu treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, lecz także w celu umożliwienia przedsiębiorcy spełnienia wymogów prawnych, którym on podlega¹³⁸. Prawodawca unijny nawiązał w tym przypadku do kolejnej z podstaw legalnego przetwarzania danych osobowych, to jest do art. 6 ust. 1 lit. c RODO, odnoszącego się do przetwarzania niezbędnego do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze danych. Co ważne, podobnie jak w kontekście przetwarzania dokonywanego jedynie w celu dostarczenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, i w tym przypadku wyłączenie zastosowania wspomnianych dyrektyw nie jest uzależnione od niezbędności przetwarzania danych do wskazanego wyżej celu.

Źródłem wymogów prawnych w rozumieniu art. 3 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2019/770 (oraz art. 3 ust. 1a dyrektywy 2011/83 o treści nadanej mu w art. 4 pkt 2 lit. b dyrektywy 2019/2161 „Omnibus”) mogą być przepisy prawa publicznego¹³⁹ (np. dotyczące cyberbezpieczeństwa albo treści i sposobu przechowywania dokumentów rozliczeniowych¹⁴⁰) lub prywatnego¹⁴¹ (np. kształtujące obowiązki informacyjne wobec konsumentów bądź obowiązek aktualizacji treści cyfrowych lub usługi cyfrowej w celu zachowania ich zgodności z umową¹⁴²). Ich źródłem może być też sama umowa z konsumentem¹⁴³, przewidująca chociażby obowiązek rozwijania przez przedsiębiorcę funkcjonalności treści cyfrowych lub usługi cyfrowej.

Precyzyjne odróżnienie czynności przetwarzania dokonywanych w celu dostarczenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej od tych zmierzających do spełnienia wymogów prawnych nie niesie ze sobą konsekwencji praktycznych w sferze prawa cywilnego. Z tego powodu nie wywołuje problemu fakt, że w art. 3 ust. 1 pkt 11 u.p.k. polski prawodawca nieco zmodyfikował brzmienie analizowanej przesłanki wyłączającej zastosowanie dyrektyw 2019/770 oraz 2011/83. W powołanym prze-

¹³⁸ Zob. art. 3 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2019/770 oraz art. 3 ust. 1a dyrektywy 2011/83 o treści nadanej mu w art. 4 pkt 2 lit. b dyrektywy 2019/2161 „Omnibus”.

¹³⁹ Tak w kontekście źródeł obowiązku prawnego, o którym mowa w art. 6 ust. 1 lit. c RODO, M. Albers, R. Veit: *Komentarz do artykułu 6 RODO* (w:) *BeckOK Datenschutzrecht*, Hrsg. A. Wolff, S. Brink, Beck Online 2022, nb 49.

¹⁴⁰ Zob. motyw 25 dyrektywy 2019/770.

¹⁴¹ C. Wendehorst: *Komentarz do § 312 BGB...*, *op. cit.*, nb 57.

¹⁴² Zob. art. 8 ust. 2 dyrektywy 2019/770, implementowany do prawa polskiego w art. 43k ust. 3 u.p.k.

¹⁴³ *Ibidem*.

pisie wskazano przetwarzanie mające na celu „wykonanie umowy lub obowiązku ustawowego” jako podstawę wyłączenia zastosowania ustawy. Należy jednak wskazać, że „dostarczenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej zgodnie z dyrektywą”, o którym mowa w art. 3 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2019/770¹⁴⁴, nie wyczerpuje wszystkich czynności podejmowanych przez przedsiębiorcę w celu wykonania umowy, które wymagają przetwarzania danych osobowych konsumenta¹⁴⁵. Jednocześnie prawodawca unijny (w przeciwieństwie do polskiego) nie zawęził źródła wymogów prawnych, dla realizacji których ma być dokonane przetwarzanie danych osobowych, tylko do przepisów prawa. Łączny zakres czynności przetwarzania dokonywanych w celach wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 11 u.p.k. jest jednak zbieżny z wynikającym ze wspomnianych wyżej przepisów dyrektywy 2019/770 oraz dyrektywy 2019/2161 „Omnibus”, a zatem odstępstwo od nomenklatury przewidzianej w powołanych dyrektywach nie wpływa w praktyce na prawa i obowiązki stron analizowanych umów, a tym samym na realizację celów implementowanej dyrektywy.

3. PRZETWARZANIE DANYCH OSOBOWYCH W CELU POPRAWY BEZPIECZEŃSTWA, KOMPATYBILNOŚCI LUB INTEROPERACYJNOŚCI OPROGRAMOWANIA DYSTRYBUOWANEGO W MODELU *OPEN CONTENT*

W zakresie, w jakim modyfikacja treści cyfrowych lub usługi cyfrowej dostarczanych konsumentowi przez przedsiębiorcę, w tym rozwijanie i dodawanie nowych funkcjonalności, nie następuje w wykonaniu obowiązków przedsiębiorcy wynikających z umowy lub przepisów prawa, przetwarzanie w tym celu danych osobowych dotyczących konsumenta nie może zostać objęte wyłączeniem spod zastosowania przepisów implementujących dyrektywy 2019/770 oraz 2011/83.

Prawodawca unijny przewidział jednak wyjątek od wskazanej zasady. Dotyczy on umów o dostarczanie oprogramowania dystrybuowanego na zasadzie wolnej licencji (*open content*). Zgodnie z art. 3 ust. 5 lit. f dyrektywy 2019/770 nie znajduje ona zastosowania do umów dotyczących oprogramowania oferowanego przez przedsiębiorcę na podstawie bezpłatnej i otwartej licencji w przypadku, gdy konsument nie płaci ceny, a dotyczące go dane osobowe są przetwarzane wyłącznie w celu poprawy bezpieczeństwa, kompatybilności lub interoperacyjności oprogramowania. Przyczyną takiego rozwiązania — jak wynikałoby z motywu 32 do dy-

¹⁴⁴ Oraz w art. 3 ust. 1a dyrektywy 2011/83 o treści nadanej mu w art. 4 pkt 2 lit. b dyrektywy „Omnibus”.

¹⁴⁵ Zakres czynności prowadzących do „dostarczenia” treści cyfrowych lub usługi cyfrowej wskazany został w art. 5 dyrektywy 2019/770. Wykonanie umowy może wymagać również doprowadzenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej do stanu zgodnego z umową (art. 14 ust. 2 dyrektywy 2019/770) lub dostarczenia niezbędnych aktualizacji (art. 7 ust. 3, art. 8 ust. 2 dyrektywy); brak dostarczenia aktualizacji stanowi bowiem przejaw niezgodności z umową, nie zaś niedostarczenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, o czym świadczy motyw 44 do dyrektywy 2019/770.

rektywy 2019/770 — jest fakt, że dostarczanie oprogramowania w modelu *open content* wnosi wkład w badania i innowacje na rynku treści i usług cyfrowych. Prawodawca unijny nie precyzuje przy tym typu licencji *open content* mającej stanowić podstawę dostarczenia oprogramowania¹⁴⁶. Istotne jest zatem jedynie to, aby treść umowy licencyjnej spełniała wymogi wskazane w powołanym przepisie oraz motywie do dyrektywy 2019/770. Musi ona więc uprawniać konsumenta nie tylko do swobodnego dostępu i korzystania z oprogramowania, lecz także do jego modyfikacji oraz rozpowszechniania w zmodyfikowanej wersji.

Dostrzec należy przy tym, że dyrektywa 2011/83, znowelizowana mocą przepisów dyrektywy 2019/2161 „Omnibus”, nie zawiera przepisów ograniczających jej zastosowanie do umów analizowanych w niniejszym podrozdziale. Tym samym przedsiębiorcy dystrybuujący oprogramowanie w modelu *open content* w zamian za uzyskanie możliwości przetwarzania danych osobowych dotyczących konsumenta (innych niż dane przetwarzane w celu dostarczenia oprogramowania oraz spełnienia wymogów prawnych) są objęci obowiązkami wynikającymi z implementujących ją przepisów. Poszukując uzasadnienia takiej decyzji legislacyjnej, można podnieść argument, że spełnienie obowiązków informacyjnych, przewidzianych w art. 5–8 dyrektywy 2011/83, nie stanowi dla przedsiębiorcy ciężaru porównywalnego z ponoszeniem obiektywnej odpowiedzialności za niedostarczenie lub niezgodność z umową treści cyfrowych lub usługi cyfrowej¹⁴⁷. Nasuwa się jednak pytanie, czy otrzymanie informacji wymienionych w powołanych przepisach jest rzeczywiście przydatne konsumentowi w sytuacjach, gdy nie spełnia on świadczenia pieniężnego, a szczegółowe informacje o przetwarzaniu dotyczących go danych osobowych (w tym o danych kontaktowych administratora) powinien otrzymać na podstawie przepisów RODO¹⁴⁸. Informacje udzielane na podstawie przepisów implementujących dyrektywę 2011/83 mogłyby stanowić źródło wiedzy o funkcjonalności, kompatybilności i interoperacyjności oprogramowania udostępnionego mu na zasadzie wolnej licencji¹⁴⁹ (umożliwiając oszczędzenie czasu niezbędnego do jego testowania). Nie spełniałyby natomiast jednej ze swoich zasadniczych funkcji, jaką jest wpływ na ocenę zgodności treści cyfrowych lub usługi cyfrowej z umową¹⁵⁰, skoro odpo-

¹⁴⁶ Poszczególne typy licencji *open content* przedstawia m.in. P. Wasilewski: *Open content. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2008, s. 37–48.

¹⁴⁷ Istnienie po stronie konsumenta uprawnienia do odstąpienia od umowy w czasie namysłu (zob. art. 9–16 dyrektywy 2011/83) również nie stanowi dodatkowego ciężaru dla przedsiębiorcy z uwagi na fakt, że w praktyce takie same skutki dla stron umowy, w której dane osobowe stanowią przedmiot świadczenia, wywołałoby cofnięcie przez konsumenta zgody na przetwarzanie danych osobowych lub złożenie sprzeciwu wobec przetwarzania opartego na przesłance niezbędności do realizacji prawnie uzasadnionych interesów administratora (zob. art. 6 ust. 1 lit. f RODO). Uwaga ta odnosi się jedynie do skutków prawnych złożenia wspomnianych oświadczeń.

¹⁴⁸ Zob. w szczególności art. 13–15 RODO.

¹⁴⁹ Zob. art. 6 ust. 1 lit. r–s dyrektywy 2011/83 oraz art. 12 ust. 1 pkt 19–20 u.p.k.

¹⁵⁰ Zob. art. 6 ust. 5 dyrektywy 2011/83 (oraz art. 22 u.p.k.), stanowiący, że informacje, które przedsiębiorca zobowiązany jest przekazać konsumentowi najpóźniej z chwilą zawarcia umowy na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa, stanowią integralną jej część.

wiedzialność przedsiębiorcy z tego tytułu wyłączona jest na podstawie powołanych wyżej przepisów dyrektywy 2019/770. Zasadność nałożenia na niego wspomnianych obowiązków, przy braku ponoszenia odpowiedzialności za niedostarczenie lub niezgodność treści cyfrowych lub usługi cyfrowej z umową, może być zatem podawana w wątpliwość. Odpowiednie wyważenie zakresu tych obowiązków jest zaś niezwykle istotne z uwagi na ryzyko przeciążenia konsumenta informacjami udostępnianymi mu w związku z zawarciem umowy i rozpoczęciem przetwarzania dotyczących go danych osobowych, których ilość może ostatecznie odstraszyć go od zapoznawania się z nimi w jakimkolwiek zakresie (zjawisko *information overload*)¹⁵¹.

4. WYŁĄCZENIE ZASTOSOWANIA DYREKTYW 2019/770 ORAZ 2011/83 A INNE CELE PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH

Analiza zakresu czynności przetwarzania danych osobowych, nieprowadzących do zastosowania przepisów implementujących dyrektywy 2019/770 oraz 2011/83, nasuwa wątpliwość, czy został on sformułowany w odpowiednio szeroki sposób. Dostrzec należy bowiem sytuacje, w których istnieje praktyczna potrzeba przetwarzania danych, nieprowadząca do osiągania korzyści ekonomicznych przez przedsiębiorcę, a jednocześnie niemająca bezpośrednio na celu dostarczenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej bądź spełnienia wymogów prawnych. Za przykład może służyć przetwarzanie dokonywane celem obrony przed roszczeniami konsumenta (np. o naprawienie za szkody majątkowe lub niemajątkowe wyrządzone w konsekwencji naruszenia przepisów RODO¹⁵²). Zasadna w tym kontekście byłaby argumentacja zakładająca, że jako „przetwarzanie w celu umożliwienia przedsiębiorcy spełnienia wymogów prawnych”¹⁵³ należałoby traktować również czynności mające na celu sprostanie spoczywającemu na przedsiębiorcy ciężarowi dowodowemu w postępowaniach sądowych lub administracyjnych, jeżeli w tych postępowaniach dąży on do ochrony swoich interesów. Taka wykładnia powołanych przepisów zapobiegłaby absurdalnej sytuacji, w której przedsięwzięcie przez przedsiębiorcę opisanych wyżej działań miałoby wywołać skutki w sferze jego odpowiedzialności za naruszenie trwającego zobowiązania z umowy o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej. Podobne zastrzeżenia można wyrazić w odniesieniu do pominiętego w dyrektywach 2019/770 oraz 2011/83 przetwarzania przez przedsiębiorcę

¹⁵¹ Na temat tego zjawiska zob. m.in. A. Chirita: *The Rise of Big Data and the Loss of Privacy* (w:) *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach*, eds. M. Bakhouma et al., Berlin–Heidelberg 2018, s. 163–164.

¹⁵² Zob. art. 82 ust. 1 RODO.

¹⁵³ Zob. art. 3 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2019/770 oraz art. 3 ust. 1a dyrektywy 2011/83 o treści nadanej mu w art. 4 pkt 2 lit. b dyrektywy 2019/2161 „Omnibus”.

danych osobowych, niezbędnego do ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą (lub innej osoby fizycznej), oraz do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi¹⁵⁴.

IV. PODSUMOWANIE

Zestaw przesłanek wyłączających zastosowanie dyrektyw 2019/770 oraz 2011/83 do umów o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej w zamian za możliwość przetwarzania danych osobowych dotyczących konsumenta nie ma jednorodnego charakteru. Odnoszą się one zarówno do celów przetwarzania danych przez przedsiębiorcę, jak i do istnienia umowy kreującej stosunek zobowiązaniowy między przedsiębiorcą udostępniającym treści cyfrowe w Internecie oraz osobą fizyczną, która z nich korzysta.

Uchylenie się przedsiębiorcy od odpowiedzialności za niedostarczenie bądź niezgodność treści cyfrowych lub usługi cyfrowej z umową nie wymaga, aby wszystkie dokonane przez niego czynności przetwarzania danych osobowych były niezbędne do spełnienia świadczenia albo wykonania innych obowiązków prawnych. Istotne jest tylko, aby cel przetwarzania danych nie wykraczał poza wyżej wymienione. Ustalając katalog tych celów, prawodawca unijny kierował się oceną, czy ich realizacja może prowadzić do osiągania przez przedsiębiorcę porównywalnych korzyści ekonomicznych do otrzymania ceny. Katalog ten został jednak sformułowany zbyt wąsko, bowiem poza nim (przy literalnej interpretacji przepisów wspomnianych dyrektyw¹⁵⁵) pozostaje chociażby przetwarzanie danych osobowych dokonywane w celu ochrony przed roszczeniami przeciwko przedsiębiorcy wysuwanymi przez konsumenta.

Możliwość sprecyzowania zakresu świadczenia przedsiębiorcy dostarczającego spersonalizowane treści cyfrowe lub usługę cyfrową (w tym odróżnienie przetwarzania danych osobowych, dokonywanego w celu jego spełnienia, od przetwarzania zmierzającego do innych celów) w oparciu o rozsądne oczekiwania kontrahenta, świadczy o tym, że w dobie umów masowych kryterium to ma kluczowe znaczenie nie tylko dla wykładni oświadczeń woli (lub oświadczeń w ogóle)¹⁵⁶, lecz jest istotne także w sferze prawa publicznego, to jest w kontekście oceny legalności przetwarzania danych osobowych¹⁵⁷. Co ważne, w odniesieniu do świadczeń speł-

¹⁵⁴ Legalizowanych, odpowiednio, przez art. 6 ust. 1 lit. d oraz art. 6 ust. 1 lit. e RODO.

¹⁵⁵ W kontekście prawa polskiego zob. art. 3 ust. 1 pkt 11 u.p.k.

¹⁵⁶ Rozróżnienie to traci na znaczeniu przy zastosowaniu teorii uzasadnionych oczekiwań jako kryterium kluczowego dla ustalania praw i obowiązków stron stosunków zobowiązaniowych. Zob. R. Schulze, F. Zoll: *European..., op. cit.*, s. 43.

¹⁵⁷ Znaczenie rozsądnych oczekiwań podmiotu danych, w kontekście podstaw legalnego ich przetwarzania, nie wyczerpuje się na powoływanej wyżej przesłance niezbędności przetwarzania do wykonania umowy (art. 6 ust. 1

nianych w wykonaniu umowy o dostarczenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej analiza rozsądnych oczekiwań konsumenta może prowadzić do uznania, że zakres świadczenia przedsiębiorcy jest węższy niż opisany we wzorcu umownym lub informacjach przedkontraktowych. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w których przedsiębiorca formułuje ten wzorec w taki sposób, aby możliwie jak najszerszy zakres czynności przetwarzania danych osobowych uzasadnić niezbędnością do wykonania umowy, zastrzegając przykładowo, że elementem jego świadczenia jest wyświetlanie konsumentowi spersonalizowanych reklam.

Odpowiedź na pytanie o to, kiedy umożliwienie skorzystania z treści cyfrowych udostępnianych nieograniczonemu kręgowi internetowych odbiorców stanowi ofertę zawarcia umowy, a kiedy czynność faktyczną, prawodawca unijny pozostawia natomiast ustawodawcom krajowym. W tym kontekście najbardziej odpowiednimi kryteriami oceny są specyfika treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, warunki uzyskania dostępu do nich przez konsumenta oraz treść informacji przedkontraktowych, również oceniane z perspektywy rozsądnych oczekiwań konsumenta. Z ich użyciem należałoby *ad casum* badać, czy uzależnienie możliwości skorzystania z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej od wyświetlenia konsumentowi reklam lub dostarczanie ich z jednoczesnym przetwarzaniem wyłącznie metadanych, o których mowa w motywie 25 do dyrektywy 2019/770¹⁵⁸, wiąże się z zastosowaniem przepisów implementujących wspomnianą dyrektywę. Należałoby zatem uznać, że zasadniczo nie dochodzi do zawarcia umowy o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej w przypadkach, gdy internauta jedynie uruchamia powszechnie dostępną stronę internetową i zapoznaje się z jej zawartością, na przykład wyświetlając film lub nagranie dźwiękowe albo korzystając z powszechnie dostępnej wyszukiwarki internetowej. Obecność reklam wśród treści cyfrowych lub usługi cyfrowej nie zmienia tej oceny. Co do zasady, konsument będzie mógł natomiast rozsądnie zakładać powstanie zobowiązania wtedy, gdy specyfika treści cyfrowych lub usługi cyfrowej pozwala na ciągłość w korzystaniu z nich, a dostęp do nich uzależniony jest od założenia konta, akceptacji regulaminu lub udzielenia zgody na przetwarzanie danych osobowych. Prowadzi to do wniosku, że w wielu przypadkach korzystanie z treści cyfrowych nie wiąże się z nawiązaniem jakiegokolwiek stosunku zobowiązaniowego¹⁵⁹, nawet gdy towarzyszy mu przetwarzanie danych osobowych dotyczących

lit. b RODO). Kryterium to jest istotne również przy badaniu możliwości powołania się na przesłankę niezbędności przetwarzania do ochrony prawnie uzasadnionych interesów administratora (zob. art. 6 ust. 1 lit. f oraz motyw 47 do RODO) oraz przy ocenie, czy zgodne z prawem jest przetwarzanie danych do innych celów niż te, dla realizacji których zostały one pierwotnie zebrane (zob. motyw 50 do RODO).

¹⁵⁸ Oraz w motywie 35 do dyrektywy „Omnibus”.

¹⁵⁹ Ocena ta nie wiąże się jednak z akceptacją teorii tzw. faktycznych stosunków umownych, która była rozwijana w szczególności w doktrynie prawa niemieckiego. Konstrukcja ta odnosiła się do masowego obrotu dóbr i zakładała, że publiczne udostępnienie świadczenia oraz skorzystanie z niego przez inną osobę nie stanowią oświadczeń woli. Jej krytyka obejmuje przede wszystkim zarzut, że możliwe i zasadne jest przypisanie konsensu stronom takich czynności na podstawie społecznie przyjętych reguł znaczeniowych. To zaś uzasadnia zakwalifikowanie skorzystania ze środka komunikacji miejskiej lub zakupu w automacie sprzedawowym jako czynności

internauty przez przedsiębiorcę (oraz czerpanie z tego zysków przez przedsiębiorcę). Sytuacja prawna użytkownika portalu internetowego może, w tym kontekście, ulegać płynnym zmianom, ponieważ wiele platform pozwala na korzystanie z niektórych ich funkcjonalności w sposób świadczący o braku zawarcia umowy, umożliwiając jednocześnie założenie konta, którego specyfika może przemawiać za powstaniem zobowiązania.

Prawodawca unijny pozwala jednak na przyjęcie innej interpretacji niż zaproponowana w niniejszym opracowaniu. Kwalifikacja wszystkich opisanych wyżej zdarzeń jako prowadzących do zawarcia umów nie zwiększy jednak istotnie poziomu ochrony prawnej konsumenta. Wynika to z faktu, że jego rozsądne oczekiwania (kluczowe również dla oceny, czy przedmiot świadczenia jest zgodny z umową) nie powinny, przykładowo, obejmować niezawodności powszechnie dostępnych stron internetowych oraz poprawności i użyteczności zamieszczonych na nich informacji. Ponadto, nieprzydatne z perspektywy konsumenta okazują się w tym kontekście przewidziane w przepisach dyrektywy 2011/83 uprawnienia do otrzymania informacji przedkontraktowych, a także tak zwane konsumenckie uprawnienie do odstąpienia od umowy. Uznanie, że w wymienionych sytuacjach dochodzi do zawarcia umów cywilnoprawnych, wiązałoby się natomiast z nałożeniem na przedsiębiorcę dodatkowych obowiązków informacyjnych oraz ponoszeniem przez niego sankcji administracyjnych lub prawnych z tytułu ich naruszenia. Skoro zatem ochrona wynikająca z potencjalnej kwalifikacji tych zdarzeń jako kreujących stosunek zobowiązaniowy jest w znacznej mierze zbędna z perspektywy konsumenta, to w ten sam sposób należałoby ocenić również potrzebę nałożenia wspomnianych ciężarów na przedsiębiorców. Powyższe względy przemawiają za powstrzymaniem się przed nadmiernie szerokim zastosowaniem konstrukcji umowy cywilnoprawnej w odniesieniu do typowych przejawów korzystania z Internetu (inaczej zatem niż zaproponowano w projekcie ustawy implementującej dyrektywę 2019/770 do prawa niemieckiego oraz analizowanym w niniejszym opracowaniu wyroku SOKiK). Odmienne podejście prowadziłoby *de facto* do ziszczenia się wyrażanych niekiedy w doktrynie obaw przed „uregulowaniem całego Internetu”¹⁶⁰.

BIBLIOGRAFIA

Albers M., Veit R.: *Komentarz do artykułu 6 RODO (w:) BeckOK Datenschutzrecht*, Hrsg. A. Wolff, S. Brink, Beck Online 2022.

prowadzących do zawarcia umów cywilnoprawnych. Z powyższych przyczyn we współczesnej doktrynie jest ona odrzucana. Zob. m.in. H.W. Eckert: *Komentarz do § 145 BGB (w:) Beckscher Online-Kommentar zum BGB*, Hrsg. W. Hau, R. Poseck, Beck Online 2021, nb 16; Z. Radwański: *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 87–91.

¹⁶⁰ Zob. m.in. K. Sein, G. Spindler: *The new Directive...*, *op. cit.*, s. 263.

- Barta P., Kawecki M., Litwiński P.: *Komentarz do artykułu 4 RODO (w:) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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). Komentarz*, pod red. P. Litwińskiego, Warszawa 2021.
- Beale H., Fauvrque-Cosson B., Rutgers J., Vogenauer S.: *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford 2019.
- Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar*, Hrsg. R. Schulze, Baden-Baden 2021.
- Bygrave L., Tosoni L. (w:) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, eds. C. Kuner, L. Bygrave, C. Docksey, Oxford 2020.
- Chirita A.: *The Rise of Big Data and the Loss of Privacy (w:) Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach*, eds. M. Bakhoun et al., Berlin–Heidelberg 2018.
- Clifford D., Graef I., Valcke P.: *Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent — Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections*, German Law Journal 2019, nr 20, s. 679–721.
- Czech T.: *Prawa konsumenta. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Dybka W.: *Dane osobowe dotyczące konsumenta jako przedmiot świadczenia*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2023, z. 1, s. 95–168.
- Eckert H.W.: *Komentarz do § 145 BGB (w:) Beckscher Online-Kommentar zum BGB*, Hrsg. W. Hau, R. Poseck, Beck Online 2021.
- Efroni Z.: *Gaps and opportunities: The rudimentary protection for “data-paying consumers” under new EU consumer protection law*, Weizenbaum Institute for the Networked Society — The German Internet Institute 2020, <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/66845> (dostęp: 3 marca 2023 r.).
- Efroni Z.: *Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation (w:) Smart urban mobility: law, regulation, and policy*, eds. M. Finck et al., Berlin 2020.
- Faust F.: *Digitale Wirtschaft — Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?*, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, <http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/1376130/26847040/1455040340113/Faust+Digitale+Wirtschaft+-+Analoges+Recht+Gutachten+fur+den+71.+DJT.PDF> (dostęp: 28 kwietnia 2023 r.).
- Finck M., Pallas F.: *They who must not be identified — distinguishing personal from non-personal data under the GDPR*, International Data Privacy Law 2020, nr 1, s. 11–36.
- Europejska Rada Ochrony Danych: *Wytyczne 2/2019 w sprawie przetwarzania danych osobowych na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) RODO*, 8 października 2019 r.,

- https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_pl.pdf (dostęp: 3 marca 2023 r.).
- Europejski Inspektor Ochrony Danych: *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 14 marca 2017 r., https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf (dostęp: 3 marca 2023 r.).
- Fiesler C., Hallinan B.: *“We Are the Product”: Public Reactions to Online Data Sharing and Privacy Controversies in the Media*, Conference on Human Factors in Computing Systems Paper, 2018, https://cmci.colorado.edu/~cafi5706/CHI2018_FieslerHallinan.pdf (dostęp: 3 marca 2023 r.).
- Gumularz M.: *Świadczenie usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Hacker P.: *Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2019, nr 2, s. 148–197.
- Hacker P.: *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance (w:) Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*, Hrsg. S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden-Baden 2020.
- Hennemann M.: *Qualität von Video-Sharing-Plattformen (w:) Grundfragen des Digitalvertragsrechts*, Hrsg. M. Schmidt-Kessel, C. Möllnitz, Tübingen 2022.
- Janowski J.: *Technologia informacyjna dla prawników i administratywistów. Szanse i zagrożenia elektronicznego przetwarzania danych w obrocie prawnym i działaniu administracji*, Warszawa 2009.
- Kocot W.: *Wpływ Internetu na kształtowanie się współczesnej koncepcji oświadczenia woli*, Warszawa 2004.
- Kramme M.: *Qualitätsanforderungen der Digitale-Inhalte-Richtlinie an Online-Suchmaschinen (w:) Grundfragen des Digitalvertragsrechts*, Hrsg. M. Schmidt-Kessel, C. Möllnitz, Tübingen 2022.
- Księżak P.: *Precarium w prawie polskim*, Rejent 2007, nr 2, s. 58–76.
- Langhanke C., Schmidt-Kessel M.: *Consumer Data as Consideration*, Journal of European Consumer and Market Law 2015, nr 6, s. 218–223.
- Litwiński P.: *Pojęcie danych osobowych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych — glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 19.10.2016 r. w sprawie C-582/14 Patrick Breyer*, Europejski Przegląd Sądowy 2017, nr 5, s. 52.
- Loos M.: *European harmonisation of online and distance selling of goods and the supply of digital content*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper 2016/27, <https://ssrn.com/abstract=2789398> (dostęp: 3 marca 2023 r.).
- Lubasz D. (w:) *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, pod red. E. Bielak-Jomaa, Warszawa 2018.
- Machnikowski P.: *Struktura zobowiązania (w:) System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020.

- Martens S.: *Komentarz do § 312 BGB* (w:) *Beckscher Online-Kommentar zum BGB*, Hrsg. W. Hau, R. Poseck, Beck Online 2021.
- Martens S.: *Schuldrechtsdigitalisierung*, München 2022.
- Metzger A.: *A Market Model for Personal Data: State of the Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services* (w:) *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*, eds. S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden-Baden 2020.
- Metzger A.: *Komentarz do § 327 BGB* (w:) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3. Schuldrecht — Allgemeiner Teil II*, Hrsg. W. Krüger, München 2022.
- Metzger A.: *Komentarz do § 327e BGB* (w:) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3. Schuldrecht — Allgemeiner Teil II*, Hrsg. W. Krüger, München 2022.
- Mischau L.: *Daten als „Gegenleistung“ im neuen Verbrauchervertragsrecht*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2020, nr 2, s. 335–365.
- Pałka P.: *Terms of Service are Not Contracts — Beyond Contract Law in the Regulation of Online Platforms* (w:) *European Contract Law in the Digital Age*, ed. S. Grundmann, Cambridge 2018.
- Pałka P.: *Ciało obce — zasady RODO a gospodarka rynkowa*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2022, nr 5, s. 62–84.
- Pecyna M.: *Merger clause jako zastrzeżenie wyłączności dokumentu, klauzula integralności umowy, reguła wykładni umowy*, Warszawa 2013.
- Pecyna M.: *Implementacja dyrektywy o umowach o dostarczenie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej — wyzwania dla ustawodawcy krajowego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2021, z. 3, s. 607–624.
- Południak-Gierz K.: *Wady oświadczenia woli w umowach zawieranych na internetowym rynku konsumenckim*, Warszawa 2020.
- Południak-Gierz K.: *Personalization of Consumer Contracts — Should We Personalize Information Duties* (w:) *Legal challenges in the new digital age*, eds. M.L. Kubica, M.D. Green, A.M. López Rodríguez, Leiden 2021.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, eds. C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, München 2009.
- Principles of European Contract Law. Parts I and II (Combined and Revised)*, prepared by the Commission of European Contract Law, eds. O. Lando, H. Beale, The Hague–London–Boston 2000.
- Radwański Z.: *Teoria umów*, Warszawa 1977.
- Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) — Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, München 2009.

- Robert R., Smit L.: *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, ERA Forum 2018, nr 19, s. 159–177.
- Schulze R., Zoll F.: *European Contract Law*, Baden-Baden 2021.
- Schwaiger L., Vogler D., Eisenegger M.: *Change in News Access, Change in Expectations? How Young Social Media Users in Switzerland Evaluate the Functions and Quality of News*, The International Journal of Press/Politics 2022, nr 3.
- Sein K., Spindler G.: *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services — Scope of Application and Trader's Obligation to Supply — Part I*, European Review of Contract Law 2019, nr 3, s. 257–279.
- Sobczyk A.: *RODO. Rozproszona władza publiczna*, Kraków 2019.
- Staudenmayer D. (w:) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, eds. R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden-Baden 2020.
- Vukmirović V., Domazet I., Kostić-Stanković M.: *Personalized Social Media Communication Based on Millennials' Attitudes*, 2020, <http://ebooks.ien.bg.ac.rs/1480/> (dostęp: 3 marca 2023 r.).
- Wasilewski P.: *Open content. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2008.
- Wendehorst C.: *Personal Data in Data Value Chains — Is Data Protection Law Fit for the Data Economy?* (w:) *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*, eds. S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden-Baden 2020.
- Wendehorst C.: *Komentarz do § 312 BGB* (w:) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3. Schuldrecht — Allgemeiner Teil II*, Hrsg. W. Krüger, München 2022.
- Whittaker S., Riesenhuber K.: *Conceptions of Contract* (w:) *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, eds. G. Dannemann, S. Vogenauer, Oxford 2013.
- Wielgus K.: *Umowa o używanie portalu społecznościowego. Zagadnienia konstrukcyjne* (w:) *Prawo a media społecznościowe*, pod red. R. Markiewicza, Kraków 2022.
- Wyrwiński M.: *Dostarczanie treści cyfrowych w Internecie — problem kwalifikacji prawnej świadczenia* (w:) *Nie tylko hipoteka... Zeszyt jubileuszowy dedykowany Profesorowi Jerzemu Pisulińskiemu*, pod red. M. Kućki, K. Pałki, Warszawa 2015.
- Zoll F.: *Personal data as consideration* (w:) *Digital Content. Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*, eds. R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse, Baden-Baden 2017.

Słowa kluczowe: dane osobowe, dyrektywa 2019/770, dyrektywa 2011/83, dyrektywa „Omnibus”, umowy o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, świadczenie, ochrona konsumenta, platforma internetowa.

WOJCIECH DYBKA

EXEMPTIONS FROM APPLICATION
OF THE EU DIRECTIVES 2019/770 AND 2011/83 RELATING
TO THE CONCLUSION OF THE CONTRACT
AND THE PURPOSES OF PERSONAL DATA PROCESSING

S u m m a r y

The EU Directives 2019/770 and 2011/83 expand consumer's protection against non-performance of contracts for the supply of digital content or digital services to agreements under which a consumer does not pay a price, but rather provides an entrepreneur with a possibility to process personal data. In order to determine applicability of those two directives to such arrangements, certain prerequisites have to be met. Firstly, a contract must be concluded. It is, however, not clear how to distinguish factual use of digital content made available to the public in the Internet from entering into contract. Secondly, the directives are not applicable in the case where an entrepreneur processes personal data relating to a consumer solely for the purpose of supply of digital content or digital services. This raises a problem with clarification of the scope of entrepreneur's performance, in particular when the terms of service artificially expand it to include profiling of consumer's behaviour in order to display targeted advertisements as part of digital service.

Key words: personal data, Directive 2019/770, Directive 2011/83, "the Omnibus" Directive, contracts for the supply of digital content or digital services, consideration, consumer protection, Internet platform.

carriage of goods takes into account the MTO's right for redress in cases involving an unlocalized loss. By the use of combination of the descriptive and the normative method in Section 4, solutions to the problem identified in Section 3, that the MTO might encounter when initiating his recourse action, will be provided.

The Section 3 will reveal that the MTO will encounter the problem of identifying the actually responsible performing carrier in cases involving an unlocalized loss and therefore his recourse action will not be possible under the unimodal legal framework even though that the multimodal legal framework will provide for determination of his liability also in cases involving an unlocalized loss. Section 4 will provide two solutions to the problem — the new recourse system for the multimodal carriage of goods based on the concept of the successive carriage under the CMR Convention and localization of a loss by the use of the Internet of Things (IoT).

Key words: MTO, Multimodal Transportation, Recourse Action, Unlocalized Loss, Unimodal Conventions, Uniform Liability System, Network Liability System, Localization of Loss, Internet of Thing, Successive Carriage.