



**Karolina
Szota**

Dark patterns a ochrona konsumenta w świetle polskiego prawa

KAROLINA SZOTA

DARK PATTERNS A OCHRONA KONSUMENTA
W ŚWIEŹLE POLSKIEGO PRAWA



Warszawa 2022

Wydawnictwo powstało w ramach serii „Biblioteka UOKiK”. Niniejsza zajęła III miejsce w konkursie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na najlepszą pracę magisterską poświęconą ochronie konsumentów w edycji 2021/2022.

Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym opracowaniu są osobistymi opiniami autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Copyright @ 2022 Karolina Szota Wszelkie prawa zastrzeżone.

Praca magisterska napisana pod kierunkiem naukowym prof. dr. hab. Rafała Blicharza

ISBN 978-83-64681-39-4

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl

Skład i druk:
Drukarnia Piotra Włodarskiego
ul. Ksawerów 21
02-656 Warszawa
www.wlodarski.pl

STRESZCZENIE

Współcześnie obrót handlowy w znacznej części przenosi się do Internetu. Gwałtowny wzrost konkurencyjności oraz zaostrenie walki o klienta doprowadziły do wystąpienia wielu nadużyć ukierunkowanych na autonomię woli konsumenta. Niniejsza praca stanowi próbę analizy zjawiska *Dark Patterns*, którego istnienie zostało pierwotnie dostrzeżone oraz opisane w 2010 roku przez angielskiego *User Experience Consultant* Harry'ego Brignulla. Pojęciem *Dark Patterns* obejmuje się zbiorczo wszelkie techniki manipulowania procesem decyzyjnym konsumenta w przestrzeni wirtualnej. Zrozumienie istoty zjawiska pozwala na dostrzeżenie nowego zagrożenia na rynku konsumenckim. Głównym celem niniejszego opracowania jest poczynienie ustaleń, czy w polskim porządku prawnym istnieje skuteczny instrument ochrony konsumenta przed stosowaniem technik manipulacji typowych dla zjawiska określanego pojęciem *Dark Patterns*. Analizy dokonano poprzez przegląd poszczególnych ustaw z zakresu prawa prywatnego oraz publicznego.

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	8
Wstęp	9
Rozdział I. Dark Patterns - wirtualna technika manipulacji.....	11
1. Opis zjawiska Dark Patterns	11
2. Pojęcia i rodzaje Dark Patterns	13
3. Mild Dark Patterns oraz Aggressive Dark Patterns	21
Rozdział II. Pojęcie i pozycja prawna przedsiębiorcy oraz konsumenta w kontekście zjawiska Dark Patterns	25
1. Definicja przedsiębiorcy	25
1.1. Prawo publiczne	25
1.1.1. Prawo przedsiębiorców	25
1.1.2. Prawo konkurencji.....	27
1.2. Prawo prywatne	31
2. Definicja konsumenta	32
2.1. Prawo prywatne	32
2.2. Prawo publiczne	33
3. Ustawa o prawach konsumenta	35
3.1. Obowiązki stawiane przedsiębiorcom w umowach zawieranych poza lokałem przedsiębiorstwa lub na odległość	35
3.2. Pojęcie zgody konsumenta.....	38
Rozdział III. Prywatnoprawne instrumenty ochrony konsumenta	40
Wstęp	40
1. Błąd w świetle art. 84 Kodeksu cywilnego	40

1.1. Pojęcie i charakterystyka	40
1.2. Kwalifikacja prawna Dark Patterns	44
2. Podstęp w świetle art. 86 Kodeksu cywilnego	46
2.1. Pojęcie i charakterystyka	46
2.2. Kwalifikacja prawna Dark Patterns	48
3. Wyzysk w świetle art. 388 Kodeksu cywilnego.....	49
3.1. Pojęcie i charakterystyka	49
3.2. Wyzysk konsumenta w świetle art. 304 Kodeksu karnego	52
3.3. Kwalifikacja prawna Dark Patterns	53
Rozdział IV. Publicznoprawne instrumenty ochrony konsumenta	55
Wstęp	55
1. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji	55
1.1. Pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji	55
1.2. Nazwane i nienazwane czyny nieuczciwej konkurencji.....	58
1.3. Kwalifikacja prawna Dark Patterns	61
2. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym	63
2.1. Dyrektywa 2005/29/WE - znaczenie dla ochrony rynku	63
2.2. Nieuczciwa praktyka rynkowa - pojęcie i charakterystyka	65
2.3. Praktyki rynkowe wprowadzające w błąd	67
2.4. Agresywne praktyki rynkowe	70
2.5. Kwalifikacja prawna Dark Patterns	72
3. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów	73
3.1. Zakaz stosowania niedozwolonych postanowień umownych	73
3.2. Praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów	76
3.3. Kwalifikacja prawna Dark Patterns	78

Wnioski podsumowujące pracę	79
Bibliografia	81
Źródła prawa	81
Orzecznictwo	81
Literatura	83
Inne źródła	88
Wykaz obrazów	88

Wykaz skrótów

Źródła prawa

- k.c. *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740)
- k.k. *Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444)
- p.p. *Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców* (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162)
- u.o.k.k. *Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz.U. z 2021 r. poz. 275)
- u.p.k. *Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta* (Dz.U. z 2020 r. poz. 287)
- u.p.n.p.r. *Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2070)
- u.z.n.k. *Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913)

Czasopisma i publikatory

- Dz.U. „Dziennik Ustaw”
- Dz.Urz. „Dziennik Urzędowy”
- Dz.U.UE „Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej”
- FP „Forum Prawnicze”
- GSP „Gdańskie Studia Prawnicze”
- IKAR „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny”
- KPP „Kwartalnik Prawa Prywatnego”
- MoP „Monitor Prawniczy”
- PiP „Państwo i Prawo”
- PPH „Przegląd Prawa Handlowego”
- PPP „Przegląd Prawa Publicznego”
- SPP „Studia Prawa Prywatnego”

Inne

- ADP Aggressive Dark Patterns
- DP Dark Patterns
- MDP Mild Dark Patterns
- TSUE Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
- UE Unia Europejska
- UOKiK Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Współcześnie walka o uwagę konsumenta pomiędzy podmiotami gospodarczymi stała się niezwykle zaciekle. Gwałtownie rosnąca konkurencja wśród podmiotów pochodzących z tożsamyh lub zbliżonych gałęzi gospodarki prowadzi znacznie częściej do stosowania nieuczciwych technik, polegających na próbie manipulowania zachowaniem konsumenta, podczas dokonywania przez niego wyboru korzystnej dla siebie oferty. Analiza zjawiska pozwala na stwierdzenie, że są to zwykle subtelne, czasem nawet trudno dostrzegalne działania przedsiębiorców, które prowadzą do zniekształcenia procesu decyzyjnego konsumenta. Stosowanie technik tego rodzaju spotyka się jednak z krytyką. Ocena moralna działań podejmowanych na rynku w relacjach pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem jest niezwykle trudna. Z jednej strony występuje podmiot o najczęściej silniejszej pozycji pod względem gospodarczym (przedsiębiorca), z drugiej zaś - słabszy uczestnik obrotu - konsument. Uzasadnione jest zatem wymaganie poszanowania praw oraz interesów konsumenta. Nie należy jednak tracić z pola widzenia wspomnianej konkurencyjności występującej na rynku konsumenckim, a w szczególności liczby podmiotów oferujących tę samą usługę lub towar. Każdy z uczestników rynku działa przecież we własnym interesie i dla celów zarobkowych, co determinuje jego zachowania oraz sposób postępowania z kontrahentami. System prawny od lat gwarantuje, a ściślej mówiąc stara się gwarantować konsumentom należną ochronę prawną. Szybki rozwój technologiczny, którego przejawem jest między innymi upowszechnienie się korzystania z Internetu sprawia, że regulacje prawne w niedługim czasie staną się przestarzałe i nieefektywne.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest jedna z takich technik stosowanych przez przedsiębiorców, której ocena etyczna jest wysoce problematyczna. Tak zwane *Dark Patterns* są obecne w przestrzeni wirtualnej na całym świecie. Choć pojęcie to nie jest jeszcze popularne, można pokusić się o stwierdzenie, że niemal każdy użytkownik, który kiedykolwiek uczestniczył w jakiegokolwiek transakcji handlowej w przestrzeni wirtualnej, był bardziej lub mniej narażony na stosowanie tej techniki.

Rozdział pierwszy skupia się na zaznajomieniu czytelnika ze zjawiskiem *Dark Patterns* oraz przedstawieniu ich rodzajów i przykładów. Jako że temat ten jest w Polsce nowy, praca nad problematyką w dużej mierze opiera się na zagranicznych źródłach wiedzy.

Rozważania na temat samego mechanizmu ochrony konsumenta przed *Dark Patterns* należy rozpocząć od próby jego prawnej kwalifikacji w świetle rozwiązań polskich regulacji. Rozdział drugi stanowi wprowadzenie do takiej kwalifikacji, traktując o podstawowych stronach stosunków handlowych z udziałem konsumenta, różnicach w ich definiowaniu oraz funkcji, jaką pełnią w obrocie gospodarczym.

Po przedstawieniu zagadnień wprowadzających kluczowe stało się ustalenie, czy w krajowym porządku prawnym istnieje skuteczny instrument ochrony konsumenta przed stosowaniem technik manipulacji typowych dla zjawiska nazywanego DP. Celem niniejszej pracy jest próba odnalezienia dostępnego instrumentu prawnego poprzez analizę poszczególnych ustaw z zakresu prawa prywatnego oraz publicznego. Dokonana na łamach kolejnych stron zawartych w ramach rozdziałów III i IV pracy analiza pozwoliła ustalić, czy istnieje konieczność podjęcia prac legislacyjnych.

nych w zakresie ochrony konsumentów przed DP, w szczególności na poziomie prawodawstwa Unii Europejskiej.

W niniejszej pracy wykorzystane zostały zarówno krajowe, jak i zagraniczne źródła informacji, w tym orzecznictwo oraz poglądy wyrażane w doktrynie.

Rozdział I.

Dark Patterns - wirtualna technika manipulacji

1. Opis zjawiska *Dark Patterns*

Rozważania na temat zjawiska *Dark Patterns* rozpocząć należy od przedstawienia modelu działania, na jakim zostało ono oparte. Nie można byłoby mówić o tym zjawisku bez istnienia zaawansowanej technologii, dzięki której dociera ono do swoich odbiorców. *Dark Patterns* działają w oparciu o inteligentny system, który jest niczym innym jak oprogramowaniem komputerowym (ang. *software*). Oprogramowanie to zostało zaprojektowane tak, by działać indywidualnie, dostosowując się do potrzeb swojego użytkownika lub osiągnięcia celu nakreślonego przez projektanta (programistę). System uznajemy za inteligentny, gdy jest zdolny do przewidywania ludzkiego zachowania na bazie analizy dostępnych danych obejmujących intencje, pragnienia czy zapatrywania użytkownika¹. Zdaniem A. Krasuskiego przez sztuczną inteligencję rozumie się pewien zestaw środków, dzięki którym wybrane ludzkie kompetencje zostają przejęte przez urządzenie zdolne do rozwiązywania problemów, które początkowo mogły być rozwiązywane wyłącznie przez umysł człowieka².

Aby system inteligentny, zaprojektowany dla potrzeb użytkownika, był jednocześnie rzetelny, muszą istnieć narzędzia, dzięki którym użytkownik może w pełni rozumieć działanie oprogramowania. Doprowadza to bowiem do pożądanej dla konsumenta sytuacji, w której podejmuje on decyzje dotyczące własnych interakcji świadomie, zgodnie z jego wolą, niezagłuszoną przez wolę podmiotów trzecich. Cel ten można osiągnąć poprzez zagwarantowanie działania systemu opartego na komunikatach wyświetlanych na interfejsie użytkownika instruujących i sygnalizujących mu kolejne kroki w procesie komunikacji między nim a oprogramowaniem (aplikacją komputerową). Interfejs użytkownika rozumiemy jako „część programu obsługująca komunikację między nim a użytkownikiem”³.

Zdobycie zaufania użytkownika jest podstawowym czynnikiem warunkującym zbycie usługi czy towaru. Wydaje się to szczególnie ważne w wypadku umów zawieranych przez Internet, bowiem kontakt interpersonalny jest wówczas ograniczony do zera. Użytkownik nie ma żadnej bezpośredniej (fizycznej) styczności z kontrahentem, toteż dostosowanie inteligentnego systemu, zdolnego do zapewnienia obsługi klienta równej takiej, która wykonana byłaby w świecie rzeczywistym, zdaje się kluczowe. System taki musi być zdolny do komunikowania się z użytkownikiem podczas dokonywania transakcji, a także do wyjaśniania wszelkich wątpliwości podczas tego procesu. Wskazuje się, że złożoność inteligentnych systemów może prowadzić

1 M.P. Singh. 1994. *Multiagent systems*. A Theoretical Framework for Intentions, Know-How, and Communications, Springer, Berlin, Heidelberg 1994 (<https://doi.org/10.1007/BFb0030532>), s. 3 (dostęp: 15.02.2021 r.).

2 A. Krasuski, *Status prawny sztucznego agenta. Podstawy prawne zastosowania sztucznej inteligencji*, Warszawa 2021.

3 *Interfejs użytkownika*, Encyklopedia PWN, 2021 (<https://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/interfejs>) (dostęp: 15.02.2021 r.).

do przytłoczenia interfejsu użytkownika wielością komunikatów oraz objaśnień. W konsekwencji koszty procesu rzetelnej komunikacji z użytkownikiem najczęściej będą przewyższać potencjalne zyski. Z drugiej zaś strony istnieje ryzyko, że konsument będzie zniechęcony do sfinalizowania transakcji. Może to sprzyjać strategii zdobywania zaufania użytkownika, polegającej na stosowaniu niejasnych, wprowadzających w błąd komunikatów, które znacząco przyspieszają i upraszczają proces decyzyjny konsumenta⁴.

Wskazuje się, że termin *Dark Patterns* (z ang. ciemny wzór, ciemny wzorzec) został ukuty w 2010 roku przez angielskiego *User Experience Consultant* Harry'ego Brignulla⁵. *User experience* (UX) opisuje ogół doświadczeń i wrażeń, które towarzyszą użytkownikowi podczas korzystania z produktu czy usługi. Projektowanie UX polega na dostosowywaniu interfejsu użytkownika tak, by był on przyjazny oraz użyteczny, a nadto, by ułatwiał korzystanie z danej usługi proponowanej na przykład w formie aplikacji komputerowej⁶. Inne materiały źródłowe nazywają zjawisko *Dark Patterns* (DP) zamiennym terminem *Malicious Interfaces* (MI), oznaczającym złośliwe interfejsy⁷. Na podstawie obserwacji zjawiska w środowisku wirtualnym można zdefiniować to pojęcie jako zespół technik manipulujących zachowaniem użytkownika poprzez takie zaprojektowanie interfejsu, które będzie zmuszać go do wybierania dyspozycji niekoniecznie korespondujących z jego preferencjami⁸. Są to swego rodzaju anty-wzorce projektowe, których zadaniem jest wprowadzanie w błąd użytkownika oraz skłanianie go do podjęcia czynności pożądaných przez aplikację komputerową, a tym samym przedsiębiorcę lub przeciwnie - uniemożliwianie podjęcia czynności zamierzonych poprzez wykorzystanie elementu nieświadomości⁹. Tym, co odróżnia *Dark Patterns* od nieprawidłowo czy nieprzejrzysto zaprojektowanych interfejsów, jest celowość postępowania, która jest zasadniczym kryterium wyłonienia zastosowanej manipulacji. W żadnym wypadku nie można mówić w kontekście *Dark Patterns* o przypadkowości, bowiem zastosowanie ich musi być nastawione na uzyskanie bezpośredniej korzyści, najczęściej majątkowej. Należy podkreślić, że zjawisko to niesie zagrożenie nie tylko w wypadku transakcji handlowych, których przedmiotem będą najczęściej towary i usługi, ale jest także strategią zdobywania wrażliwych danych użytkowników, co może skutecznie destabilizować system ochrony prywatności w przestrzeni wirtualnej.

Elementem kluczowym techniki zdaje się być wykorzystanie impulsywności, jaką kieruje lub może kierować się przeciętny użytkownik. Charakterystyczną cechą wymiany handlowej w przestrzeni wirtualnej jest szybkość procesu decyzyjnego, pozwalającego jej uczestnikom na zawieranie transakcji na odległość w niemal niezakłócony przez warunki zewnętrzne sposób. Wykorzystanie impulsywności jest zatem metodą,

4 M. Chromik, M. Eiband, S.T. Völkel, D. Buschek. *Dark Patterns of Explainability, Transparency, and User Control for Intelligent Systems*. In Joint Proceedings of the ACM IUI 2019 Workshops, Los Angeles 2019 (<http://ceur-ws.org/Vol-2327/IUI19WS-ExSS2019-7.pdf>), s. 2 (dostęp: 15.02.2021 r.).

5 *Ibidem*, s. 3.

6 Pismo Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 1.12.2020 r., 0111-KDIB1-3.4010.389.2020.2.APO; Pismo Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 20.07.2020 r., 0115-KDIT1.4011.379.2020.2.MK.

7 A. Lemos, D. Marques, *Malicious Interfaces: strategies for personal data collection in apps*, V!rus, Sao Carlos, 2019 (http://www.nomads.usp.br/virus/_virus19/?sec=4&item=2&lang=en), s. 2 (dostęp: 18.02.2021 r.).

8 L.J. Strahilevitz, J. Luguri, "Dark Patterns": *Online Manipulation of Consumers*, University of Chicago, Coase-Sandor Global Lecture Series 2020 (<https://www.law.uchicago.edu/recordings/lior-j-strahilevitz-dark-patterns-online-manipulation-consumers>) (dostęp: 18.02.2021 r.).

9 A. Lemos, D. Marques, *Malicious Interfaces...*, s. 2.

która ma uniemożliwić użytkownikowi podjęcie przemyślanej i samodzielnej decyzji co do zakupu danej usługi lub produktu czy też przekazania danych osobowych. Podstawą zjawiska *Dark Patterns* jest zatem dogłębna analiza psychologii i modelu działania przeciętnego użytkownika występującego na rynku wirtualnym, która pozwoli dostosować interfejs w taki sposób, aby jak najpełniej dopasowywał się do potencjalnie wykonanych akcji oraz równocześnie rozmiął się z interesem użytkownika, na rzecz korzyści osiąganey po drugiej stronie transakcji.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy wskazać, że opisywane zjawisko jest techniką manipulacji ludzkim zachowaniem w przestrzeni wirtualnej. Projektanci stron internetowych wykorzystują wiedzę na temat działania przeciętnego użytkownika w celu wdrożenia zwodniczej funkcjonalności, która nie leży w jego najlepszym interesie. Podkreślenia wymaga fakt, że stosowanie *Dark Patterns* jest w każdym wypadku celowe i wymierzone w interes użytkownika, który zostaje wprowadzony w błąd. Zwykle wykorzystują możliwości poznawcze i skłaniają konsumentów internetowych do zakupu towarów i usług, których nie chcą nabyć, lub do ujawniania danych osobowych, których woleliby nie ujawniać.

2. Pojęcia i rodzaje *Dark Patterns*

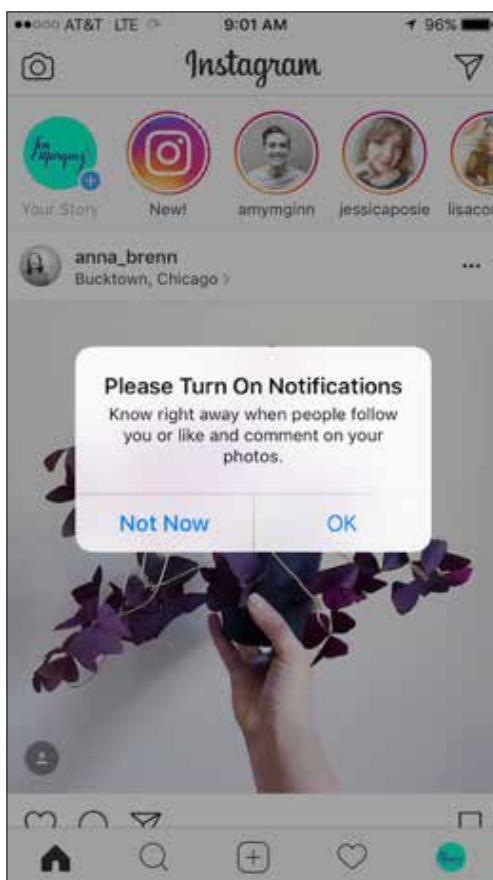
Szacuje się, że w Polsce aż 73% internautów dokonuje zakupów przez Internet¹⁰. Jak już podkreślono, nie tylko transakcje sprzedaży dają sposobność do manipulowania zachowaniem konsumenta, jednak będzie to najczęstszy przypadek, w którym użytkownicy są narażeni na wprowadzanie ich w błąd poprzez złośliwe interfejsy. Nie sposób wyjaśnić, czym są *Dark Patterns* bez wskazania przykładów ich użycia w sieci. Literatura przedmiotu wskazuje, iż pierwotnie wyłoniono dwanaście rodzajów ciemnych wzorców, które zostały następnie pogrupowane wedle pięciu kategorii¹¹. W zależności od materiału źródłowego nazewnictwo kolejnych rodzajów oraz ich podrodzajów różni się. Przyczynami rozbieżności pojęć są przede wszystkim mnogość oraz różnorodność przykładów *Dark Patterns*, które można odnaleźć podczas korzystania z Internetu każdego dnia. Z uwagi na liczebność nazewnictwa oraz wyróżnianych kategorii zjawiska poniżej przedstawiono jedynie wybrane rodzaje *Dark Patterns*.

Najczęściej wyróżnianym *Dark Pattern* jest **nagging** (ang. dokuczliwy, dręczący), opisywany jako drobne przekierowania oczekiwanej funkcjonalności, które mogą utrzymywać się podczas jednej lub więcej interakcji na stronie internetowej czy w aplikacji komputerowej. Zwykle objawia się jako powtarzające się komunikaty (tzw. *push notifications*) podczas wykonywania zwykłych akcji. Kluczowym elementem tej techniki jest przerywanie pożądaney przez użytkownika czynności przez inne, niezwiązane z nią alerty i powiadomienia. Zwykle cyklicznie pojawiające się okno, często połączone z sygnałem dźwiękowym, będzie mieć charakter rozpraszaający uwagę użytkownika, doprowadzając do sytuacji, w której interfejs zostaje częściowo lub całkowicie zasłonięty przez niechciane okno, co w konsekwencji utrudnia, a nawet uniemożliwia wykonanie pożądaney interakcji. Inne źródła wskazują, że technika *nagging* polegać może nadto na uniemożliwianiu odmówienia dokonania konkretnej

10 Gemius, *E-commerce w Polsce 2020*, Warszawa 2020 (<https://www.gemius.pl/wszystkie-artykuly-aktualnosci/e-commerce-w-polsce-2020.html>), s. 12 (dostęp: 20.02.2021 r.).

11 M. Chromik, M. Eiband, S.T. Völkel, D. Buschek. *Dark Patterns of Explainability...* s. 2.

czynności przez użytkownika. Ma to miejsce wówczas, gdy interfejs nie pozostawia opcji odmówienia wykonania danej akcji, proponując jedynie opcje akceptacji lub odroczenia decyzji¹².

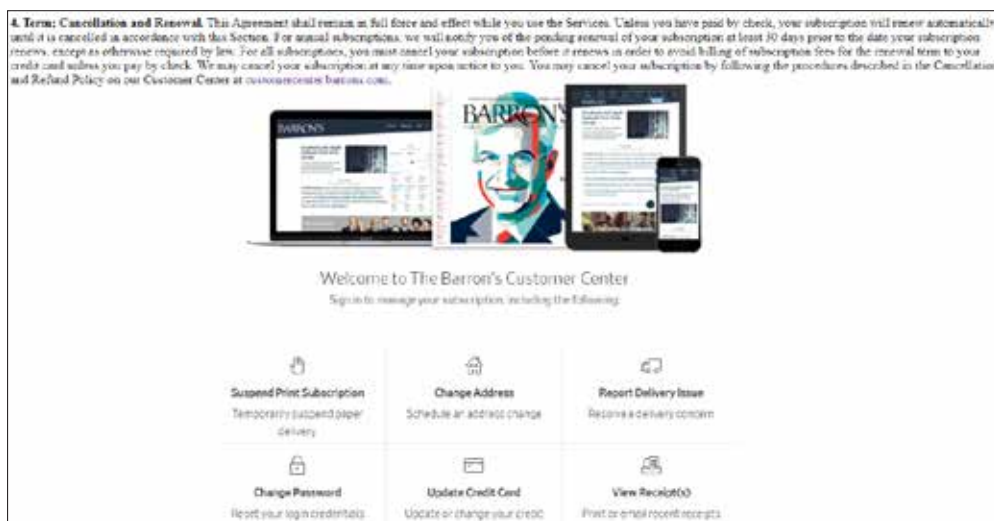


Obraz 1. Przykład zastosowania *Dark Pattern* w postaci *nagging*.
Instagram: No Option for “No”, Nagging (Instagram: Brak opcji „Nie”) (<https://dark-patterns.uxp2.com/pattern/instagram-no-option-for-no/>)(dostęp: 20.02.2021 r.)

Na przykładzie obrazu 1 można zauważyć, że interfejs aplikacji Instagram uniemożliwia użytkownikowi odmówienia akcji wyłączenia powiadomień. W tym wypadku konsument może jedynie zgodzić się na otrzymywanie powiadomień dotyczących aktywności na swoim koncie lub odłożyć decyzję w czasie. Można zakładać, iż wybranie opcji „Not now” (ang. „Nie teraz”) sprawi, że komunikat tożsamej treści będzie pojawiać się cyklicznie podczas korzystania z aplikacji.

12 L.J. Strahilevitz, J. Luguri, “Dark Patterns”: Online Manipulation...

Kolejnym rodzajem złośliwych interfejsów jest **obstruction** (ang. przeszkoda, zablokowanie). Polega na wprowadzaniu przeszkód na drodze użytkownika do wykonania określonej akcji. Zazwyczaj zastosowanie tej techniki ma na celu zniechęcenie konsumenta do wykonania pożądanego czynności, która nie leży w interesie przedsiębiorcy. Przykładem takiej sytuacji może być próba rezygnacji z usługi mailingowej, polegającej na otrzymywaniu wiadomości dotyczących nowych ofert oraz promocji proponowanych przez sklep internetowy (tzw. *newsletter*). Operator usługi zwykle nie będzie zainteresowany tym, aby adresat zrezygnował z otrzymywania wiadomości, bowiem dzięki nim może stale rozszerzać bazę danych klientów. Swoistą przeszkodą może być wymaganie od użytkownika wykonania szeregu skomplikowanych czynności, mających na celu rezygnację z usługi. Zwykle ma to miejsce, gdy użytkownik łatwo rejestruje się w usłudze, ale zamknięcie konta lub anulowanie usługi jest trudne lub niemożliwe. Typowy wzorzec interakcji wymaga, aby użytkownik zadzwonił pod numer telefonu w celu zlikwidowania konta, po czym zostanie zmuszony do utrzymania go. Ten rodzaj *obstruction* nazywa się pojęciem „Roach Motel”¹³.



Obraz 2. Przykład zastosowania Dark Pattern w postaci obstruction

Opracowanie własne (<https://www.barrons.com/about/subscription-agreement?mod=barCAJbuy>) (dostęp: 21.02.2021 r.)

W przypadku strony internetowej *barrons.com* użytkownik z łatwością może dokonać subskrypcji portalu. Subskrypcja jest odnawialna, opłacana automatycznie każdego miesiąca. Regulamin serwisu nie wskazuje jednak, w jaki sposób użytkownik może anulować subskrypcję. Odsyła do innej strony powiązanej z portalem, która skupia się na obsłudze klienta (*Customer Center*). Po kliknięciu odnośnika strona nadal nie informuje, w jaki sposób można zrezygnować z subskrypcji, gdyż wymaga zarejestrowania bądź zalogowania się do serwisu. Na szczególną krytykę zasługuje fakt, iż w wypadku wykupienia usługi przez użytkownika pochodzącego z kraju innego niż

¹³ UXP2 Dark Patterns, *Obstruction*, 2021 (<https://darkpatterns.uxp2.com/patterns-2/obstruction/>) (dostęp: 21.02.2021 r.).

Stany Zjednoczone będzie on zmuszony do wykonania połączenia do mieszczącej się tam centrali serwisu lub innej siedziby z oznaczonego regionu (obraz 3).

If you are subscribed to Barron's, MarketWatch, WSJ Student or WSJ Professor products, you can cancel online at any time by logging into [Customer Center](#) and selecting Cancel Subscription.

For all other subscribers, please contact Customer Service at the numbers listed below as we do not accept cancellations by mail or email or by any other means other than calling Customer Service. If you purchased your subscription through a third party, please contact them directly.

In the U.S?

- The Wall Street Journal: 1-800-JOURNAL or Toll: 1-609-627-1351
- Barron's Magazine: 1-800-544-0422 or Toll: 1-609-520-4800

Outside the US?

- EMEA Region: +44(0)20 3426 1313
- APAC Region: 800 901 216

For the full list of toll free numbers by country, please [click here](#).

Obraz 3. Przykład zastosowania *Dark Pattern* w postaci obstruction

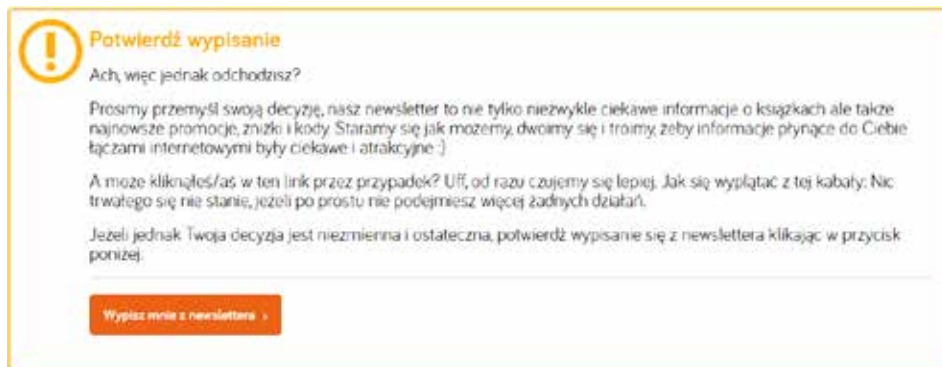
Opracowanie własne (<https://customercenter.barrons.com>) (dostęp: 21.02.2021 r.)

Można przypuszczać, że subskrybenci zamieszkujący państwa obce będą skutecznie zniechęceni do rezygnacji z usługi, zważając chociażby na wysoki koszt połączeń międzynarodowych.

Wskazuje się także na istniejący podtyp *obstruction* w postaci wykreowania wirtualnej waluty, która ma służyć dokonywaniu zakupów w danej aplikacji, zwykle mobilnej. Walutę taką można nabyć za oznaczoną cenę wyrażoną w prawdziwej walucie. Strategia ta ma polegać na tym, że użytkownik traci kontrolę nad tym, ile pieniędzy wydaje na zakupy w aplikacji mobilnej w rzeczywistości, bowiem zostaje oderwany od faktycznej wartości na rzecz waluty wykreowanej na potrzeby aplikacji. Pozwala to zwykle na dokonywanie zakupów w sposób bardziej nieprzemyślany i mniej powsięgliwy. Zjawisko to obserwuje się głównie wśród dostawców gier mobilnych¹⁴.

Z kolei ze zjawiskiem *confirmshamingu* (ang. zawstydzanie potwierdzenia) mamy do czynienia wówczas, gdy na użytkownika wywiera się presję emocjonalną, której zadaniem jest wzbudzenie wyrzutów sumienia z powodu dokonania pożądanego akcji. Celem tej techniki jest zatem wywieranie nacisku psychicznego wywołującego poczucie wstydu czy zażenowania. Użytkownicy podatni na tego rodzaju manipulację mogą, zgodnie z zamiarem twórcy, rezygnować z zamierzonych czynności bądź podejmować akcje, których początkowo nie planowali wykonać.

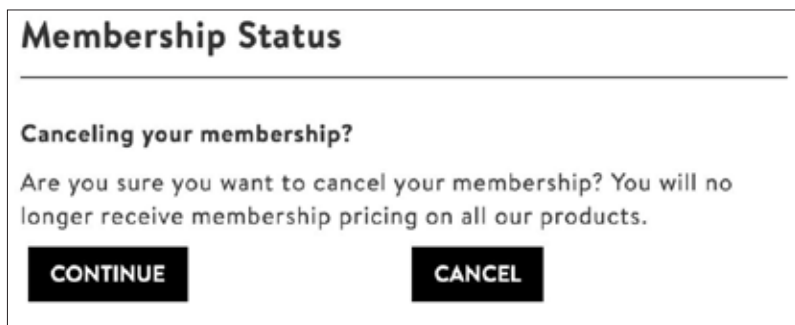
14 UXP2 Dark Patterns, *Obstruction:Intermediate Currency*, 2021 (<https://darkpatterns.uxp2.com/patterns-2/obstruction/>) (dostęp: 21.02.2021 r.).



Obraz 4. Przykład zastosowania *Dark Pattern* w postaci *confirmshaming*
 Opracowanie własne (<https://www.taniaksiazka.pl/Unsubscribe?Id=3155&Hash=4d4560232e>) (dostęp: 23.02.2021 r.)

W powyżej przedstawionej sytuacji użytkownik pragnący wypisać się z listy mailingowej jest konfrontowany z obszernym komunikatem, który traktuje o rzekomym wysiłku, jaki twórca wkłada w treści przekazywane subskrybentowi. Zwrot „Ach, więc jednak odchodzisz? Prosimy przemyśl swoją decyzję...” może skutecznie wywoływać u adresata poczucie zmieszania związanego z „rozstaniem” z dostawcą usługi. Wydaje się, że nie ma żadnej konieczności, aby użytkownik był zmuszony wtórnie analizować podjętą przez siebie decyzję.

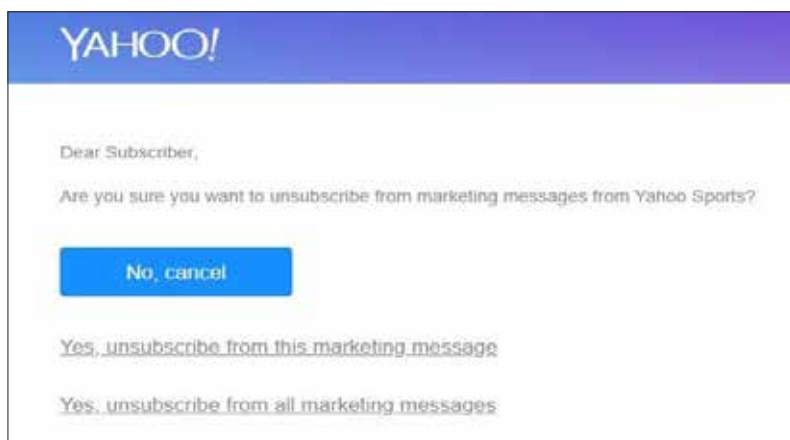
Technika nazywana *confusion* (ang. zakłopotanie, dezorientacja) przybiera formę polegającą na wprowadzeniu użytkownika w stan dezorientacji, gdy nie może być pewien, jaką czynność winien podjąć, by wykonać pożądaną akcję. Użytkownik doświadczający takiego rodzaju *Dark Pattern* będzie zwykle zmuszony do dogłębnej analizy dostępnych akcji.



Obraz 5. Przykład zastosowania *Dark Pattern* w postaci *confusion*
 L.J. Strahilevitz, J. Luguri, *Shining a Light on Dark Patterns*, University of Chicago, Public Law Working Paper No. 719, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 879, 2019 (<https://ssrn.com/abstract=3431205> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3431205>), s. 7 (dostęp: 24.02.2021 r.)

W prezentowanej sytuacji sformułowanie pytania oraz dostępnych akcji może wprowadzić w błąd osobę, której zamiarem jest zrezygnowanie z członkostwa w usłudze. Konieczne są przeanalizowanie dostępnych opcji oraz próba interpretacji, która z nich doprowadzi do pożądanego skutku. Opcja „kontynuuj” może zostać zinterpretowana jako „tak, chcę zrezygnować z członkostwa” lub „kontynuuj moje członkostwo”. Z kolei opcja „anuluj” może sugerować znaczenie „tak, anuluj moje członkostwo” lub „anuluj proces rezygnacji z członkostwa”. Użytkownik nie może zatem być pewien, która z opcji przyniesie zamierzony skutek.

Innym rodzajem złośliwego interfejsu jest **sneaking** (ang. skradać się), nazywany także **misdirection** (ang. niewłaściwie kierować). Jest to rodzaj *Dark Pattern*, gdzie interfejs jest zaprojektowany tak, by ukrywać pewne treści i komunikaty przed użytkownikiem lub opóźniać ujawnienie istotnych informacji. Celem tej techniki jest zwodzenie konsumenta oraz odwrócenie jego uwagi, a w konsekwencji skłonienie do wykonania czynności pierwotnie niezamierzonej. Ukrycie informacji mających dla użytkownika znaczenie może narażać go na nieświadome poniesienie dodatkowych kosztów usługi lub innych niepożądanych konsekwencji. W swojej najprostszej formie technika ma zwykle na celu odwrócenie konsumenta od określonej czynności poprzez uwypuklanie jednych, a ukrywanie innych komunikatów.

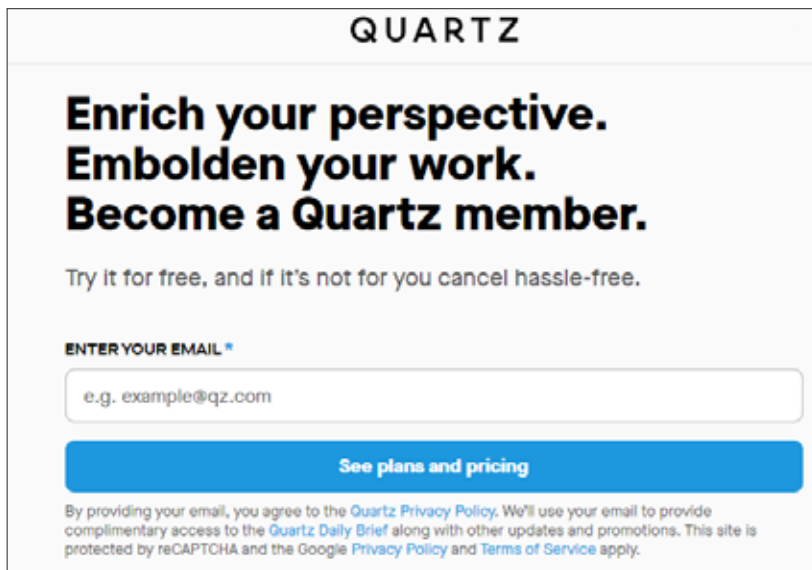


Obraz 6. Przykład zastosowania *Dark Pattern* w postaci *sneaking*
(<https://twitter.com/BrianHershey/status/1167242779342376960/photo/1>) (dostęp: 24.02.2021 r.)

Komunikat z serwisu Yahoo! ponownie dotyczy sytuacji, w której użytkownik zamierza zrezygnować z usługi mailingowej. Najwyraźniej dostrzegalną opcją spośród trzech dostępnych jest opcja „Nie, anuluj [proces rezygnacji z subskrypcji]”. Słabiej widoczne są natomiast opcje potwierdzające rezygnację z subskrypcji, przy czym pierwsza dotyczy rezygnacji z otrzymywania wiadomości o tej konkretnej treści, a dopiero ostatnia powoduje całkowite wypisanie się z listy mailingowej.

Nie sposób nie wskazać w końcu na technikę **forced action** (ang. wymuszone działanie). Wzór ten zmusza użytkownika do wykonania określonej akcji w celu uzyskania dostępu do wybranej funkcji lub usługi. Wymuszona czynność może być krokiem wymaganym do ukończenia oznaczonego procesu, na przykład rejestracji konta w ser-

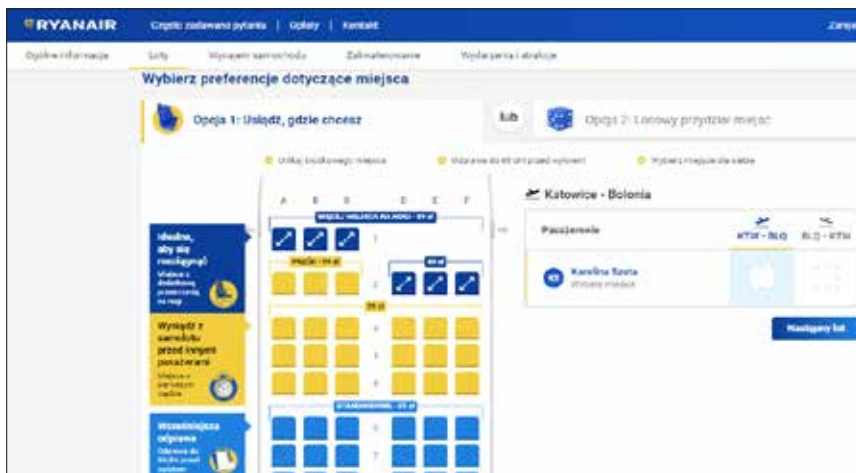
wisie, bądź może być czynnością zamaskowaną, która ma przynieść użytkownikowi rzekome korzyści. W konsekwencji konsument zostaje postawiony przed wyborem całkowitej rezygnacji z określonej funkcjonalności albo przystaniem na warunki narzucone przed przedsiębiorcą, bez możliwości negocjacji. Najczęściej *forced action* służyć będzie wyłudzeniu danych osobowych podmiotów zainteresowanych nabyciem usługi.



Obraz 7. Przykład zastosowania *Dark Pattern* w postaci *forced action*
Opracowanie własne (<https://qz.com/subscribe/email/>) (dostęp: 24.02.2021 r.)

Osoba zainteresowana subskrypcją portalu publikującego wiadomości ekonomiczno-biznesowe jest zmuszona do zapisania się do listy mailingowej, aby móc zapoznać się z ofertą dotyczącą płatnej subskrypcji oraz cen usługi. Oznacza to, że zanim jeszcze użytkownik może podjąć świadomą decyzję co do subskrypcji usługi członkostwa popartą wiedzą o warunkach jej zakupu, zobligowany jest do udostępnienia swojego adresu mailowego. Jednocześnie akceptuje także użycie adresu na potrzeby mailingowe, poprzez które serwis będzie informować o nowych ofertach i promocjach.

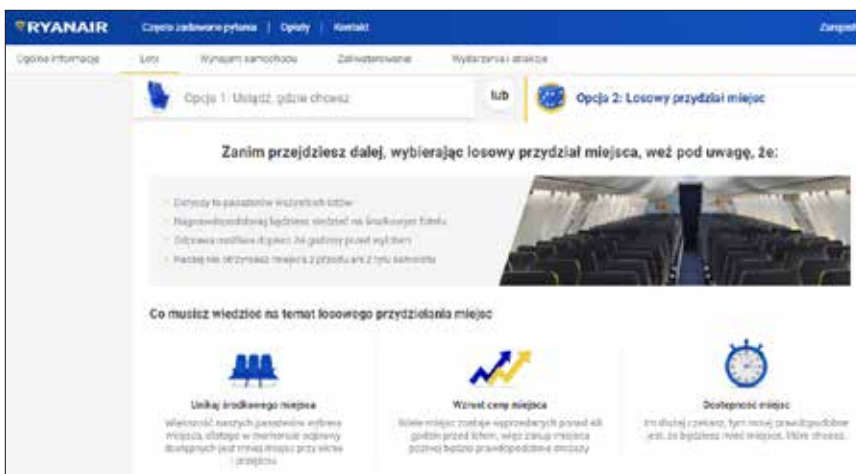
Wymaga podkreślenia fakt, że często spotykaną techniką jest łączenie wielu rodzajów złośliwych interfejsów na jednym serwisie internetowym. Konsument jest więc w takim wypadku narażony na stosowanie wielu manipulacji, które mogą skutecznie pozbawiać go możliwości podjęcia świadomej decyzji co do podjętych czynności. W tym miejscu warto prześledzić fragment zawierania transakcji zakupu biletów lotniczych na stronie przedsiębiorstwa Ryanair.



Obraz 8. Proces zakupu biletów lotniczych na stronie <https://www.ryanair.com/pl/pl>

Opracowanie własne (<https://www.ryanair.com/pl/pl>) (dostęp: 24.02.2021 r.)

Po wybraniu kierunku oraz daty lotu następuje dodanie biletu lotniczego do koszyka zakupów. W kolejnym kroku można wybrać preferencję dotyczącą miejsca, które zajmie się w samolocie. Opcją pierwszą jest odpłatny wybór numeru miejsca siedzącego, którego cena w zależności od usytuowania jest odpowiednio wyższa. Dopiero kolejną proponowaną opcją jest losowy przydział miejsca, który jest całkowicie darmowy.



Obraz 9. Proces zakupu biletów lotniczych na stronie <https://www.ryanair.com/pl/pl>

Opracowanie własne (<https://www.ryanair.com/pl/pl>) (dostęp: 24.02.2021 r.)

Gdy kupujący skorzysta z bezpłatnej opcji losowego przydziału miejsca, komunikat informuje go o korzyściach, jakie przynosi samodzielny wybór, oraz o potencjalnych niedogodnościach, które mogą spotkać kupującego na pokładzie samolotu.



Obraz 10. Proces zakupu biletów lotniczych na stronie
<https://www.ryanair.com/pl/pl>

Opracowanie własne (<https://www.ryanair.com/pl/pl>) (dostęp: 24.02.2021 r.)

Gdy kupujący wybierze opcję dotyczącą preferencji miejsc siedzących, jest obowiązany do wskazania, z jak dużym bagażem będzie podróżować. Po wyborze opcji podstawowej (bezpłatny bagaż podręczny) komunikat na stronie ponownie proponuje wykupienie większego bagażu. Opcja „nie, dziękuję” jest słabiej widoczna, ukryta pod uwypukloną opcją „dodaj 1 bagaż”.

Analiza powyższego przypadku w zderzeniu ze znanymi już technikami manipulacji wirtualnej pozwala stwierdzić, że można odszukać i wskazać co najmniej dwa rodzaje zastosowanych *Dark Patterns*. W pierwszej kolejności *sneaking/misleading* poprzez narzucanie kupującemu płatnej opcji wyboru miejsc siedzących, pomimo że opcja losowego ich przydziału jest dla niego znacznie bardziej korzystna z ekonomicznego punktu widzenia. To także przykład uwypuklania opcji wykupienia dodatkowego bagażu. Kolejno *confirmshaming* w drodze wywierania nacisku psychicznego, wskazując na wszelkie potencjalne niedogodności mogące spotkać kupującego, gdy nie zdecyduje się na wybranie płatnej opcji, preferowanej przez przedsiębiorcę. Uważny konsument, wybierając zakup biletów lotniczych na stronie internetowej Ryanair, z dużym prawdopodobieństwem nie będzie mieć problemu z wyborem najkorzystniejszej dla siebie oferty. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że narażeni na stosowanie *Dark Patterns* mogą okazać się mniej doświadczeni w obyciu ze światem wirtualnym użytkownicy, w tym osoby starsze. Poziom złośliwości *Dark Patterns* z pewnością podlega stopniowaniu, w konsekwencji czego możemy wyróżniać mniej lub bardziej agresywne techniki manipulacji.

3. Mild Dark Patterns oraz Aggressive Dark Patterns

W ramach eksperymentu przeprowadzonego pod przewodnictwem L.J. Strahilevitz badano efektywność *Dark Patterns* w kształtowaniu zachowania konsumenta. Jednocześnie wskazano na istniejące rozróżnienie na *mild* - ang. łagodne (dalej także:

MDP) - oraz *aggressive* - ang. agresywne interfejsy (dalej także: ADP). Badanie zostało przeprowadzone na reprezentatywnej grupie blisko dwóch tysięcy Amerykanów¹⁵. W pierwszej kolejności pytano uczestników eksperymentu o dane podstawowe dotyczące ich: wieku, zatrudnienia oraz preferencji politycznych. Następnie wsparto bazę danych o pytania odnoszące się do miejsca zamieszkania czy numerów telefonu. Zebrane informacje miały stać się podwaliną do poznania efektywności *Dark Patterns*, ze szczególnym uwzględnieniem podatności na ich działanie, w zależności od wieku czy poziomu wykształcenia.

Kolejno prześledzono cechy osobowości uczestników oraz ich postawy i opinie względem ochrony prywatności danych osobowych w zakresie gromadzenia, przechowywania, udostępniania danych stronom trzecim oraz ich szyfrowania. Kluczowym elementem eksperymentu było zebranie danych wrażliwych pod pretekstem badania preferencji dotyczących ich ochrony przed kradzieżą tożsamości. W tym celu wszystkich badanych zakwalifikowano jako osoby szczególnie dbające o swoją prywatność. Uczestnikom przedstawiono ofertę natychmiastowego zapisu do specjalnego programu ochrony przed kradzieżą danych osobowych, prowadzonego przez wyspecjalizowane amerykańskie przedsiębiorstwo. Program miał być bezpłatny przez sześć pierwszych miesięcy użytkowania, następnie subskrypcja kosztowała trzy lub osiem dolarów, w zależności od statusu majątkowego. Uczestnicy mieli wybór przystąpienia lub odrzucenia dołączenia do programu. Niezależnie od tego, którą opcję wybrali, zostali przeniesieni do dalszej części eksperymentu.

Przy zastosowaniu MDP badani mogli wybrać opcję „Zaakceptuj i kontynuuj (zalecane)” lub „Inne opcje”, przy czym przycisk, który akceptował przystąpienie do programu, był domyślnie zaznaczony. Akceptacja była zatem ułatwiona, gdyż wstępnie ją zaznaczono, a użytkownik nie miał prostej drogi do jej odrzucenia. Dodanie zalecenia w nawiasie było formą fałszywej hierarchii, w której konsumenci napotykała zalecenia sformułowane przez rzekomo neutralnego nadawcę i mogą być niepewni, kto wydaje rekomendację i jaka jest podstawa tej rekomendacji.

W dalszej części eksperymentu badani wystawieni byli na analogiczne techniki *Dark Patterns* w różnych postaciach. Im większy opór w przystąpieniu do programu ochrony prywatności występował po stronie uczestników, tym agresywniejszych wzorców użyto. Szczególnie szerokie zastosowanie znalazł *confirmshaming*. W badanych wielokrotnie próbowano wywołać poczucie wstydu związane z brakiem woli uczestnictwa w rozszerzaniu wiedzy na temat ochrony prywatności. Wprowadzono także formy nacisku w postaci ograniczeń czasowych umożliwiających przechodzenie do kolejnych ekranów. W ten sposób wprowadzono opornych uczestników w stan irytacji, niecierpliwości oraz znudzenia. Sposób reagowania na poszczególne kroki eksperymentu oraz szybkość afirmacji rzekomej konieczności uczestnictwa w programie ochrony danych osobowych pozwoliły na wyprowadzenie doniosłych wniosków.

Pierwszy z nich potwierdził z uderzającą precyzją, że *Dark Patterns* realnie wpływają na zachowanie użytkowników wystawionych na ich stosowanie. Skuteczność zmieniała się wraz z intensyfikacją poziomu ich manipulacyjności. Po zastosowaniu łagodnych taktyk ciemnych wzorców współczynnik akceptacji wzrósł ponad dwukrotnie.

15 L.J. Strahilevitz, J. Luguri, *Shining a Light on Dark Patterns* University of Chicago, Public Law Working Paper No. 719, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 879, 2019 (<https://ssrn.com/abstract=3431205> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3431205>), s. 18 (dostęp: 2.03.2021 r.).

nie w stosunku do braku ich stosowania. Gdy uczestnicy byli narażeni na agresywne ciemne wzorce, wskaźnik akceptacji wzrósł jeszcze bardziej, bo aż czterokrotnie. Zaznaczono jednak, że niepoprawne jest wnioskowanie o względnej sile różnych zastosowanych ciemnych wzorców na podstawie liczby spowodowanych akceptacji przystąpienia do programu ochrony danych osobowych. *Dark Patterns*, które zostały użyte na późniejszych etapach eksperymentu, charakteryzowały się niższym prawdopodobieństwem zadziałania, ponieważ osoby, które były najbardziej podatne na *Dark Patterns*, nie uczestniczyły już w badaniu, gdyż zaakceptowały przystąpienie do programu już z początkiem manipulacji¹⁶. Jako że badani byli zróżnicowani pod względem warunków osobistych, byli bardziej lub mniej podatni na stosowanie konkretnych rodzajów ciemnych wzorców. Należy zatem podkreślić, że skuteczność danego rodzaju *Dark Patterns* jest zależna od konkretnej osoby. Mniejsze znaczenie ma natomiast poziom ich agresywności.

Za ważny aspekt eksperymentu należy także uznać koszt usługi przystąpienia do programu ochrony prywatności. Nie było znaczących różnic między oferowaniem usługi na warunkach wysokiej i niskiej stawki cenowej, przy zastosowaniu różnych rodzajów *Dark Patterns* oraz ich zmiennym natężeniu. Potrojenie kosztów usługi nie rzutowało na zmianę podatności na manipulację¹⁷.

Należy zauważyć, że MDP znacznie częściej okazywały się skuteczne z uwagi na swoją pozorną nieszkodliwość. Agresywniejsze techniki wpływały znacząco na nastrój badanych. Im większą natarczywością charakteryzowały się użyte *Dark Patterns*, tym bardziej stawały się zauważalne, a w konsekwencji napotykały opór oraz rozdrażnienie badanych. Jednym z postawionych wniosków był fakt, że osoby, które przystąpiły do programu ochrony prywatności, deklarowały znacznie niższy poziom irytacji (lub jego brak), niż badani, którzy zdolali odeprzeć atak szeregu manipulacji. Oznacza to, że łagodne techniki mogą okazać się bardziej skuteczne, gdyż często nie zostaną nawet dostrzeżone¹⁸.

W końcu podatność badanych na stosowanie *Dark Patterns* zbadano także, uwzględniając ich warunki osobiste. Im niższym poziomem wykształcenia cechowali się badani, tym większe prawdopodobieństwo przystąpienia do programu ochrony prywatności występowało. Jest to niezwykle ważne spostrzeżenie. Internet jest środowiskiem wirtualnym dostępnym w niemal każdym zakątku globu. Trudno wyobrazić sobie społeczność bardziej zróżnicowaną od tej, która na co dzień korzysta z Internetu. Przyjmując wyniki omawianego eksperymentu za przydatne, dojść można do alarmującego wniosku, że ta część społeczności o niższym stopniu wykształcenia jest i będzie znacznie bardziej narażona na stosowanie technik *Dark Patterns*. W konsekwencji znacznie częściej będzie podejmować decyzje odgórnie zmanipulowane. Podobną zależność zauważono w przypadku uczestników o poglądach konserwatywnych. Eksperyment wykazał nadto, że osoby ekstrawertyczne i mniej sumienne są bardziej skłonne zaakceptować program. Sumienność i powściągliwość badanych rzutowały na ich ostrożność w sieci¹⁹.

16 L.J. Strahilevitz, J. Luguri, *Shining a Light on Dark Patterns* Univeristy of Chicago, Public Law Working Paper No. 719, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 879, 2019 (<https://ssrn.com/abstract=3431205> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3431205>), s. 23.

17 *Ibidem*, s. 24.

18 *Ibidem*, s. 25.

19 *Ibidem*, s. 28.

Eksperyment przeprowadzony pod przewodnictwem L.J. Strahilevitz, jako jeden z pierwszych tak szczegółowych opracowań na temat zjawiska *Dark Patterns*, naświetlił alarmujący problem niedostrzeganych praktyk stosowanych w przestrzeni wirtualnej. Wyniki badania wskazały przede wszystkim na powszechność tego zjawiska, a także na rozróżnienie zarówno na wiele wariantów, jak i ich intensywność. Stosowanie mniej lub bardziej agresywnych złośliwych interfejsów stało się na przestrzeni ostatnich lat tak szerokie, że mogłoby wydawać się czymś zupełnie zwykłym i niegroźnym. Eksperyment wskazał jednak wprost, że istnieją grupy społeczne znacznie bardziej narażone na oddziaływanie *Dark Patterns*. Ich stosowanie nie jest, z całą stanowczością, pozbawione szkodliwości. Ceną za ignorowanie tego problemu będzie utrata przez użytkowników wrażliwych danych osobowych oraz rzeczywiste szkody majątkowe, wynikające najczęściej z braku świadomości co do konsekwencji swoich działań. Korzyści, jakie przynoszą, mogą być zakwalifikowane jedynie po stronie usługi online, a dalej przedsiębiorcy, który za nią odpowiada²⁰. To, co jest korzystne dla handlu elektronicznego, będzie negatywnie oddziaływać na konsumentów oraz rynek wirtualny. Nie sposób bowiem oceniać warunków panujących rynku pozytywnie, gdy konsument jest przedmiotem działań manipulacyjnych i wyzyskujących. Ochrona konsumenta jest na tym polu konieczna i musi być rzeczywista. *Ergo* interwencja prawna nie tylko jest uzasadniona, ale i niezbędna.

Po rozpoznaniu rodzajów oraz skali zjawiska *Dark Patterns* rodzi się pytanie, czy opisane techniki są w świetle prawa legalne. Możliwe jest przecież zakwalifikowanie pewnych praktyk rynkowych jako nieuczciwych, a w konsekwencji zastosowanie określonych środków przymusu wobec podmiotów je stosujących, jak na przykład zobowiązanie do zaprzestania naruszania prawa czy nawet pociągnięcie do odpowiedzialności karnej. Wreszcie należy także uważnie prześledzić proces decyzyjny konsumenta oraz pojęcie jego świadomej zgody w świetle prawa zobowiązań. Niestety, opisywane zjawisko jest niezwykle trudne do uchwycenia. Wskazanie jego ram czy granic będzie wymagało swoistej klasyfikacji, która, rzecz jasna, w warunkach stale rozwijającej i rozszerzającej się przestrzeni wirtualnej, będzie niezwykle kłopotliwa. Z całą stanowczością należy jednak stwierdzić, że interes konsumenta oraz gwarancja jego ochrony są kryteriami nadrzędnymi. W sprzeczności z porządkiem prawnym leżałoby ignorowanie potrzeby interwencji prawnej.

20 C.R. Sunstein, *Sludge Audits*, Harvard Public Law Working Paper No. 19-21, Forthcoming, Behavioural Public Policy, 2019 (<https://ssrn.com/abstract=3379367>), s. 12 (dostęp: 9.03.2021 r.).

Rozdział II.

Pojęcie i pozycja prawna przedsiębiorcy oraz konsumenta w kontekście zjawiska *Dark Patterns*

1. Definicja przedsiębiorcy

1.1. Prawo publiczne

1.1.1. Prawo przedsiębiorców

W polskim porządku prawnym występuje wiele definicji legalnych przedsiębiorcy. Oprócz dwóch wiodących definicji tego pojęcia, zamieszczonych w *Kodeksie cywilnym* oraz *Prawie przedsiębiorców*, odrębne unormowania sformułowano w ustawach szczególnych, w tym między innymi w prawie ochrony konkurencji.

Analizę pojęcia przedsiębiorcy należy rozpocząć od fundamentalnej dla uczestników rynku ustawy. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 ust. 1 *Prawa przedsiębiorców* przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą²¹. Nie sposób jednak dokonywać wykładni tej definicji bez analizy pojęcia działalności gospodarczej, która w przeciwieństwie do *Kodeksu cywilnego* została umieszczona w ustawie w art. 3 *Prawa przedsiębiorców*. Zgodnie z tym przepisem za działalność gospodarczą należy uznać zorganizowaną działalność zarobkową, wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły²². Ustawodawca nakreślił zatem cztery cechy charakteryzujące działalność gospodarczą - cechę zorganizowania, zarobkowości, ciągłości oraz wykonywania we własnym imieniu. Podobnie jak w przypadku prawa prywatnego i tutaj wykonywanie działalności gospodarczej ma charakter obiektywny, tym samym znaczenia nie ma subiektywna ocena czy wola jej niewykonywania - przy ocenie okoliczności faktycznych bierze się pod uwagę wyłącznie spełnienie kryteriów ustawowych²³.

Uznaje się, że cecha zorganizowania spełniona jest wówczas, gdy konkretne składniki materialne są przez określony podmiot wykorzystywane, by uczestniczyć w obrocie gospodarczym²⁴. Przykładem przejawu zorganizowania może być wynajęcie lokalu użytkowego z zamiarem prowadzenia w nim działalności gospodarczej czy wyznaczenia go siedzibą podmiotu gospodarczego. Należy jednak podkreślić, szczególnie

21 Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. *Prawo przedsiębiorców* (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162), art. 4 ust. 1, dalej także „*Prawo przedsiębiorców*” lub „p.p.”.

22 Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. *Prawo przedsiębiorców* (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162), art. 3.

23 M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 3, Legalis, Nt 2.

24 A.K. Kruszewski [w:] *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, red. A. Pietrzak, Warszawa 2019, art. 3, LEX, Nt 2.2.

w kontekście niniejszego opracowania, że współcześnie prowadzenie działalności gospodarczej może przybrać postać zupełnie wirtualną. Wskazuje się zatem, że cecha zorganizowania występuje zawsze, gdy określony podmiot dysponuje środkami niezbędnymi do realizacji założonych celów gospodarczych. W konsekwencji nie sposób wyszczególnić określonego katalogu czynności, które świadczyłyby o zorganizowaniu prowadzonej działalności²⁵. Stąd też posługiwanie się odpowiednią domeną internetową, oprogramowaniem komputerowym czy wiedzą technologiczną winno przeważać za pozytywną oceną co do spełnienia tego kryterium.

Cecha zarobkowości jest z kolei definiowana przy zastosowaniu aspektu subiektywnego i obiektywnego. Wiodący przy ocenie konkretnego przypadku działalności prowadzonej przez oznaczony podmiot powinien być jednak aspekt obiektywny - tj. czy działalność ta obiektywnie może przynosić zyski²⁶. W literaturze można spotkać się z krytyką intencjonalnego ukierunkowania na zysk, wynikającego z treści art. 3 *Prawa przedsiębiorców*. Jak wskazuje A. Kidyba, właściwsze byłoby kryterium osiągania przychodów²⁷. Pogląd ten znajduje swoje uzasadnienie także w orzecznictwie. Przykładem może być wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, w którym podkreślono, że dla działalności gospodarczej elementem kluczowym jest jej zarobkowy charakter, natomiast kryterium to zostaje spełnione nie tylko wtedy, gdy prowadzona działalność przynosi realny zysk, ale także, gdy przedsiębiorca był ukierunkowany na osiąganie dochodów, choćby w rzeczywistości ich nie osiągnął²⁸. Takie stanowisko zostało wyrażone także przez Sąd Najwyższy²⁹. Z powyższego wynika, że to zamiar osiągnięcia zysku winien być przeważający, przy dokonywaniu oceny prowadzonej działalności gospodarczej. Działalność nastawiona na uzyskiwanie określonych przysporzeń majątkowych posiada omawiany przymiot zarobkowości. Jej przeciwieństwem będzie działalność dobroczynna, altruistyczna, zwana także społeczną³⁰.

Kolejną z cech działalności gospodarczej, jest jej ciągłość. Próbę interpretacji tego atrybutu można rozpocząć od analizy jego znaczenia językowego. Ciągłość, w kontekście czynności, rozumiana jest jako coś, co trwa bez przerwy, powtarza się stale bądź ciągnie się nieprzerwanie³¹. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w kontekście podejmowania czynności wynajmu lokalu lub dzierżawy urządzeń, nie stanowi działalności gospodarczej sporadyczne dokonywanie tego typu czynności³². Z kolei Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu podkreślił, że przymiotu ciągłości nie należy utożsamiać z obowiązkiem nieprzerywania działalności gospodarczej. Wzrost ciągłości zachowa również działalność prowadzona wyłącznie w danym okresie - sezonie³³. Stosowanie przerw w wykonywaniu działalności gospodarczej czy też jej zawieszanie nie zaprzecza omawianej cesze ciągłości. Podobnie jak w przypadku kryterium zarobkowości, wskazuje się na istotną rolę zamiaru przedsiębiorcy. Zamiar

25 M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, *Prawo przedsiębiorców...* art. 3, Legalis, Nt 4.

26 A.K. Kruszewski [w:] *Prawo przedsiębiorców...*, art. 3, LEX, Nt 2.2.

27 A. Kidyba, *Prawo handlowe...* s. 23.

28 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 listopada 2020 r., III AUa 970/18, LEX nr 3115004.

29 Uchwała Sądu Najwyższego z 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92, OSNC 1993, nr 5, poz. 79.

30 E. Komierzyńska-Orlińska [w:] L. Bielecki, J. Gola, K. Horubski, K. Kokocińska, A. Żywicka, E. Komierzyńska-Orlińska, *Komentarz do ustawy Prawo przedsiębiorców* [w:] *Konstytucja biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 3, LEX, Nt 13b, 13f.

31 *Ciągłość*, Słownik języka polskiego PWN, 2021 (<https://sjp.pwn.pl/slowniki/ci%C4%85g%C5%82o%C5%9B%C4%87.html>) (dostęp: 25.04.2021 r.).

32 Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 17 września 1997 r., I ISA 1089/96, LEX nr 31312.

33 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 16 sierpnia 2012 r., II SA/Po 427/12, Legalis nr 532564.

regularnego, powtarzalnego dokonywania czynności wchodzących w zakres prowadzonej działalności gospodarczej nie może prowadzić do utraty tego statusu, nawet jeśli faktyczne jej wykonywanie trwało bardzo krótko³⁴.

Ostatnim omawianym kryterium jest prowadzenie działalności we własnym imieniu. Podmiot prowadzący działalność gospodarczą obarczony jest ryzykiem, na które składa się przede wszystkim fakt, że działalność ta jest prowadzona samodzielnie oraz na własną odpowiedzialność. W wymiarze prawnym ma to znaczenie przede wszystkim dla tego, kto jest podmiotem praw i obowiązków powstałych w wyniku zawieranych kontraktów handlowych czy innych stosunków prawnych. Podkreśla się, że działalnością gospodarczą nie będzie działalność, w wyniku której wspomniane prawa i obowiązki wystąpią po stronie podmiotu innego aniżeli tego, który działalność wykonuje (tzw. działalność w cudzym imieniu)³⁵. Należy w tym miejscu wskazać, że możliwa jest rozbieżność między prowadzeniem działalności gospodarczej we własnym imieniu i na własny rachunek. Przykładem może być tu działalność agentów czy komisantów³⁶. Warto nadmienić, że prowadzenie działalności samodzielnie nie jest tożsame z osobistym jej prowadzeniem.

Dopiero szczegółowa analiza atrybutów definicji działalności gospodarczej pozwala na rzeczowe posługiwanie się pojęciem przedsiębiorcy zawartym w art. 4 ust. 1 omawianej ustawy. Kategoria podmiotów mogących posiadać status przedsiębiorcy jest tożsama z definicją wynikającą z *Kodeksu cywilnego*. Może nim być każda osoba fizyczna, co do zasady niezależnie od posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych, choć w doktrynie można spotkać się z poglądem, wedle którego tylko pełna zdolność do czynności prawnych osoby fizycznej umożliwia uzyskanie statusu przedsiębiorcy³⁷. Pozostałymi kategoriami podmiotów, które mogą zostać zaliczone do kręgu przedsiębiorców, są osoby prawne oraz jednostki organizacyjne, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną. Podmioty te, w kontekście omówionego już art. 3 *Prawa przedsiębiorców*, wykonywać muszą zorganizowaną działalność zarobkową we własnym imieniu i w sposób ciągły. Wedle art. 4 ust. 2 p.p. przedsiębiorcami są także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

1.1.2. Prawo konkurencji

Głównym celem szeroko pojętego prawa konkurencji jest zapewnienie ochrony konsumentom przy zachowaniu warunków gwarantujących zachowanie prawidłowej konkurencji między przedsiębiorcami. Konkurencja jest zjawiskiem pożądanym, bowiem sprzyja rozwojowi ekonomicznemu oraz technologicznemu, a nadto zmusza przedsiębiorców do stałego podnoszenia poziomu jakości oraz atrakcyjności oferowanych towarów czy usług. Prawo konkurencji obejmuje nadto szereg ustaw regulujących stosunki między przedsiębiorcami, mających na celu ochronę ich swobody realizacji interesów gospodarczych oraz wzajemnej egzystencji w obszarze wolnego rynku.

34 M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, *Prawo przedsiębiorców...* art. 3, Legalis, Nt 5.

35 *Ibidem*, Nt 6.

36 E. Komierzyńska-Orlińska [w:] L. Bielecki, J. Gola, K. Horubski, K. Kokocińska, A. Żywicka, E. Komierzyńska-Orlińska, *Komentarz do ustawy...* art. 3, LEX, Nt 16.

37 A.K. Kruszewski [w:] *Prawo przedsiębiorców...*, art. 4, LEX, Nt 2.1.

Poszczególne regulacje prawa konkurencji wykształciły na własny użytek odrębne definicje przedsiębiorcy, dostosowane do specyfiki regulowanych stosunków prawnych³⁸. Rozpocząć należy od definicji zawartej w art. 2 *Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, wedle której przedsiębiorcami, w rozumieniu ustawy, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową, uczestniczą w działalności gospodarczej³⁹. Już z samego brzmienia przepisu wynika, że definicja ta znajduje zastosowanie wyłącznie na potrzeby omawianej ustawy, której zakres uregulowany został w art. 1. Ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolniej, budownictwie, handlu i usługach - w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów⁴⁰. Definicja przedsiębiorcy sformułowana w art. 2 znacząco różni się od wspomnianych wcześniej definicji pochodzących z *Kodeksu cywilnego* czy *Prawa przedsiębiorców*, choć krąg wymienionych podmiotów jest tożsamy. Jak wskazał J.H. Szlachetko, statusem przedsiębiorców obejmuje się nie tylko podmioty prowadzące działalność gospodarczą w sensie formalnym, ale także uczestniczące w obrocie gospodarczym. Takie uczestnictwo w obrocie może polegać na wykonywaniu zarobkowej działalności wytwórczej, handlowej, usługowej w formie odpłatnej działalności pożytku publicznego. Zbyt wąska definicja przedsiębiorcy uniemożliwiłaby skuteczne zastosowanie mechanizmu zwalczania nieuczciwej konkurencji⁴¹. Jak podkreślił Sąd Najwyższy, dla zakwalifikowania danego podmiotu jako przedsiębiorcy wedle art. 2 u.z.n.k. nie ma znaczenia, czy jego działalność jest nastawiona na zysk (charakter zarobkowy)⁴². Nie ma także konieczności, aby podmiot o statusie przedsiębiorcy prowadził działalność gospodarczą we własnym imieniu. Może być to działalność wykonywana nawet ubocznie, o ile będzie wchodzić w zakres działalności zarobkowej lub zawodowej, przy uczestnictwie w działalności gospodarczej innego podmiotu. Warto nadmienić, że definicja nie obejmuje swoim zastosowaniem podmiotów działających na rzecz lub w imieniu podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Przymiotu przedsiębiorcy nie uzyska zatem osoba u niego zatrudniona⁴³. Według J. Szwai wykonywanie działalności zarobkowej (zawodowej) nie musi charakteryzować się ciągłością - może to być działalność wykonywana sporadycznie⁴⁴. To samo tyczy się jej zorganizowania.

Z kolei *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* definiuje pojęcie przedsiębiorcy w art. 2 pkt 1. Są to osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które prowadzą działalność gospodarczą lub zawodową, nawet jeżeli działalność ta nie ma charakteru organizo-

38 M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 66-67.

39 *Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), art. 2 (dalej także „u.z.n.k.”).

40 *Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), art. 1.

41 J.H. Szlachetko, *Kwalifikacja prawna działalności zarobkowej organizacji pozarządowych w świetle przepisów ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, PPP 2016, nr 4, s. 107-117.

42 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2003 r., II CK 161/02, Legalis nr 61974.

43 K. Szczepanowska-Kozłowska [w:] E. Nowińska, K. Szczepanowska-Kozłowska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 2, LEX, Nt 5-6.

44 J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Wyd. 5, Warszawa 2019, art. 2, Legalis, Nt 33.

wanego i ciągłego, a także osoby działające w ich imieniu lub na ich rzecz⁴⁵. Już na wstępie należy zauważyć, że krąg podmiotowy i tutaj pozostaje niezmienny, a sama definicja zdaje się być zbliżona, choć nieco szersza, od poprzednio omówionego art. 2 u.z.n.k. Za przedsiębiorcę uznać należy podmiot prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową, choć według I. Oleksiewicz wprowadzenie takiego rozróżnienia jest wątpliwe, bowiem pojęcia działalności zawodowej nie można traktować w zupełnym oderwaniu od działalności gospodarczej⁴⁶. Nadto ustawodawca zdecydował się objąć kategorią przedsiębiorcy nie tylko podmioty wykonujące działalność gospodarczą (zawodową) samodzielnie, we własnym imieniu i na własny rachunek, lecz także te, które działalność prowadzą zależnie od innego podmiotu - na jego rzecz lub w jego imieniu. Takie szerokie zdefiniowanie przedsiębiorcy jest uzasadnione ochroną interesu konsumentów, których wymieniona ustawa ma chronić przed skutkami nieuczciwych praktyk rynkowych. Za przykład można wskazać zlecenie innemu przedsiębiorcy przygotowania oraz prowadzenie określonej kampanii reklamowej⁴⁷. Podobnie jak w wypadku art. 2 u.z.n.k., działalność wykonywana przez przedsiębiorcę nie musi nosić znamion zorganizowania czy ciągłości. Prowadzenie jej może mieć zatem charakter sporadyczny, niezależnie od tego, czy jest to działalność główna, czy uboczna. Podkreśla się, że rozwiązanie to pozbawia możliwości uznania takich podmiotów za profesjonalne, bowiem działalność przez nie prowadzona nie musi wyróżniać się powtarzalnością czy schematem podporządkowania na zasadzie racjonalnego gospodarowania, które umożliwiają uczestnictwo w rynku⁴⁸.

Najbardziej rozbudowaną definicję przewiduje *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, której art. 4 pkt 1 stanowi, że za przedsiębiorcę rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów *Ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców*, a także: a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów *Ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców*, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu u.o.k.k., nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów *Prawa przedsiębiorców*, jeżeli podejmuje dalsze działania polegające na kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13 u.o.k.k., d) związek przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 2 u.o.k.k., z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji⁴⁹. Ta szczegółowa definicja ma oczywiście za zadanie gwarantować jak najskuteczniejsze oddziaływanie ustawy antymonopolowej, dzięki objęciu kategorią przedsiębiorcy wszelkich rzeczywistych uczestników obrotu gospodarczego⁵⁰. Jej za-

45 *Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2070), art. 2 pkt 1.

46 I. Oleksiewicz [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 2., LEX, Nt 1.

47 R. Stefanicki [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2009, art. 2., LEX, Nt 2.

48 M. Sieradzka [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, art. 2., LEX, Nt 1.

49 *Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), art. 4 pkt 1 (dalej także u.o.k.k.).

50 E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. II, red. A. Stawicki, Warszawa 2016, art. 4, LEX, Nt. 1.1.

daniem jest w szczególności przeciwdziałanie nadużywaniu pozycji dominującej na rynku oraz ochrona zbiorowych interesów konsumentów. O ile definicja przedsiębiorcy wynikająca z art. 4 *Prawa przedsiębiorców*, do której odsyła art. 4 u.o.k.k. została już omówiona, to w przypadku tego aktu prawnego pozostaje szereg nieznanых innym definicjom pojęć prawnych. Jako pierwsze można wskazać organizowanie lub świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej. Taka działalność będzie wykonywana zwykle przez osoby prawne funkcjonujące w celach zaspokajania potrzeb zbiorowych ludności, takie jak na przykład: jednostki samorządu terytorialnego, organizacje samorządu zawodowego, uczelnie niepubliczne czy publiczne zakłady opieki zdrowotnej. Pomimo że podmioty te najczęściej prowadzą swoją działalność w celach niezarobkowych, to za T. Skoczny należy podkreślić, że założenie o całkowicie niekomercyjnym charakterze ich działalności jest nieprawidłowe, dlatego też ich rzeczywisty udział w obrocie gospodarczym jest zauważalny i musi podlegać przepisom antymonopolowym⁵¹. Z kolei pkt b art. 4 u.o.k.k. odnosi się do podmiotów wykonujących wolne zawody, których podstawowy katalog wyrażony został w *Kodeksie spółek handlowych*, choć w rzeczywistości jest on znacznie szerszy. Istotne jest, aby podmiot reprezentujący wolny zawód wykonywał go we własnym imieniu, bowiem statusu przedsiębiorcy w ramach u.o.k.k. nie zyska osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę czy też innego stosunku cywilnoprawnego⁵². Następnie wg art. 4 pkt c u.o.k.k. za przedsiębiorcę uznaje się każdą osobę fizyczną, nawet gdy nie prowadzi ona działalności gospodarczej, jeżeli sprawuje kontrolę nad innym przedsiębiorcą, podejmując jednak takie czynności, które podlegają kontroli koncentracji na podstawie omawianej ustawy. Pod pojęciem przejęcia kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców⁵³. Dodatkowo, art. 4 pkt 4 lit. a-f u.o.k.k. wymienia przykładowy katalog przypadków, w których przedsiębiorca zyskuje możliwość wywierania decydującego wpływu nad innym podmiotem. Ustawa kreuje bowiem mechanizm „prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorców”⁵⁴. Ostatnim elementem przedmiotowej definicji przedsiębiorcy są związki przedsiębiorców. Zgodnie z art. 4 pkt 2 u.o.k.k. przez związek przedsiębiorców rozumie się izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, o których mowa w pkt 1, jak również związki tych organizacji. Podstawą do tworzenia takich związków jest w szczególności ustawa o izbach gospodarczych, wedle której izba gospodarcza jest organizacją samorządu gospodarczego, reprezentującą interesy gospodarcze zrzeszonych w niej przedsiębiorców, w szczególności wobec organów władzy publicznej⁵⁵. Związki tworzone są zwykle w celach gospodarczo-ekonomicznych, co nie wyklucza także ich roli zawodowej czy kulturalnej. Nie muszą one także prowadzić działalności zarobkowej, co w konsekwencji oznacza, że ustawą antymonopolową obejmuje się także przedsiębiorców *non-profit*. Wymaga podkreślenia fakt, że do związków przedsiębiorców

51 T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. wyd. 2, Warszawa 2014, Legalis, Nt 71.

52 E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie...*, art. 4, LEX, Nt 1.4.

53 *Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), art. 4 pkt 4.

54 K. Kohutek [w:] M. Sieradzka, K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 4, LEX, Nt 5.1.

55 *Ustawa z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych* (Dz.U.2019.579), art. 2.

nie można zaliczyć związków zawodowych tworzonych w celu ochrony interesów pracowniczych⁵⁶.

Analiza poszczególnych aktów prawnych regulujących pojęcie przedsiębiorcy w różnym zakresie pozwala stwierdzić, że spektrum podmiotów, które zdolne są do naruszania praw konsumentów oraz zasad rynkowych, jest niezwykle szerokie. Można jednak przypuszczać, że mnogość definicji przedsiębiorcy okaże się problematyczna przy okazji poszukiwania skutecznych mechanizmów ochrony poprzez oddziaływanie technik manipulacyjnych, które są przedmiotem niniejszego opracowania.

1.2. Prawo prywatne

Analizując pojęcie przedsiębiorcy, nie można pominąć definicji zamieszczonej w *Kodeksie cywilnym*, zgodnie z którą, wedle brzmienia art. 431, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 331 § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową⁵⁷. W literaturze wyróżnia się dwa podstawowe kryteria charakteryzujące tę definicję - kryterium podmiotowe oraz funkcjonalne⁵⁸. Zgodnie z pierwszym z nich przymiot przedsiębiorcy może przysługiwać każdemu podmiotowi stosunków cywilnoprawnych. Przedsiębiorcą może być zatem każda osoba fizyczna, nawet taka, która nie posiada zdolności do czynności prawnych, osoba prawna, jak i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, częstokroć określana mianem „ułamkowej osoby prawnej”⁵⁹. O ile nie budzi wątpliwości fakt, że nie każda osoba fizyczna jest przedsiębiorcą, to należy powtórzyć za A. Kidybą, że nie każda osoba prawna nim jest. Jest to konsekwencją podstawowego celu działania niektórych instytucji będących osobami prawnymi, jeśli celem tym nie jest działalność zarobkowa, nastawiona na osiąganie zysku. Takimi podmiotami mogą być w szczególności fundacje i stowarzyszenia, chyba że posiadają status przedsiębiorcy (tak zwani przedsiębiorcy *non profit*). Dopiero z chwilą rozpoczęcia prowadzenia działalności gospodarczej, wraz ze spełnieniem określonych przesłanek przewidzianych prawem, można mówić o uzyskaniu statusu przedsiębiorcy w kontekście osób prawnych⁶⁰. Podstawową przesłanką uznania określonej osoby za przedsiębiorcę jest prowadzenie przez nią działalności gospodarczej. Pomimo że *Kodeks cywilny* posługuje się pojęciem działalności gospodarczej w art. 431 k.c., to nie została ona zdefiniowana w obrębie tego aktu prawnego, co z kolei zmusza do sięgnięcia do przepisów prawa publicznego. Niemniej wskazać należy, że kryterium funkcjonalne dotyczy prowadzenia działalności gospodarczej (lub zawodowej) we własnym imieniu, co oznacza przede wszystkim działanie na własny rachunek oraz występowanie w charakterze podmiotu ponoszącego bezpośrednią odpowiedzialność w obrocie gospodarczym⁶¹. Na kryterium funkcjonalne pojęcia przedsiębiorcy szczególną uwagę zwrócił Sąd Apelacyjny w Łodzi, który wskazał, że dla prowadzenia działalności gospodarczej (zawodowej)

56 K. Kohutek [w:] M. Sieradzka, K. Kohutek, *Ustawa o ochronie...*, art. 4, LEX, Nt 2.

57 *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 431, dalej jako „k.c.” lub „kodeks cywilny”.

58 K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1-44910*, Wyd. 10, Warszawa 2020, Legalis, Nt 6.

59 G. Górczyński [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1-125)*, red. M. Fras, M. Habbas, Warszawa 2018, art. 33(1), LEX, Nt 4.

60 A. Kidyba, *Prawo handlowe*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 21.

61 Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. 9, Warszawa 2019, Legalis, Nt 14.

konieczna jest powtarzalność czynności wchodzących w jej zakres. Jest to zatem określony ciąg działań tworzących pewną całość⁶².

W literaturze wskazuje się także na istniejącą nieścisłość między definicjami sformułowanymi w *Kodeksie cywilnym* oraz prawie przedsiębiorców. *Kodeks cywilny* w definicji przedsiębiorcy zawartej w art. 431 rozróżnia bowiem prowadzenie działalności gospodarczej od zawodowej. *Prawo przedsiębiorców* zgodnie z definicją zawartą w art. 4 takiego rozróżnienia nie wprowadza, wskazując jedynie na tożsamy krąg podmiotów mogących być przedsiębiorcami, które prowadzą działalność gospodarczą. Jak wskazuje A. Kidyba, takie nieścisłości mogą rodzić poważne problemy interpretacyjne⁶³. Wedle innych autorów takie rozróżnienie nie powinno mieć miejsca, bowiem zarówno podmioty wykonujące wolne zawody, tacy jak: adwokaci, radcowie prawni, doradcy podatkowi, jak i podmioty prowadzące działalność gospodarczą zyskują jednakowy status przedsiębiorcy⁶⁴. Podstawowy katalog wolnych zawodów został zawarty w art. 88 *Ustawy z dnia 15 września 2000 roku - Kodeks spółek handlowych*, w którym to wskazano podmioty umocowane do prowadzenia działalności w formie spółki partnerskiej. Niemniej pojęcie przedsiębiorcy wykształcone w ramach *Kodeksu cywilnego* zawiera wedle doktryny przymiot uniwersalności, przez co znajduje swoje zastosowanie dla wszelkich stosunków cywilnoprawnych⁶⁵.

2. Definicja konsumenta

2.1. Prawo prywatne

Nie sposób rozpoznawać zjawiska z zakresu stosunków gospodarczych bez analizy definicji drugiej strony kontraktowej - konsumenta. W znaczeniu potocznym jest nim podmiot będący nabywcą lub użytkownikiem towarów, usług, zasobów czy dóbr⁶⁶. Pojęcie konsumenta pojawia się już w art. 76 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, a jego wyjaśnienie znalazło miejsce w *Kodeksie cywilnym*. Zgodnie z art. 221 k.c. za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową⁶⁷. Przepis ten ma koronne znaczenie nie tylko dla stosunków cywilnoprawnych, lecz także dla omawianych już uprzednio ustaw z zakresu prawa konkurencji, które odsyłają do przywołanego przepisu. Wydaje się, że taka jednolitość pojęciowa pozwala na uniknięcie wielu problemów interpretacyjnych oraz rozbieżności, które mają miejsce w przypadku definicji przedsiębiorcy. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, pomimo że prawo prywatne zakłada, co do zasady, równość stron stosunków kontraktowych, to pozycja ekonomiczna konsumenta jest znacząco słabsza od pozycji przedsiębiorcy. Szczególne znaczenie ma tutaj poziom jego zorganizowania, przez co konieczne stało się zapewnienie konsumentom rzeczywistej równorzędności materialnej w relacjach z przedsiębiorcami⁶⁸. W literaturze wyróżnia się czteroelementowy charakter pojęcia

62 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 17 czerwca 2019 r. III AUa 1322/18, Legalis nr 2240453.

63 A. Kidyba, *Prawo...*, s. 23.

64 R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, *Publiczne prawo gospodarcze. System Prawa Administracyjnego*, tom 8A, Wyd. 2, Warszawa: C.H. Beck 2018, Legalis, Nb 310.

65 K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...* Legalis, Nt 1.

66 Konsument [w:] *Wielki słownik języka polskiego*, Instytut Języka Polskiego PAN, 2020, (https://wsjp.pl/index.php?id_hasla=77832&id_znaczenia=5195490) (dostęp: 30.04.2020 r.).

67 *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 221.

68 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2015 r., VI ACa 775/14, LEX nr 1712704.

konsumenta⁶⁹. Może nim być wyłącznie osoba fizyczna, bowiem zarówno osoby prawne, jak i jednostki organizacyjne, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, postrzegane są w świetle prawa za podmioty prowadzące działalność o charakterze profesjonalnym. Kolejno osoba fizyczna będąca konsumentem musi dokonywać czynności prawnej wraz z kontrahentem posiadającym status przedsiębiorcy. Czynności te mogą należeć zarówno do kategorii umów, jak i czynności prawnych jednostronnych⁷⁰. Ostatnim, lecz najistotniejszym elementem składowym analizowanej definicji jest brak bezpośredniego związku tej czynności prawnej z wykonywaną przez konsumenta działalnością gospodarczą lub zawodową. Chodzi zatem o wszelkie czynności związane z zaspokajaniem potrzeb własnych czy na przykład gospodarstwa domowego, którego członkiem jest konsument⁷¹. Jak podkreślił Sąd Apelacyjny w Poznaniu, istnienie pośredniego związku między dokonywaną czynnością prawną a działalnością prowadzoną przez osobę fizyczną nie pozbawia jej statusu konsumenta⁷². Za przykład czynności pośrednio związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą M. Koparski wskazuje usługi transportowe dla przedsiębiorstwa „nietransportowego”. Jego zdaniem wszelkie czynności niespecyficzne dla danego podmiotu, których nie jest on w stanie samodzielnie dokonać, będą pośrednio związane z prowadzoną działalnością⁷³. Stąd też konieczna jest każdorazowa analiza okoliczności towarzyszących zawartej transakcji handlowej, celem dokonania oceny, czy jej stronami są przedsiębiorca oraz konsument. O ile bowiem każda osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej (zawodowej) może być uznana za konsumenta niemal automatycznie, to gdy ten sam podmiot prowadzi wspomnianą działalność, należy każdorazowo ocenić zachodzący związek z dokonywaną czynnością prawną. Za pomocne przy dokonywaniu tej oceny J.P. Jaworski wskazuje rodzaj dokonywanej czynności prawnej, jej przedmiot, a nadto jej typowość ze względu na prowadzoną działalność gospodarczą (zawodową) oraz przeznaczenie nabywanego towaru czy usługi⁷⁴.

Tak rozumiana definicja konsumenta wynikająca z art. 221 k.c. jest kompletna i nie można doszukiwać się w niej jakichkolwiek innych wymogów niż te wynikające wprost z ustawy. Pogląd ten podkreślił także Sąd Najwyższy, który stwierdził, że z omawianego przepisu nie wynikają żadne cechy osobowe, którymi powinien charakteryzować się podmiot będący konsumentem. Ani jego poziom wiedzy, doświadczenie życiowe czy inne pozaustawowe warunki osobiste nie mogą mieć wpływu na przyznany status konsumenta⁷⁵. Można zatem stwierdzić, że status ten ma charakter obiektywny.

2.2. Prawo publiczne

Żadna z omówionych w rozdziale dotyczącym przedsiębiorcy ustaw nie wykształciła odrębnej, samodzielnej definicji konsumenta. Odwołują się one do regulacji zawar-

69 T. Sokołowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2012, art. 22(1), LEX, Nt 2.

70 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2017 r., I CSK 477/16, LEX nr 2321895.

71 P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2019, art. 22(1), LEX, Nt 3.

72 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 30 grudnia 2019 r., I ACa 1025/18, LEX nr 3021133.

73 M. Korpalski, „Nieprofesjonalista”, czyli kodeks cywilny pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą, FP 2012, nr 4, s. 29.

74 J.P. Naworski, *Przedsiębiorca versus konsument w prawie polskim*, SPP 2018, Nr 1, s. 47.

75 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 2020 r. II CSK 623/19, Legalis nr 2480087.

tej w *Kodeksie cywilnym*. Niemniej na gruncie *Ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* ustawodawca przewidział definicję legalną przeciętnego konsumenta. Jest to wynik implementacji unijnej dyrektywy 2005/29/WE, choć w doktrynie podnosi się głosy krytyczne co do konstrukcji mierników przeciętnego konsumenta, które w rzeczywistości mają nie odpowiadać potrzebom tej chronionej grupy uczestników rynku⁷⁶. Wedle art. 2 pkt 8 jest nim konsument dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny; oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak: wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa⁷⁷. Należy zauważyć, że od konsumenta można wymagać jedynie pewnego stopnia doinformowania, które będzie przemawiać za jego przeciętnością. Nie można oczekiwać, że wiedza posiadana przez taki podmiot będzie kompletna i profesjonalna⁷⁸. W orzecznictwie formuluje się pogląd, wedle którego przeciętny konsument to osoba dojrzała, operująca pewnym zasobem informacji, w szczególności handlowych, lecz potrafiąca je krytycznie analizować i przetworzyć⁷⁹. Krytycyzm ten powinien przejawiać się także chociażby niewielkim stopniem podejrzliwości⁸⁰. Z tego powodu pośród konsumentów wyróżnia się osoby szczególnie podatne na wpływ praktyk rynkowych, których zdolność poznawcza jest obniżona ze względu na: wiek, sprawność umysłową czy cechy indywidualne, jak naiwność i łatwowierność⁸¹. Rzecz jasna kryteria definiujące przeciętnego konsumenta są niedookreślone, z czego wynika konieczność przeprowadzania testu przeciętnego konsumenta każdorazowo, przy ocenie konkretnych okoliczności faktycznych. Taka konstrukcja wynika jednoznacznie z preambuły wspomnianej dyrektywy 2005/29/WE, zgodnie z którą „test przeciętnego konsumenta nie jest przy tym testem statystycznym. W celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne będą musiały polegać na własnej umiejętności oceny, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości”⁸². Omawiane pojęcie ma służyć przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, których miernikiem jest przeciętny konsument wraz ze stopniem jego narażenia na techniki stosowane przez przedsiębiorców, jako kontrahentów profesjonalnych. Z jednej strony jawi się obowiązek przekazania konsumentowi wszelkich informacji handlowych dotyczących oferowanego towaru czy usługi, w sposób jak najbardziej przejrzysty oraz wyczerpujący. Z drugiej zaś strony konsument

76 R. Stefanicki, *Dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych i jej implementacja do krajowego systemu*, PPH 2009, nr 1, s. 10-17.

77 *Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2070), art. 2 pkt 8.

78 M. Sieradzka, *Wzorzec przeciętnego konsumenta jako punkt odniesienia przy dokonywaniu oceny nieuczciwości praktyki rynkowej*. Glosa do wyroku SN z dnia 4 marca 2014 r. III SK 34/13, IKAR 2014, Nr 6, Legalis, Nt 7.

79 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 10 grudnia 2018 r., I ACa 514/18, LEX nr 2669420.

80 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2014 r., III SK 34/13, LEX nr 1463897, Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 7 listopada 2019 r., I AGa 497/18, LEX nr 2977723.

81 K. Osajda, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*. Komentarz, 2019, Art. 2, Legalis, Nt 90.

82 *Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady*, pkt 18.

winien dostępne informacje wykorzystać w celu podjęcia świadomej decyzji dotyczącej konkretnej transakcji⁸³. W doktrynie przedmiotu pojawiły się głosy krytyczne dotyczące tak sformułowanej definicji przeciętnego konsumenta. W szczególności wskazuje się za nieprawidłowe łączenie wspomnianej definicji z pojęciem konsumenta objaśnionym w *Kodeksie cywilnym*, z uwagi na rozbieżny cel dyrektywy, której efektem była implementacja art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r. Zgodnie z nią za konsumenta winno się uznawać każdy podmiot pasywnie uczestniczący w stosunkach rynkowych (łac. *homo oeconomicus passivus*), będący adresatem wszelkich działań podejmowanych przez oferentów dóbr konsumpcyjnych w celu ich zbycia⁸⁴. W tym kontekście *Kodeks cywilny* formułuje definicję konsumenta w nieco węższym zakresie, przez co niektórzy uczestnicy rynku mogą zostać nieobjęci ochroną wynikającą z *Ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*.

3. Ustawa o prawach konsumenta

3.1. Obowiązki stawiane przedsiębiorcom w umowach zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa lub na odległość

Po nazwaniu uczestników obrotu gospodarczego konieczne pozostaje podjęcie rozważań na temat ich wzajemnych relacji, z których wynikają konkretne prawa i obowiązki zastrzeżone prawem. Zjawisko stosowania *Dark Patterns* tyczy się w głównej mierze przestrzeni wirtualnej, w której konsument otoczony komunikatami marketingowymi traci czujność na rzecz technik manipulacyjnych stosowanych przez przedsiębiorców na swoich stronach internetowych. Należałoby zatem skupić się na zasadach zawierania z konsumentem umów na odległość i poza lokalem przedsiębiorstwa, bowiem do zawierania tego rodzaju kontraktów dochodzi w Internecie. Ten zakres regulacji obejmują przepisy *Ustawy o prawach konsumenta*. Jej przepisy mają charakter bezwzględnie wiążący, a konsument nie ma możliwości zrzec się z przyznanych mu praw⁸⁵. Zgodnie z ustawą przez umowę zawartą na odległość rozumie się umowę zawartą z konsumentem w ramach zorganizowanego systemu zawierania umów na odległość, bez jednoczesnej fizycznej obecności stron, z wyłącznym wykorzystaniem jednego lub większej liczby środków porozumiewania się na odległość do chwili zawarcia umowy włącznie⁸⁶. Ważne jest, aby stronami czynności prawnej dokonywanej na odległość byli przedsiębiorca oraz konsument. Dwie osoby fizyczne zawierające umowę sprzedaży przez Internet nie będą podlegać reżimowi omawianej ustawy⁸⁷. Dla omawianej definicji szczególne znaczenie ma sposób zawierania umowy - uczestnicy czynności prawnej nie mogą mieć możliwości bezpośredniej komunikacji czy fizycznej styczności. Nie ma natomiast znaczenia typ urządzenia do porozumiewania się na odległość, jakie pośredniczy w transakcji między konsumentem i przedsiębiorcą. Może być to na przykład telefon, choć najczęściej będzie nim

83 A. Kin, *Przeciętny konsument. Pojęcie i znaczenie dla ochrony konsumenta*, „Rynek - Społeczeństwo - Kultura”, nr 3/2012, s. 21.

84 A. Tischner, *Pojęcie „przeciętnego konsumenta” w u.p.n.p.r. na tle prawa i orzecznictwa UE* [w:] Kasprzycki D., Nowińska E., red., *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, s. 102.

85 M. Maciejewska-Szałas, *Zawarcie umowy poza lokalem przedsiębiorstwa w świetle ustawy o prawach konsumenta*, GSP 2016, nr 2, s. 251-252.

86 *Ustawadnia30maja2014r. o prawach konsumenta* (Dz.U.2020.287), art. 2 pkt 1 (dalej także „u.p.k.”).

87 T. Czech [w:] *Prawa konsumenta. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2020, art. 2, LEX, Nt. 9.

komputer. Warto podkreślić, że do fizycznej styczności dojdzie także w sytuacji, gdy strony transakcji reprezentowane są przez podmioty do tego umocowane⁸⁸. Z kolei przez umowę zawartą poza lokalem przedsiębiorstwa rozumie się umowę z konsumentem zawartą: a) przy jednoczesnej fizycznej obecności stron w miejscu, które nie jest lokalem przedsiębiorstwa danego przedsiębiorcy, b) w wyniku przyjęcia oferty złożonej przez konsumenta w okolicznościach, o których mowa w lit. a, c) w lokalu przedsiębiorstwa danego przedsiębiorcy lub za pomocą środków porozumiewania się na odległość bezpośrednio po tym, jak nawiązano indywidualny i osobisty kontakt z konsumentem w miejscu, które nie jest lokalem przedsiębiorstwa danego przedsiębiorcy, przy jednoczesnej fizycznej obecności stron, d) podczas wycieczki zorganizowanej przez przedsiębiorcę, której celem lub skutkiem jest promocja oraz zawieranie umów z konsumentami. Na potrzeby niniejszego opracowania ten sposób zawierania umów nie będzie jednak na tyle istotny.

W ramach dygresji należy wspomnieć, że w literaturze przedmiotu pojawiła się samodzielna definicja handlu elektronicznego. Jak wskazuje M. Węgierski, pojęcie to nie jest jednolicie rozumiane, jednak wszystkie próby definicji zjawiska *e-commerce* sprowadzają się do twierdzenia, że złożenie oświadczenia woli w celu wywołania określonych skutków prawnych odbywa się za pośrednictwem sieci teleinformatycznej. Podkreśla jednak, że definicja e-handlu winna objąć swoim zakresem nie tylko samo zawieranie umów drogą elektroniczną, lecz także ich wykonywanie w tej samej formie⁸⁹.

Obowiązki przedsiębiorcy w umowach zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa lub na odległość ustawodawca umieścił w rozdziale trzecim ustawy o prawach konsumenta. Z uwagi na skalę regulacji właściwe będzie przedstawienie jedynie części z nich. Dyspozycja art. 12 ust. 1 u.p.k. wymienia szereg obowiązków informacyjnych, które przedsiębiorca jest obowiązany spełnić najpóźniej w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa. Za D. Lubasz należy wskazać, że moment graniczny dla możliwości spełnienia obowiązku informacyjnego winno się interpretować przy pomocy art. 60 k.c.⁹⁰. Zgodnie z tym przepisem wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej⁹¹. Informacje muszą być przekazane w sposób jasny i zrozumiały. Należą do nich między innymi okoliczności dotyczące głównych cech świadczenia z uwzględnieniem przedmiotu świadczenia oraz sposobu porozumiewania się z konsumentem, danych identyfikujących przedsiębiorcę, dzięki którym możliwe będzie niezwłoczne nawiązanie z nim kontaktu, na przykład: w wypadku zgłoszenia reklamacyjnego, informacje o łącznej cenie lub wynagrodzeniu za świadczenie wraz z podatkami, a także opłatach za transport, dostarczenie, usługi pocztowe oraz innych kosztach, kosztach korzystania ze środka porozumiewania się na odległość w celu zawarcia umowy, sposobie i terminie spełnienia świadczenia przez przedsiębiorcę oraz stosowanej przez przedsię-

88 T. Czech [w:] *Prawa konsumenta. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2020, art. 2, LEX, Nt 13-14.

89 M. Węgierski, *Charakterystyka prawna umów zawieranych drogą elektroniczną*, Warszawa 2020, Legalis, §1.

90 D. Lubasz, M. Namysłowska [w:] I. Barańczyk, S. Byczko, W. Chomiczewski, J. Janeta, P. Katner, W. P. Matysiak, I. Mycko-Katner, E. Rutkowska-Tomaszewska, D. Lubasz, M. Namysłowska, *Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*, Warszawa 2015, art. 12, LEX, Nt 7.

91 *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 60.

biorąc procedurze rozpatrywania reklamacji, sposobie i terminie wykonania prawa odstąpienia od umowy, kosztach zwrotu rzeczy w przypadku odstąpienia od umowy, które ponosi konsument, braku prawa odstąpienia od umowy na podstawie art. 38 lub okolicznościach, w których konsument traci prawo odstąpienia od umowy, czasie trwania umowy i przesłankach jej wypowiedzenia. Ważnym obowiązkiem z praktycznego punktu widzenia jest informacja dotycząca automatycznego przedłużenia umowy po upływie okresu, na jaki została zawarta⁹². Spełnienie wszystkich powyższych obowiązków informacyjnych jest realizacją zasady transparentności obowiązującej w prawie konsumenckim, której zadaniem jest stworzenie konsumentowi warunków umożliwiających podjęcie świadomej i racjonalnej decyzji co do związania się umową z przedsiębiorcą⁹³. Ustawodawca w art. 17 u.p.k. sformułował także zasady sposobu przekazywania wymienionych informacji. Jeżeli umowa zawierana na odległość przy użyciu środków komunikacji elektronicznej nakłada na konsumenta obowiązek zapłaty, przedsiębiorca ma obowiązek dostarczyć konsumentowi w sposób jasny i widoczny, bezpośrednio przed złożeniem przez konsumenta zamówienia, niektórych informacji, o których była mowa. Przedsiębiorca zapewnia, aby konsument w momencie składania zamówienia wyraźnie potwierdził, że wie, że zamówienie pociąga za sobą obowiązek zapłaty, a jeżeli do złożenia zamówienia używa się przycisku lub podobnej funkcji, muszą być one oznaczone w łatwo czytelny sposób słowami „zamówienie z obowiązkiem zapłaty” lub innego równoważnego jednoznacznego sformułowania. W wypadku niespełnienia przez przedsiębiorcę ostatniego z wymogów umowa nie zostaje zawarta⁹⁴. Na stronach internetowych służących do prowadzenia handlu elektronicznego wskazuje się w sposób wyraźny, najpóźniej na początku składania zamówienia, jasne i czytelne informacje o ograniczeniach dotyczących dostarczania oraz akceptowanych sposobach płatności⁹⁵. Jasność, widoczność, czytelność, w czym zawiera się także użycie prostego do zrozumienia języka, stanowią przesłanki dla uznania, że zasada transparentności przekazywania informacji handlowych została spełniona. Przekaz zrozumiały to taki, który nie będzie wprowadzać przeciętnego odbiorcy w stan konfuzji, oraz dzięki któremu nie będzie on zmuszony do podejmowania szczególnych działań, aby zdobyć pożądaną informację. To samo winno dotyczyć się także regulaminów oraz polityki prywatności podmiotów świadczących swoje towary lub usługi w Internecie, jednak najczęściej odbiegają one od wymogów czytelności, precyzyjności czy zrozumiałości⁹⁶. Należy zaznaczyć, że istnieje potrzeba, aby podczas zawierania umów drogą elektroniczną przedsiębiorca uwzględnił szczególne potrzeby szczególnie wrażliwych konsumentów, z uwagi na ich: niepełnosprawność umysłową, fizyczną lub psychiczną, wiek lub łatwowierność, w sposób, który powinien być, racjonalnie oczekując, przewidzieć. Jak podkreśla jednak ustawodawca unijny w preambule dyrektywy 2011/83UE, uwzględnienie tego rodzaju szczególnych

92 Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U.2020.287), art. 12 ust. 1.

93 J. Luzak, *Doprecyzowanie zasady transparentności w polskim prawie konsumenckim*, SPP 2020, Nr 1, s. 44-46.

94 Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U.2020.287), art. 17.

95 *Ibidem*, art. 18.

96 I. Małobęcka, *Prawna ochrona konsumenta w sieci na przykładzie zagadnienia darmowych usług płatnych internetowych*, IKAR 2017, Nr 3, Legalis, Nt II, 1.

potrzeb nie powinno jednak prowadzić do zróżnicowania poziomów ochrony konsumentów⁹⁷.

Konsekwencje, jakie wynikają z niedopełnienia niektórych obowiązków informacyjnych, wynikają z art. 24 u.p.k. Jeżeli przedsiębiorca nie poinformował o kwestiach dotyczących opłat dodatkowych lub innych kosztów świadczenia lub kosztów zwrotu rzeczy, w przypadku odstąpienia od umowy, konsument nie ponosi tych opłat i kosztów⁹⁸. Ponadto ustawa nakłada na przedsiębiorcę ciężar dowodowy w zakresie okoliczności spełnienia wymaganych obowiązków informacyjnych⁹⁹.

3.2. Pojęcie zgody konsumenta

Oprócz obowiązku realizacji zasady transparentności przedsiębiorca obowiązany jest nadto do uzyskania zgody konsumenta, czyli oświadczenia o woli dokonania czynności prawnej. *Ustawa o prawach konsumenta* formułuje taki wymóg w kontekście zgody konsumenta na dodatkowe koszty związane z umówionym świadczeniem. Wedle art. 10 u.p.k. najpóźniej w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową przedsiębiorca ma obowiązek uzyskać wyraźną zgodę konsumenta na każdą dodatkową płatność wykraczającą poza uzgodnione wynagrodzenie za główne obowiązki umowne przedsiębiorcy. Wynagrodzeniem za główne obowiązki umowne są wszelkie płatności dotyczące tych postanowień umownych, uznanych za *essentialia negotii* określonej czynności prawnej. Płatności dodatkowe obejmą swym zakresem świadczenia uboczne, które cechują się pomocniczością w stosunku do świadczenia głównego, co oznacza, że mogą występować, choć nie jest to konieczne dla wykonania umowy¹⁰⁰. Jeżeli przedsiębiorca nie otrzymał wyraźnej zgody konsumenta, lecz założył jej istnienie przez zastosowanie domyślnych opcji, które konsument musi odrzucić w celu uniknięcia dodatkowej płatności, konsument ma prawo do zwrotu uiszczonych płatności dodatkowej. Jak podkreślił Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zgoda nie może w żadnym wypadku być dorozumiana czy domniemana, bazując na oświadczeniu woli o innej treści¹⁰¹. Będzie ona wyraźna tylko wtedy, jeżeli będzie aktem świadomego działania konsumenta. Za D. Lubasz należy podkreślić, że przejawem zgody konsumenta może być zaznaczenie odpowiedniego pola wyboru na elektronicznym formularzu. Co jednak najistotniejsze, nie można uznać zgody za wyraźną w sytuacji, gdy przedsiębiorca na formularzu tym zaznacza określone opcje wyboru jako domyślne, przez co konsument zmuszony jest do ich samodzielnego odrzucenia, celem wyrażenia braku swojej akceptacji¹⁰². W świetle przytoczonego poglądu zgoda na dodatkowe koszty obsługi transakcji zaznaczona domyślnie nie może uzasadniać wyrażenia przez konsumenta wyraźnej zgody na te płatności, a w kon-

97 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U.UE L 304/64), pkt 34.

98 Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U.2020.287), art. 23.

99 Ibidem, art. 24.

100 B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostak (red.), *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*. Wyd. 1, Warszawa 2014, Legalis, Nt 6.

101 Wyrok Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z dnia 1 lipca 2019 r., XVII AmA 18/17, LEX nr 2697357.

102 D. Lubasz [w:] *Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*, red. M. Namysłowska, Warszawa 2015, art. 10, LEX, Nt 6.

sekwencji obligować go do ich ponoszenia. Przykładem takiej praktyki była sprawa przedsiębiorstwa eSky.pl SA, na kanwie której zaznaczenie dodatkowo płatnej usługi ubezpieczenia uznano za naruszenie art. 10 u.p.k. O istniejącej usłudze konsument winien być informowany jeszcze przed dokonaniem rezerwacji lotu, natomiast wykupienie nadprogramowego ubezpieczenia powinno przybrać charakter opcjonalny, wówczas zgoda konsumenta zyska przymiot wyrażności, zamiast przypadkowości¹⁰³. Oprócz specjalnego rygoru ustanowionego *Ustawą o prawach konsumenta* w pozostałym zakresie zgoda konsumenta podlega pod regulacje *Kodeksu cywilnego*. Zgodnie z art. 61 k.c. oświadczenie woli jest złożone adresatowi z chwilą, gdy doszło do niego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Z kolei oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią¹⁰⁴. Wydaje się, że omawiany art. 10 u.p.k. w innym kształcie znalazłby praktyczne zastosowanie nie tylko do dodatkowych płatności, ale także do innych danych udostępnianych w internetowym procesie transakcyjnym. Wymóg uzyskania wyraźnej zgody konsumenta powinien objąć swym zakresem chociażby kategorię wrażliwych danych osobowych.

103 A. Urbanek, *Przegląd decyzji Prezesa UOKiK dotyczących naruszeń zbiorowych interesów konsumentów w 2019 r. i w I połowie 2020 r.*, IKAR 2020, Nr 7, s. 156.

104 *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 61.

Rozdział III.

Prywatnoprawne instrumenty ochrony konsumenta

Wstęp

Internet jest przestrzenią masowego zawierania różnego rodzaju umów. W procesie dokonywania czynności prawnej warunkiem koniecznym jest złożenie przez jej strony zgodnych oświadczeń woli. Jak już uprzednio podkreślono, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej¹⁰⁵. Do zniekształcenia oświadczenia woli może dojść na etapie podejmowania decyzji co do treści oświadczenia woli lub jej wyrażenia. Celem niniejszego rozdziału jest przedstawienie wybranych wad oświadczeń woli oraz dokonanie analizy przesłanek, które umożliwiają uwolnienie się od skutków prawnych dokonanej czynności. Przepisy normujące instytucję błędu, podstępny czy wyzysk mają zasadniczo za zadanie chronić autonomię woli oraz proces decyzyjny zachodzący po stronie składającego oświadczenie woli. Krajowe regulacje prawne w tym zakresie zawierają liczne rozwiązania pozwalające chronić konsumentów przed potencjalnymi nadużyciami w czasie dokonywania czynności prawnych również przez Internet. W pierwszej kolejności należy jednak prześledzić instytucje prawne, których dostarcza sam *Kodeks cywilny*, a także rozważyć ich potencjalną skuteczność dla obrotu wirtualnego. Warto mieć na uwadze, że prawo unijne, a za nim prawo polskie kroczy ku zapobieganiu występowania wad oświadczeń woli oraz treści czynności prawnych poprzez nakładanie na przedsiębiorców szeregu obowiązków, w tym informacyjnych, mających za zadanie ograniczać ryzyko występowania po stronie konsumenta fałszywego przeświadczenia.

1. Błąd w świetle art. 84 *Kodeksu cywilnego*

1.1. Pojęcie i charakterystyka

Kodeks cywilny nie wprowadza samodzielnej definicji błędu. Wskazuje natomiast przesłanki umożliwiające uchylenie się od skutków czynności prawnej podmiotowi działającemu pod jego wpływem. Jest to tak zwana wzruszalność czynności prawnych. Zgodnie z brzmieniem art. 84 §1 k.c. w razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swojego oświadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć; ograniczenie to nie dotyczy czynności prawnej nieodpłatnej. Błąd

105 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku *Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 60.

należy do kategorii wad oświadczeń woli. Dochodzi do niego wówczas, gdy podmiot składający oświadczenie woli posiada mylne wyobrażenie na temat rzeczywistości bądź jej wycinka albo nie posiada takiego wyobrażenia wcale¹⁰⁶. Błąd dotyczy stanu istniejącego w momencie składania oświadczenia woli, choć może dotyczyć zarówno okoliczności przeszłych, jak i obecnych. Przyjmuje się, że błąd może dotyczyć także okoliczności prawnych¹⁰⁷. Błąd co do prawa obejmuje swoim zakresem wyłącznie takie normy prawne, które bezpośrednio kształtują oznaczony stosunek cywilnoprawny¹⁰⁸. Dla prawidłowej oceny, czy w danej sytuacji złożono oświadczenie woli pod wpływem błędu, kluczowe znaczenie ma chwila jego złożenia. O ile w sytuacji tradycyjnej, przy bezpośrednim udziale stron czynności prawnej, ocena tego momentu nie jest kłopotliwa, to szczególnie w kontekście niniejszego opracowania znaczenie mają umowy zawierane na odległość, bez fizycznego kontaktu między kontrahentami. Wówczas dochodzi do przesyłania oświadczeń woli drogą elektroniczną, przez co moment faktycznego ich złożenia, a chwilę, w której adresat mógł zapoznać się z ich treścią, może dzielić znaczny przedział czasowy. Przyjmuje się jednak, że ocena dotycząca zajścia błędu w rozumieniu kodeksowym powinna dotyczyć momentu wysłania oświadczenia woli, chyba że oświadczenie to składający mógł jeszcze skutecznie odwołać w chwili, gdy dowiedział się o błędzie¹⁰⁹. Jak podkreśla A. Jedliński, błąd musi zachodzić co do treści czynności prawnej, choć nie dotyczy to jedynie elementów treści oświadczeń woli złożonych przez strony czynności prawnej, lecz także innych postanowień wynikających wprost z ustawy, zasad współżycia społecznego czy istniejących zwyczajów¹¹⁰. Chodzi zatem o wszelkie konsekwencje prawne wywołane poprzez zawarcie umowy, zgodnie z brzmieniem art. 56 k.c., wedle którego czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów¹¹¹. Jako że nie istnieje stypizowany katalog zasad współżycia społecznego, należy przyjąć, że do oceny konkretnych okoliczności faktycznych musi dochodzić każdorazowo w sposób zindywidualizowany. Zasadniczo treść czynności prawnej będzie dotyczyć elementów zaliczanych do przedmiotowo istotnych (tzw. *essentialia negotii*), jednak w przypadku umów nienazwanych, w których takie elementy nie są prawnie określone, będzie to kategoria cech charakterystycznych konkretnego stosunku obligacyjnego, które wyróżniane są na podstawie powtarzalności umów nienazwanych w obrocie prawnym¹¹². Z. Radwański wylicza, że błąd co do treści czynności prawnej może dotyczyć: przedmiotu czynności prawnej, jej typu, skutków czynności prawnej wyznaczonych przepisami ustawy oraz ustalonymi zwyczajami, a nadto osoby będącej drugą stroną kontaktu, jej cech czy kwalifikacji i uprawnień¹¹³. Na szczególną doniosłość *error in persona* w kontekście ochrony konsumentów wskazuje K. Południak-Gierz. Według niej w dobie masowego zawierania transakcji internetowych możliwość uzyskania prawdziwych i rzetelnych informacji na temat podmiotu, z którym dokonuje się czynności prawnych, jest znacznie utrudniona z powodu ła-

106 P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2019, art. 84, LEX, Nt 1.

107 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2000 r., IV CKN 179/00, LEX nr 52505.

108 K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna*, Kraków 2003, s. 412.

109 M. Królikowski, *Instytucje Prawa Prywatnego. Błąd jako wada oświadczenia woli strony umowy*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 130-131.

110 A. Jedliński [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2012, art. 84, LEX, Nt 2.

111 *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 56.

112 M. Gutowski, *Wzruszalność czynności prawnej*, C.H. Beck Warszawa 2010, s. 70.

113 Z. Radwański, *System prawa prywatnego. Prawo cywilne - część ogólna*, t. 2, Wyd. 3, C.H. Beck 2019, s. 508.

twości zachowania anonimowości oraz zniekształcania danych w sieci. Oświadczenie woli obarczone błędem co do tożsamości należy zakwalifikować do wadliwości w rozumieniu omawianego art. 84 k.c. bądź do art. 86 k.c., wedle którego błąd wywołany jest podstępny działaniem strony kontraktowej¹¹⁴. Z tematyką umów zawieranych na odległość wiąże się także problematyka automatyzacji dokonywania oświadczeń woli, gdy konsument, podejmując decyzje spontanicznie, często nie ma nawet wystarczającej świadomości, na jakie warunki wyraża zgodę. Wydaje się, że kwestia ta dotyczy się w dużej mierze regulaminów korzystania z usług danego przedsiębiorcy czy zgody na przetwarzanie danych osobowych oraz politykę prywatności. Jak jednak słusznie wskazała B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, nie można twierdzić, że składający oświadczenie woli błędnie ocenia treść czynności prawnej w sytuacji, gdy jest ona dostępna, ale z powodu szybkości decyzyjnej, nie zapoznaje się z treścią dokumentu. Ma on wówczas „pełną świadomość własnej ignorancji”¹¹⁵. Zdaje się jednak, że należy wziąć pod uwagę także transparentność oraz czytelność tego typu dokumentów. Niska przystępność tekstu oraz jego objętość wydają się w takim wypadku niedostosowane do warunków zawierania umów. Należy nadmienić, że błąd nie może dotyczyć przewidywań oraz oczekiwań osoby składającej oświadczenie woli, które to nie są objęte treścią oświadczenia woli. Innymi słowy, błąd w rozumieniu *Kodeksu cywilnego* dotyczy wyłącznie oświadczenia woli w nim wyrażonej, a nie woli wewnętrznej¹¹⁶. Taki błąd Sąd Najwyższy nazwał błędem co do pobudki, który rzutuje na sferę motywacyjną uczestnika czynności prawnej, lecz nie dotyczy treści czynności prawnej¹¹⁷. W literaturze przedmiotu podnosi się także, że za błąd w rozumieniu art. 84 k.c. uznaje się jedynie błąd występujący po jednej ze stron czynności prawnej, bowiem błąd obustronny zalicza się do kategorii *dyssensu*. Wówczas brak jest zgodnych oświadczeń woli, w konsekwencji czego nie dochodzi do skutecznego zawarcia umowy¹¹⁸.

Z kolei §2 omawianego przepisu formułuje definicję błędu istotnego, wedle której można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści. Tylko taki błąd jest doniosły prawnie, gdyż rzutuje na sytuację prawną składającego oświadczenie woli. W literaturze wskazuje się, że istotność błędu należy definiować w kontekście subiektywnym i obiektywnym. Błąd jest istotny subiektywnie w sytuacji, w której gdyby podmiot składający oświadczenie woli nie pozostawał w błędzie, to nie złożyłby oświadczenia o tożsamej treści. Przesłanka subiektywnej istotności nie zostanie spełniona, gdy składający oświadczenie woli, nawet gdyby nie był w błędzie, i tak zawarłby identyczny stosunek prawny, prowadzący do tożsamych konsekwencji. Równocześnie miernikiem obiektywnym jest rozsądnosc niezindywidualizowanego człowieka. Oznacza to, że bliżej nieokreślona osoba postępująca rozsądnie nie złożyłaby oświadczenia woli o takiej treści, gdyby nie działała pod wpływem błędu¹¹⁹. Miernik ten odwołuje się do kryterium rozsądnego uczestnika obrotu, który na potrzeby interpretacji oświadczeń woli jest abstrakcyj-

114 K. Południak-Gierz, *Wady oświadczenia woli w umowach zawieranych na internetowym rynku konsumenckim*, C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 157-167.

115 B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 105.

116 M. Gutowski, *Wzruszalność...*, s. 65.

117 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 1997 r., III CKN 214/97, OSNC 1998, nr 3, poz. 47.

118 B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady oświadczenia woli...*, s. 106.

119 A. Jedliński [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz...*, art. 84, LEX, Nt 3.

nie pojmowanym świadczeniobiorcą, działającym w sposób rozsądny¹²⁰. W doktrynie można jednak odnaleźć krytyczne głosy co do tego rozróżnienia. Wedle prezentowanego stanowiska istotność błędu winna podlegać ocenie wyłącznie pod względem obiektywnym¹²¹. Subiektywność odnosząca się do rozsądnosci składającego oświadczenia woli nie może bowiem być oceniana indywidualnie, lecz musi odwoływać się jedynie do obiektywnej, powszechnej miary rozsądnosci. Wedle innych autorów pogląd ten nie znajduje uzasadnienia, gdyż subiektywna ocena istotności błędu jest immanentnie związana z samą jego instytucją, jako wadą oświadczenia woli. Zarówno miernik obiektywny, jak i subiektywny są równoważne przy ocenie istotności błędu sformułowanego w *Kodeksie cywilnym* i muszą być spełnione łącznie, aby uznać jego doniosłość prawną¹²².

Inną przesłanką warunkującą zastosowanie instytucji wzruszalności czynności prawnej na gruncie art. 84 k.c. jest wywołanie błędu przez adresata oświadczenia woli, gdy było ono złożone „innej osobie”, a czynność prawna miała charakter odpłatny. Jeżeli oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć; ograniczenie to nie dotyczy czynności prawnej nieodpłatnej¹²³. Rzecz jasna i tutaj uprzednio omówione warunki znajdują zastosowanie. Błąd musi dotyczyć treści czynności prawnej oraz posiadać walor istotności. Nieodpłatność cechuje umowy niewzajemne, w których korzyść majątkowa po obu stronach stosunku obligacyjnego nie występuje lub występuje jedynie w wymiarze symbolicznym. Korzyść majątkowa musi podlegać ocenie pieniężnej, choć nie musi mieć postaci pieniądza. Mogą to być świadczenia innego rodzaju¹²⁴. Zatem w zakresie umów odpłatnych ustawodawca dopuszcza możliwość uwolnienia się od skutków prawnych czynności prawnej dokonanej pod wpływem błędu, ale tylko, gdy druga strona o błędzie wiedziała lub mogła go zauważyć z łatwością. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy, wywołanie przez adresata oświadczenia woli błędu polega na pewnego rodzaju współdziałaniu, przyczynieniu się do wystąpienia wadliwości czynności prawnej. Zachowanie adresata nie musi być wyłączną przyczyną wywołania po stronie składającego oświadczenie mylnego wyobrażenia na temat pewnych okoliczności dotyczących czynności prawnej, lecz może być jedną ze zmiennych, która taki stan rzeczy wywołała. Z tego powodu ustawodawca podkreślił, że nie wymaga się zaistnienia winy po stronie adresata oświadczenia woli. Nie wymaga się nadto, aby zachowanie miało charakter czynnego działania czy też bierności. Jak podsumowuje Sąd Najwyższy w tym samym orzeczeniu, „jako zachowanie adresata oświadczenia wywołujące błąd jest także kwalifikowane nieudzielenie informacji wymaganych przez lojalność kontraktową, bo po pierwsze nakaz rozważy przy kontraktowaniu dotyczy zarówno dbałości o własne interesy, jak i unikania wszystkiego, co drugą stronę może wprowadzić w błąd, a po drugie podstawową zasadą w kontraktowaniu jest wzajemna lojalność i zaufanie kontrahentów. Pozbawione doniosłości prawnej jest to, czy błąd został spowodowany przez uprawnionego do uchylenia się od oświadczenia, czy przyczynił się on do powstania błędu albo czy można mu zarzucić nieostrożność, niedbalstwo lub brak dbałości o własne

120 E. Rott-Pietrzyk, *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 332.

121 B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady oświadczenia woli...*, s. 115.

122 M. Królikowski, *Błąd...*, s. 202-203.

123 *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 84 §1 *in fine*.

124 Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania - część ogólna*, Wyd. 12, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 122-123.

interesy, nawet przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności”¹²⁵. Z kolei J. Gudowski zaznacza, że dostarczanie konsumentowi nieprawidłowych informacji może polegać także na zachęcaniu do zakupu oferowanych produktów, gdy nie licuje to z uczciwością kupiecką, a także gdy produkt taki nie może być w pełni użyteczny, gdyż nie ma koniecznych parametrów, a sprzedawca zdaje sobie z tego sprawę¹²⁶. Warto także zaznaczyć, że dla ochrony konsumenta szczególne znaczenie może mieć zaniechanie przez przedsiębiorcę (adresata oświadczenia woli) wypełnienia pewnych obowiązków, czyli innymi słowy zaniechania, które prowadzi do powstania wady oświadczenia woli w postaci błędu. Wydaje się, że koreluje to w szczególności z obowiązkami informacyjnymi stawianymi przedsiębiorcy przy okazji zawierania umów na odległość, które to zostały już omówione w niniejszym opracowaniu. Polskiemu prawu znana jest nieuczciwa praktyka rynkowa polegająca na zaniechaniu wprowadzającym w błąd, zastrzeżona w art. 6 *Ustawy o nieuczciwych praktykach rynkowych*.

Konsekwencją wzruszalności czynności prawnej jest możliwość jej następczego unieważnienia, ze skutkiem *ex tunc*. Uprawnienie do uchylenia się od skutków czynności prawnej Sąd Najwyższy nazwał prawem podmiotowym kształtującym. Jakkolwiek daje ono podstawę do unieważnienia umowy w całości, tak niedopuszczalne jest, aby działający pod wpływem błędu doprowadził do unieważnienia czynności prawnej jedynie w części, w szczególności pozostawiając niektóre postanowienia umowne w mocy lub w kształcie pożądanym, to jest takim, jakim być powinien, gdyby w błędzie nie działał¹²⁷. W porównaniu do sankcji bezwzględnej nieważności wzruszalność czynności prawnej polega na tym, że do momentu skorzystania z uprawnienia jest ona w pełni skuteczna. Dopiero w momencie złożenia przez upoważnionego oświadczenia o woli uchylenia się od skutków prawnych czynności dokonanej w sposób wadliwy likwiduje on całkowicie łączący strony stosunek obligacyjny z mocą wsteczną. W konsekwencji wszelkie dotychczasowe świadczenia stron muszą zostać wzajemnie zwrócone, jako nienależne¹²⁸. Złożenie kształtującego oświadczenia woli zależy w pełni od decyzji osoby zainteresowanej. Wystarczające jest przedstawienie go na piśmie i skierowanie do oznaczonego adresata¹²⁹.

1.2. Kwalifikacja prawna *Dark Patterns*

Podsumowując dotychczasowe rozważania na temat błędu, należy stwierdzić, że aby był on prawnie doniosły, musi on w świetle art. 84 k.c. dotyczyć treści czynności prawnej oraz być istotny. Jak podkreśla K. Południak-Gierz, nie ma przeszkód, aby ochronę wynikającą z regulacji dotyczącej błędu stosować w sytuacji niedopełnienia obowiązków informacyjnych przez przedsiębiorcę. Błąd rozumiany wedle art. 84 k.c. może odgrywać rolę szczególnie tam, gdzie ustawodawca nie przypisał konkretnych konsekwencji naruszenia obowiązków transparentności. Za wprowadzenie w błąd winno uznać się nie tylko takie działania, które wprost doprowadzają do zakłamania rzeczywistości, tj. pewne informacje zostają pominięte lub zatajone, ale także wówczas, gdy informacje są przedstawione jedynie w sposób połowiczny,

125 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2017 r., I CSK 66/16, LEX nr 2273872.

126 R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, red. J. Gudowski, LEX/el. 2018, art. 84, LEX, Nt 34.

127 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2003 r., V CK 477/02, LEX nr 175975.

128 M. Gudowski, *Wzruszalność...*, s. 274.

129 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 23 listopada 1995 r., IACr 483/95, Wokanda 1996, nr 8, poz. 45.

niezrozumiale, a nawet zbyt późno, aby można było je wykorzystać. Dostrzega się szczególną rolę błędu (oraz podstęp, o czym dalej) w kontekście zaniechania wyprowadzenia konsumenta z błędu. Jako że ustawodawca nie może przewidzieć wszystkich okoliczności, w których pojawiłby się obowiązek informacyjny po stronie przedsiębiorcy, to lukę tę może wypełnić instytucja błędu, zapobiegająca sytuacji, w której strona kontraktowa ma mylne wyobrażenie na temat okoliczności dotyczących treści czynności prawnej, a adresat oświadczenia woli wie o tym lub mógł to z łatwością zauważyć. Brak aktywności po stronie adresata, która mogłaby wyprowadzić składającego oświadczenie z błędu, o ile cechuje się istotnością, wydaje się być zasadną przesłanką do uchylenia się od skutków czynności prawnej, do której dokonania doszło w sposób wadliwy. Dzięki temu także zakres obowiązków informacyjnych nieobjętych kazuistyczną regulacją prawa konsumenckiego zostaje objęty kategorią ogólnej zasady lojalności kontraktowej, zyskując jednocześnie ochronę prywatnoprawną¹³⁰. Wobec tego poglądu należy stwierdzić, że instytucja błędu jako rodzaj wady oświadczenia woli daje podstawę do uchylenia się od konsekwencji wadliwej czynności prawnej, a także do ukarania niełojalnych kontrahentów. Za niewątpliwie słabszą stronę tego rozwiązania należy uznać fakt, że jest to instytucja o charakterze zindywidualizowanym, która nie gwarantuje ochrony ogólnie pojętej grupy konsumentów.

Z drugiej zaś strony przeanalizować należy problem dotyczący tego, na ile brak staranności czy nawet niedbalstwo występujące po stronie konsumenta uprawnia do powołania się na wadę oświadczenia woli. Rzecz jasna szereg obowiązków informacyjnych, które obowiązany jest spełnić przedsiębiorca świadczący swoje usługi lub towary w sieci, ma uchronić konsumentów od występowania wad oświadczeń woli w ogóle. Zakładając rzetelne ich spełnienie, konsument nie powinien znajdować się w jakimkolwiek stopniu niedoinformowania, a w konsekwencji nie powinno wystąpić u niego jakiegokolwiek błędne przeświadczenie co do okoliczności faktycznych lub prawnych. Jak już jednak zaznaczono, niedbalstwo składającego oświadczenie woli nie może prowadzić do pogorszenia sytuacji jego adresata¹³¹. Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Krakowie, nie można unikać konsekwencji prawnych własnego oświadczenia woli w sytuacji, gdy podmiot zawierający umowę nie zapoznaje się uprzednio z jej treścią. Wymaga tego ochrona uzasadnionego zaufania adresata oświadczenia woli. Nie zasługuje na ochronę jedynie taki adresat, który wywołuje fałszywe przeświadczenie u składającego oświadczenie woli, a także gdy o pozostawaniu w błędzie wie lub powinien wiedzieć¹³². Uzasadnione zaufanie adresata stanowi granicę dla wzruszalności czynności prawnej¹³³. Nie należy zatem chronić podmiotów, które świadomie rezygnują z zapoznania się z treścią umowy i narażają się na uszczerbek majątkowy, gdyż byłoby to zaprzeczeniem równowagi kontraktowej oraz bezpieczeństwa obrotu handlowego.

Istotnym zagadnieniem dla niniejszego opracowania wydaje się sytuacja, gdy składający oświadczenie woli co prawda składa je zgodnie z rzeczywistym pragnieniem, jednak pozostaje nieświadomy co do niektórych elementów umownych, które mogą istotnie kształtować treść czynności prawnej. Finalnie przecież takie oświadczenie

130 K. Południak-Gierz, *Wady...*, s. 157-158.

131 B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady...*, s. 105.

132 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 grudnia 1999 r., I ACA 661/99.

133 K. Południak-Gierz, *Wady...*, s. 141.

jest obarczone błędem. Możliwie najpełniej taka sytuacja koreluje z *Dark Pattern* w postaci *misleading/sneaking*. Jak już wyjaśniono, interfejs użytkownika zaprojektowany jest w taki sposób, by ukrywać pewne treści i komunikaty lub opóźniać ujawnienie istotnych informacji. Celem tej techniki jest zwodzenie konsumenta oraz odwrócenie jego uwagi, a w konsekwencji skłonienie do wykonania czynności pierwotnie niezamierzonej. Działanie takie może narażać go na nieświadome poniesienie dodatkowych kosztów usługi lub innych niepożądanych konsekwencji. W praktyce technika ta objawia się automatycznym zaznaczaniem pewnych opcji wyboru, czy dodawaniem do wirtualnego koszyka zakupów dodatkowo płatnych produktów lub produktów w cenie promocyjnej. Zasadniczo konsument ma pełen ogłód komunikatów wyświetlanych na interfejsie, a także widzi, co do jakich towarów zobowiązuje się uiścić należność. W literaturze przedmiotu podnosi się jednak pytanie, na ile można wymagać od przeciętnego użytkownika w sieci zawierającego transakcje w sposób machinalny spostrzegawczości oraz dokładności w zapoznawaniu się z wszelkimi warunkami umownymi¹³⁴. Wydaje się także, że sens *Dark Patterns* lepiej oddają instytucje prawne chroniące podmioty przed celowym i podstępным działaniem strony kontraktowej.

2. Podstęp w świetle art. 86 Kodeksu cywilnego

2.1. Pojęcie i charakterystyka

Wedle niektórych autorów nie należy poczytywać podstępu jako samodzielnej wady oświadczenia woli. Zasadne będzie przyjęcie, że jest to swoista postać błędu w rozumieniu art. 84 *Kodeksu cywilnego*¹³⁵. Na takim stanowisku stanął także Sąd Apelacyjny w Katowicach, stwierdzając, że podstęp będący kwalifikowaną formą błędu jest wywołany umyślnie w celu złożenia oświadczenia woli pod wpływem takiego błędu¹³⁶. Natomiast Z. Radwański wskazuje, że ustawodawca tak dalece modyfikuje instytucję błędu poprzez zastosowanie podstępu, że należy uznać go za odrębny rodzaj wady oświadczenia woli¹³⁷. Zgodnie z art. 86 § 1 k.c., jeżeli błąd wywołała druga strona podstępnie, uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu może nastąpić także wtedy, gdy błąd nie był istotny, jak również wtedy, gdy nie dotyczył treści czynności prawnej¹³⁸. Ustawodawca ogromną rolę przypisuje zamierzonemu działaniu adresata oświadczenia woli, a kryteria relewantne dla błędu rozumianego wedle art. 84, a to istotność błędu oraz związek z treścią czynności prawnej nie mają dla podstępu takiego znaczenia, a nawet nie muszą zostać spełnione. Jak wskazał Sąd Najwyższy, ta liberalizacja przesłanek pozwalających na uchylenie się od skutków czynności prawnej dokonanej pod wpływem podstępu pozwala na powołanie się na art. 86 k.c. także w wypadku błędu co do pobudki, na co nie pozwalał art. 84 k.c. Dla błędu wywołanego podstępным działaniem wystarcza bowiem wystąpienie jedynie mylnego wyobrażenia na temat rzeczywistości, nawet jeżeli okoliczności te nie dotyczą treści oświadczenia woli¹³⁹. W *Kodeksie*

134 K. Południak-Gierz, *Wady...*, 144-145.

135 A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 1972, s. 269.

136 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19 października 1995 r., I ACr 514/95.

137 Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne - część ogólna*, Wyd. 13, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 277.

138 *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 86.

139 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 1970 r., I CR 400/69.

cywilnym nie można jednak odnaleźć definicji podstępnego działania, dlatego też konieczne staje się sięgnięcie do znaczenia potocznego tego wyrażenia. Można zatem stwierdzić, że z podstępem mamy do czynienia zawsze wtedy, gdy adresat oświadczenia woli świadomie wywołuje u składającego fałszywe wyobrażenie na temat stanu faktycznego (prawnego), naruszając w sposób niedopuszczalny proces decyzyjny i doprowadzając do dokonania czynności prawnej o pożądanym kształcie. Dla zastosowania instytucji wzruszalności nie ma znaczenia ani to, w jaki sposób dokonano podstępu, jakich środków użyto do tego celu, ani też jak duża wina leży po stronie adresata oświadczenia woli. Sam fakt wprowadzenia w błąd w sposób podstępny czyni takie działanie bezprawnym¹⁴⁰. Z kolei M. Królikowski wyznacza dwa aspekty podstępnego działania kontrahenta - intencjonalny i materialny. Ten pierwszy odnosi się do strony emocjonalnej adresata oświadczenia woli, którego podstępne zachowanie ma charakter umyślny. Dąży on do tego, aby składający oświadczenie woli w błędzie pozostał, a następnie zawarł umowę w pożądanym dla siebie kształcie, przy czym bez znaczenia jest, czy kontrahent chciał wyrządzić szkodę składającemu oświadczenie woli. Natomiast element obiektywny sprowadza się do ustalenia, czy błąd został rzeczywiście wywołany - i to w sposób podstępny. Najczęściej działanie kontrahenta będzie polegać na fałszowaniu rzeczywistości, które skłoni stronę do zawarcia umowy, bądź też na zaniechaniu wprowadzającym w błąd, na przykład poprzez zatajenie pewnych istotnych informacji kontaktowych. Za podstęp uznaje się także utwierdzanie w fałszywym przeświadczeniu, niewyprowadzanie z błędu¹⁴¹. W literaturze przedmiotu można napotkać dyskusję na temat karnoprawnego rozróżnienia postaci zamiaru na bezpośredni i ewentualny oraz jego potencjalnego zastosowania do cywilistycznego podstępu. Przeważa jednak pogląd, że postaci zamiaru nie mają znaczenia dla możliwości uchylenia się od skutków prawnych czynności dokonanej pod wpływem błędu wywołanego działaniem podstępnym. Jedynym istotnym wymogiem jest zaistnienie winy umyślnej po stronie autora podstępu, tym bardziej że wedle art. 87 §2 k.c. podstęp osoby trzeciej jest jednoznaczny z podstępem strony, jeżeli ta o podstępie wiedziała i nie zawiadomiła o nim drugiej strony, albo jeżeli czynność prawna była nieodpłatna¹⁴². Przepis ten stanowi, że niezależnie od tego, czy podstęp zastosowała bezpośrednio strona kontraktu, czy też osoba trzecia, będzie się takie oświadczenie woli traktować jednakowo, jeżeli strona kontraktowa wiedziała o podstępie i nie powiadomiła składającego oświadczenie o tym fakcie. Innymi słowy, adresat oświadczenia godzi się na złożenie oświadczenia woli pod wpływem podstępu, pomimo że może temu zapobiec. Takie działanie należy ocenić jako naganne, wskutek czego zasadne jest umożliwienie uwolnienia się od konsekwencji prawnych wadliwego oświadczenia woli¹⁴³. Wymaga także podkreślenia fakt, że nietatwe jest wskazanie granic podstępu. Pomimo że ustawodawca liberalizuje przestanki umożliwiające skorzystanie z dobrodziejstwa tej wady oświadczenia woli, to nie zawsze każde celowe wprowadzenie w błąd, pomimo że nie dotyczy treści oświadczenia woli, a nawet nie jest istotne, pozwala na jego zastosowanie. Zawsze musi chodzić o niedopuszczalny wpływ na proces decyzyjny składającego oświadczenie woli. Należy się zgodzić z uchwałą Sądu Najwyższego, w której podniesiono, że granicami podstępu są okoliczności przyszłe objęte normalnym ryzykiem kontraktowym. Na kanwie tego

140 M. Gutowski, *Wzruszalność...*, s. 106.

141 M. Królikowski, *Błąd...*, s. 222-223.

142 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku *Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 86. §2.

143 M. Gutowski, *Wzruszalność...*, s. 107-110.

orzeczenia negatywnie rozpatrzono możliwość uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego z powodu błędu wywołanego podstępnie przez dłużnika co do jego wypłacalności w dacie poręczenia¹⁴⁴.

W kontekście wzruszalności czynności prawnej dokonanej pod wpływem błędu wywołanego za pomocą podstępu należy wskazać, że mechanizm uchylenia się od skutków czynności jest tożsamy wraz z omówionym przedtem błędem, rozumianym wedle art. 84 k.c.

2.2. Kwalifikacja prawna *Dark Patterns*

Inaczej niż w przypadku błędu, aby działanie mogło zostać uznane za podstępne, musi być ukierunkowane na wprowadzenie w błąd. Rolę pierwszorzędną odgrywa zatem umyślność adresata oświadczenia woli, na dalszy plan spychając istotność błędu czy objęcie zakresem wady jedynie treści czynności prawnej. Należy zważyć, że ustawodawca odróżnił sytuację wprowadzenia składającego oświadczenie woli w błąd od zastosowania podstępu w ten sposób, że nie zastosował kryterium rozsądnosci, jaką kierować się powinna osoba dokonująca czynności prawnej. M. Królikowski podnosi, że jest to konsekwencja wysokiego stopnia nieetyczności działającego w sposób podstępny. Nie ma bowiem w tym wypadku znaczenia, czy wadliwość oświadczenia woli wyniknęła przy starannym działaniu składającego oświadczenie woli, czy też była konsekwencją jego lekkomyślności. Nie będzie mieć zatem doniosłości prawnej powoływanie się przez kontrahenta na brak zachowania ostrożności składającego oświadczenie woli, jeżeli inne przesłanki wymagane wedle art. 86 k.c. zostały spełnione¹⁴⁵. Podobnie jak w wypadku błędu, i tutaj możliwe jest zakwalifikowanie do ochrony wynikającej z art. 86 k.c. zaniechania wyprowadzenia konsumenta z błędu, lecz konieczne jest ustalenie związku przyczynowego oraz tego, czy konkretny obowiązek informacyjny, wynikający z umowy, ustawy oraz wyjątkowo z zasad współżycia społecznego, został naruszony. Tylko wówczas można mówić o umyślności, gdy istniał obowiązek zapobieżenia wprowadzeniu w błąd, a zatem zapobieżenia skutkom dezinformacji¹⁴⁶.

Wydaje się, że większość przypadków manipulacji w sieci będzie bliżej korespondować z instytucją podstępu. Jest to wynik przede wszystkim tego, że ustawodawca zdecydował o szczególnym potępieniu podstępnego działania, liberalizując przesłanki skorzystania ze wzruszalności czynności prawnej. Jest to wynik przyjęcia, że do błędnego przeświadczenia składającego oświadczenie woli dochodzi w konsekwencji naganego i zamierzonego działania kontrahenta. W wypadku podstępu także niedbalstwo składającego oświadczenie woli jest mniej istotne, bowiem nie stanowi ono przesłanki usprawiedliwiającej działającego podstępnie. Za klasyczny przykład zastosowania podstępu w przestrzeni wirtualnej wskazuje się sytuację, w której podmiot wystawiający ofertę sprzedaży określonego produktu lub usługi zamieszcza o nich fałszywe informacje, by skłonić potencjalnego klienta do zawarcia umowy¹⁴⁷. W tym kontekście *Dark Patterns* nie wydają się tak oczywistymi i ewidentnymi wa-

144 Uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96, OSNC 1996, nr 12, poz. 153.

145 M. Królikowski, *Błąd...*, s. 225.

146 K. Południak-Gierz, *Wady...*, s. 160.

147 K. Południak-Gierz, *Wady...*, s. 157; K. Gajek, *Oświadczenie woli w komunikacji elektronicznej*, Warszawa 2020, V. § 3 V.

riacjami podstęp. Choć przy zastosowaniu manipulacji każdorazowo uwidacznia się podstępne i świadome działanie wymierzone w autonomię woli konsumenta, to są to techniki znacznie bardziej subtelne, które mogą, choć nie muszą, doprowadzić do zawarcia kontraktu. Liberalne przesłanki tej wady oświadczenia woli pozwalają jednak przypuszczać, że jest to dotąd najbardziej możliwa droga ochrony wprowadzonych w błąd podmiotów.

3. Wyzysk w świetle art. 388 *Kodeksu cywilnego*

3.1. Pojęcie i charakterystyka

Prawo cywilne gwarantuje ochronę stron stosunków obligacyjnych także poprzez ustanowienie zakazu wykorzystywania trudnej sytuacji, w jakiej znajdują się kontrahenci, które to zjawisko doktryna nazwała wyzyskiem. Jest to regulacja dotycząca wadliwości treści czynności prawnej, a nie wadliwości oświadczenia woli, jak wcześniej omówiony błąd czy podstęp. Wedle art. 388 §1 k.c., jeżeli jedna ze stron, wyzyskując przymusowe położenie, niedołęstwo lub niedoświadczenie drugiej strony, w zamian za swoje świadczenie przyjmuje albo zastrzega dla siebie lub dla osoby trzeciej świadczenie, którego wartość w chwili zawarcia umowy przewyższa w rażąco stopniu wartość jej własnego świadczenia, druga strona może żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego jej świadczenia, a w wypadku gdy jedno i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, może ona żądać unieważnienia umowy. I dla tej definicji wyróżnia się przesłanki o charakterze obiektywnym i subiektywnym, które muszą zostać spełnione kumulatywnie¹⁴⁸. Do tej pierwszej zalicza się okoliczność kwalifikowanej dysproporcji świadczeń stron kontraktowych. Ustawodawca uznaje, że taka nierówność powstaje w sytuacji, gdy świadczenie zastrzeżone dla jednej ze stron umowy (bądź osoby trzeciej) rażąco przewyższa świadczenie wzajemne. Dysproporcja jest rażąca wówczas, gdy jest widoczna od razu. Niewspółmierność świadczeń musi być oceniana wyłącznie wedle kryteriów obiektywnych, najczęściej cen rynkowych tego samego lub podobnego świadczenia. Bez znaczenia dla wyzysku ma opinia strony kontraktowej czy nawet obu stron zobowiązania¹⁴⁹. Należy zaznaczyć, że Z. Radwański, że tylko do umów natury wzajemnej zastosowanie znaleźć może ochrona wynikająca z art. 388 k.c. Oczywiście z samej treści stosunku zobowiązaniowego może wynikać znaczna dysproporcja świadczeń wzajemnych, a to z uwagi na swobodę kształtowania umów, jaką gwarantuje prawo cywilne. Zdaniem Sądu Najwyższego swoboda kształtowania treści umowy podlega ograniczeniu w tym zakresie, że nie może być sprzeczna z ustawą, właściwością stosunku prawnego oraz zasadami współżycia społecznego. Stąd też rozstrzygnięcie dotyczące nadmiernej stawki wynagrodzenia dla jednej ze stron stosunku zobowiązaniowego musi uwzględniać wachlarz okoliczności faktycznych, a w szczególności rodzaj świadczenia oraz nakład pracy kontrahenta¹⁵⁰. Dla oceny dysproporcji świadczeń decydujące znaczenie ma chwila zawarcia umowy¹⁵¹. Po tym momencie, okoliczności, które doprowadziły do braku ekwiwalentności świadczeń wzajemnych, mogą rzutować na kształt umowy,

148 Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 137.

149 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 października 2004 r., I ACa 530/04, OSAB 2005, nr 1, poz. 28.

150 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2011 r., II CSK 528/10, LEX nr 794768.

151 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 września 2014 r., VI ACa 1851/13, LEX nr 1544990.

lecz ochrony należy poszukiwać w art. 3571 i art. 3581 k.c. regulującymi klauzule *rebus sic stantibus*. Są to klauzule nadzwyczajnej zmiany stosunków, gdy spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron umowy rażąca strata¹⁵². Inne stanowisko przedstawił W. Popiołek, według którego możliwe jest powstanie rażącej niewspółmierności świadczeń dopiero po chwili zawarcia umowy, a strona, wiedząc o tym, świadomie wyzyskała sytuację¹⁵³.

Z kolei przesłankę subiektywną rozumie się przez wykorzystanie przymusowego położenia, niedołęstwa lub niedoświadczenia drugiej strony, niezależnie od źródła wystąpienia tych stanów. Wydaje się, że ostatnia okoliczność będzie mieć najistotniejsze znaczenie dla tematu niniejszego opracowania. Co niektórzy autorzy rozbijają przesłankę subiektywną na dwie osobne, z których jedna ma mieć charakter mieszany¹⁵⁴. Jest nią wystąpienie u jednej ze stron stanu przymusowego położenia, niedołęstwa, niedoświadczenia, co zawsze musi zachodzić obiektywnie. Nie sposób jednak dokonywać oceny stanu faktycznego bez odniesienia do konkretnej osoby, która została wyzyskana, w czym przejawia się element subiektywny¹⁵⁵. Za położenie przymusowe można uznać sytuację, gdy strona znajduje się w trudnych warunkach ekonomicznych, osobistych, a nawet rodzinnych. Sytuacja ta jest na tyle przytłaczająca, że wymusza podjęcie działań, które normalnie nie zostałyby podjęte, bowiem wykluczają ekwiwalentność świadczeń stron kontraktowych. Stan niedołęstwa tłumaczony jest natomiast jako bezradność, niemożność swobodnej decyzyjności, będącej wynikiem braku sił fizycznych lub psychicznych, który jest wynikiem na przykład wieku wyzyskanego. W końcu brak doświadczenia przejawia się ogólnym brakiem doświadczenia życiowego bądź też niedoświadczeniem w konkretnych kategoriach przedsięwzięć¹⁵⁶. Niedoświadczenie może mieć źródło w młodym lub podeszłym wieku, w zależności od stanu faktycznego, a także w niedostatkach intelektu. Niewykluczone, że może też wynikać z ogólnej dostępności usług wirtualnych, podpartej brakiem doświadczenia w zawieraniu umów drogą internetową. Natomiast ostatnią przesłankę subiektywną stanowi wykorzystanie opisanej niekorzystnej sytuacji drugiej strony, dla uzyskania zastrzeżonej szczególnej korzyści dla siebie (osoby trzeciej). Działanie takie zawsze będzie oceniane nagannie, niezależnie od zaistnienia zamiaru czy podstępnego działania służącemu wyzyskowi. Podkreśla się jednak konieczność wystąpienia intencjonalności wyzyskującego, co najmniej w zakresie świadomości o położeniu drugiej strony kontraktowej¹⁵⁷. Należy zatem uznać, że sama świadomość jest wystarczająca. Wyzyskujący nie musi podejmować także żadnych działań zmierzających do nakłonienia drugiej strony do zawarcia umowy, jeżeli tylko ma wiedzę o niefortunnym położeniu, które niejako przymusza do zawarcia umowy w określonym kształcie. Warto także podkreślić odrębność regulacji dotyczącej wyzysku od stanów wyłączających świadome albo swobodne podjęcie decyzji i wyrażenie woli, oznaczonych w art. 82 k.c. Zgodnie z nim nieważne jest oświadczenie woli złożone przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome

152 M. Krawczyk, *Zakaz wyzysku w prawie cywilnym*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach nr 104, Seria: Administracja i Zarządzanie (31) 2015, s. 112.

153 W. Popiołek [w:] *Kodeks cywilny, Tom I Komentarz art. 1-44910*, wyd. 9, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 1122.

154 A. Rzetecka-Gil [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna*, LEX/el. 2011, art. 388, Nt 12-13.

155 W. Popiołek [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 825.

156 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2005 r., V CK 191/05, OSP 2007, nr 7-8, poz. 87.

157 M. Gutowski, *Wzruszalność...*, s. 162-163.

albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli. Dotyczy to w szczególności: choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego, chociażby nawet przemijającego, zaburzenia czynności psychicznych¹⁵⁸. Jak podaje M. Gutowski, o tym, czy w danym wypadku znajdzie zastosowanie art. 388 k.c., czy 82 k.c., powinno decydować natężenie trudności w sferze psychicznej, jakie wystąpiły po stronie kontraktowej. I tak w przypadku stanu wyłączającego oświadczenie woli nie może być mowy o jakiegokolwiek wolności decyzyjnej. Wówczas składający oświadczenie woli pozbawiony jest świadomości na temat konsekwencji prawnych swojej deklaracji, co sprawia, że ustawodawca unieważnia takie oświadczenie *ex lege*. Wszelkie stany faktyczne niemieszczące się w kategorii całkowitego wyłączenia swobody decyzyjnej mogą kwalifikować się do czerpania z instytucji wyzysku¹⁵⁹. Tym samym będzie chodzić o sytuacje, w których składający oświadczenie woli może rozpoznać znaczenie swoich działań, jednak z powodów od siebie niezależnych ma ograniczoną zdolność do władania swoim poczynaniem.

Za dominujący należy uznać pogląd, jakoby art. 388 k.c. był przepisem szczególnym w stosunku do art. 58 §2 k.c., zgodnie z którym nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Wyzysk jest postacią naruszenia zasad współżycia społecznego. Każda umowa spełniająca przesłanki art. 388 k.c. będzie jednocześnie sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, jednak ustawodawca zdecydował się odmiennie regulować skutki prawne wypełnienia przesłanek tych przepisów¹⁶⁰. Niemoralna postawa wyzyskującego oceniana wedle przesłanek art. 388 k.c. nie może jednocześnie korzystać z ochrony gwarantowanej art. 58 §2 k.c. Tyko wówczas, gdy zostaną wypełnione przesłanki nieobjęte regulacją wyzysku, a dojdzie do sprzeczności umowy z zasadami współżycia społeczności lub postawa adresata oświadczenia woli będzie rażąco naganna, będzie można zastosować bezwzględną nieważność zawartej umowy¹⁶¹.

Umowa zawarta w warunkach wyzysku jest wzruszalna, czyli względnie nieważna, gdy inne możliwości ochrony wyzyskanego kontrahenta nie mogą znaleźć zastosowania. Druga strona w pierwszej kolejności może żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego jej świadczenia. Pożądanym stanem jest zatem przywrócenie równowagi świadczeniom przez sąd. Dopiero w wypadku, gdy jedno i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, może ona żądać unieważnienia umowy. Tym, co odróżnia instytucję wyzysku od omówionych wcześniej błędu i podstęp, jest fakt, że do unieważnienia umowy może doprowadzić jedynie prawomocny wyrok sądowy uwzględniający powództwo, a nie oświadczenie woli wyzyskanego. Podkreślić należy, że nie zawsze modyfikacja treści umowy powodująca wyrównanie świadczeń prowadzi do ochrony interesów wyzyskanego, dlatego też postuluje się konieczność każdorazowej oceny przez sąd okoliczności faktycznych. Nie można bowiem za wszelką cenę dokonywać wyrównania świadczeń, jeżeli uzyskanie rekompensaty jest mało prawdopodobne¹⁶².

158 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 82.

159 M. Gutowski, *Wzruszalność...*, s. 164-166.

160 A. Olejniczak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna*, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 388, LEX, Nt 1.

161 K. Osajda, *Prawo zobowiązań - część ogólna, System Prawa Prywatnego*, tom 5, Wyd. 3, red. C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 634-635.

162 *Ibidem*, s. 639-640.

3.2. Wyzysk konsumenta w świetle art. 304 *Kodeksu karnego*

Dla pełnego oglądu na instytucję wyzysku w polskim prawie warto także po krótko omówić jego regulację w *Kodeksie karnym*. Ustawodawca zdecydował się bowiem na umieszczenie w rozdziale XXXVI o nazwie „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym” art. 304, zgodnie z którym kto, wyzyskując przymusowe położenie innej osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, zawiera z nią umowę, nakładając na nią obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3¹⁶³. Historycznie przestępstwo to jest kontynuacją zakazu ściągania lichwy¹⁶⁴. Regulacja ewidentnie koresponduje z brzmieniem art. 388 k.c. Biorąc pod uwagę położenie przepisu, ma on chronić interesy majątkowe. Ustawodawca kryminalizuje wyzyskanie przymusowego położenia podmiotu w sytuacji zawierania z nim umowy, której treścią jest obowiązek świadczenia wzajemnego obciążonego brakiem ekwiwalentności. Brak proporcjonalności może dotyczyć zarówno świadczenia głównego, jak i świadczeń ubocznych, którego typowym przykładem jest pożyczka z niewspółmiernie wysokimi, w stosunku do zmian w sile nabywczej pieniądza i uczciwego zysku, odsetkami¹⁶⁵. Wedle postanowienia Sądu Najwyższego przymusowe położenie pokrzywdzonego należy rozumieć w ten sposób, że jego aktualne warunki życiowe są tak wysoce niekorzystne, że same w sobie grożą niezaspokojeniem podstawowych potrzeb własnych lub rodziny. Przymus polega na tym, że osoba ta jest skłonna przyjąć na siebie nawet skrajnie niekorzystne warunki umowne, byleby jakkolwiek doprowadzić do poprawy sytuacji życiowej. Przeważające znaczenie dla wyzysku rozumianego przez art. 304 §1 k.k. ma niezbędność działań podjętych przez wyzyskanego, które doprowadziły go do zawarcia umowy zobowiązującej do świadczenia niewspółmiernego w stosunku do świadczenia wzajemnego¹⁶⁶. Z pewnością obie regulacje różni przestępka rażącej niewspółmierności świadczeń, której wymaga *Kodeks cywilny*. Przestępstwo ma charakter powszechny, może więc zostać popełnione przez każdego i jest przestępstwem formalnym. Oznacza to, że niezależnie od tego, czy wywołało szkodę w sferze majątkowej pokrzywdzonego, sprawca dopuścił się czynu. Dla prawa karnego znaczenie odgrywa natomiast postać zamiaru, z jakim działa sprawca. Zasadniczo może on kierować się wyłącznie zamiarem bezpośrednim, to jest wolą popełnienia przestępstwa poprzez świadomość realizacji wszelkich znamion czynu zabronionego¹⁶⁷. Według innych należy także dopuścić realizację znamion czynu zabronionego przy zaistnieniu zamiaru ewentualnego - wówczas sprawca, choć nie jest pewien, czy kontrahent znajduje się w przymusowym położeniu, przewiduje taką okoliczność i godzi się na nią¹⁶⁸. W kontekście regulacji prywatnoprawnych, w tym omówionego art. 388 k.c. czy przepisów chroniących zasady współżycia społecznego, regulacja ustawy karnej może znaleźć równoległe zastosowanie. Przedmiotem ochrony art. 304 k.k. są interesy majątkowe pokrzywdzonego, które mogły ulec uszczerbkowi w wyniku wykorzystania przymusowego położenia słabszej strony kontraktu¹⁶⁹. Z kolei reszta typizacji

163 *Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444), art. 304 §1 (dalej także „k.k.”).

164 R. Zawłocki (red.), *System prawa handlowego. Prawo karne gospodarcze*, Tom 10, Wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2018, art. 304, *Legalis*, Nt 1.

165 A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*. Wyd. 7, Warszawa 2021, art. 304, *Legalis*, Nt 4.

166 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 października 1966 r., *Rw* 904/66.

167 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2015 r., II KK 60/15, *LEX* nr 1755911.

168 A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, Nt 10.

169 R. Zawłocki (red.), *System...*, Nt 14.

wynikających z art. 304 k.k., a to §2 i §3, dotyczą ściśle kategorii sytuacji żądania od konsumenta nadmiernych świadczeń z tytułu korzystania z kapitału na podstawie umowy pożyczki, kredytu lub innej umowy, której przedmiotem jest udzielenie takiego świadczenia z obowiązkiem jego zwrotu. Obie typizacje dodano *Ustawą z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań ostonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2* (Dz.U. z 2020 r. poz. 875 ze zm.).

3.3. Kwalifikacja prawna *Dark Patterns*

Wyzysk jest instytucją prawa cywilnego mającą za zadanie chronić podmioty prawa w sytuacji, gdy jedna ze stron kontraktu wykorzystuje niewygodne położenie tej drugiej, celem zawarcia umowy w pożądanym przez siebie kształcie. Z treści art. 388 k.c. można wywieść, że ma on nie tylko funkcję ochronną autonomii woli, lecz jego zadaniem jest także kontrola treści czynności prawnych, która pozwala przywrócić równowagę świadczeń wzajemnych, a w ostateczności unieważnić czynność prawną *ex tunc*. Opisana regulacja zdaje się mieć szczególne znaczenie dla czasów obecnych, gdy wysoki rozwój technologiczny oraz częsty brak przejrzystości prawnej oraz nagromadzenie informacyjne mieszają się z niezwykle szeroką dostępnością Internetu. Skutkiem tego stanu jest przeniesienie wielu usług w przestrzeń wirtualną, w konsekwencji czego uwidaczniają się braki w doświadczeniu przeciętnego użytkownika obecnego w Internecie. Należy jednak postawić pytanie, czy taka szeroka ochrona konsumenta uczestniczącego w obrocie wirtualnym nie jest zbyt daleko idąca. Trudno oczekiwać, że przedsiębiorca udostępniający swoje usługi lub towary na rynku wirtualnym każdorazowo był zmuszony do dociekania na temat swego kontrahenta, szczególnie w kategorii posiadanego doświadczenia, wieku czy sprawności umysłowej. Kwestią drugorzędną jest natomiast to, czy jest to w ogóle możliwe, nie mając z nim fizycznej styczności, mając na uwadze specyfikę komunikacji elektronicznej. Trudno też zakładać, że każda osoba w podeszłym wieku nie jest obyta z działaniem nowoczesnej technologii, a co za tym idzie - z handlem elektronicznym, a każda osoba wieku młodzieńczym będzie cechować się wysokim stopniem ostrożności oraz świadomością na temat konsekwencji swoich działań w Internecie.

Podejmując jednak próbę konfrontacji instytucji wyzysku z opisanym zjawiskiem *Dark Patterns*, można dojść do wniosku, że w praktyce Internet jest miejscem masowego wykorzystywania przymusowego położenia użytkowników, a także ich niewiedzy oraz braku doświadczenia. Gdyby przyjrzeć się typizacjom DP, to w znakomitej większości odpowiadają one działaniu polegającym na manipulowaniu zachowaniem konsumenta poprzez wymuszanie na nim podejmowania odpowiednich akcji. I tak w wypadku *forced action* użytkownikowi nie pozostawia się wyboru - albo dostosuje się do wymagań stawianych przez twórcę strony WWW, albo zostanie całkowicie pozbawiony możliwości korzystania z jej funkcjonalności. Najczęściej działaniem takim doprowadza się do przekazania danych osobowych w celu uzyskania kolejnych adresatów swoich treści marketingowych. Wydaje się jednak, że sposób, w jaki ustawodawca skonstruował przesłanki konieczne do wypełnienia znamion wyzysku, jest zbyt surowy, by można było wykorzystać art. 388 k.c. do kontroli treści umów zawieranych przy wykorzystaniu manipulacyjnych technik w przestrzeni wirtualnej. *Kodeks cywilny* odwołuje się do znacznie bardziej doniosłych okoliczności wymuszających na wyzyskiwanym zawarcie umowy o świadczenie rażąco niewspółmierne, takich jak trudna

sytuacja ekonomiczna czy rodzinna. Konsument uczestniczący w rynku internetowym zwykle kieruje się słabszymi pobudkami, takimi jak oszczędność, szybkość decyzyjna. Dyskusyjne byłoby także, na ile można mówić o rażącej dysproporcji świadczeń w momencie, gdy przedmiotem umowy jest, tak jak w przykładzie, udostępnienie wrażliwych danych osobowych w zamian za treści marketingowe przedsiębiorcy.

Wydaje się także, że sama konstrukcja wyzysku rozumianego przez art. 388 k.c. jest niedostosowana do warunków panujących na rynku wirtualnym. Jako że wyzysk nie jest klasyczną wadą oświadczenia woli, a jego skuteczność zależy każdorazowo od wyroku sądowego uwzględniającego powództwo wyzyskanego, to problematyczne jest, czy instytucja ta pasuje do czasów współczesnych. Szczególnie przecież w Internecie dochodzi do masowych i szybkich transakcji handlowych, a także błyskawicznej wymiany danych osobowych. Jak podkreśla K. Południak-Gierz, im bardziej instytucja ochrony autonomii woli cechuje się elementami obiektywnymi i abstrakcyjnymi, tym skuteczniej może ona służyć do usuwania nierówności kontraktowych w obrocie masowym¹⁷⁰.

170 K. Południak-Gierz, *Wady...*, s. 277.

Rozdział IV.

Publicznoprawne instrumenty ochrony konsumenta

Wstęp

Jak już wskazano, współcześnie Internet jest jednym z głównych narzędzi służących do uczestniczenia w obrocie gospodarczym. Dzięki popularyzacji elektronicznej drogi zawierania umów rośnie także odsetek przedsiębiorców działających wyłącznie w Internecie. Wobec tego wzrasta także konkurencja między podmiotami profesjonalnymi, która stanowi jeden z fundamentów gospodarki wolnorynkowej. Według R. Skubisza tam, gdzie występuje gospodarka oparta na zasadzie konkurencji, zawsze będą występowały nieuczciwe sposoby pozyskiwania konsumenta¹⁷¹. Konieczna stała się zatem prawna regulacja tego segmentu rynku, by walka o konsumenta toczyła się zgodnie z zasadą *fair play* w stosunku do niego, jako podmiotu uważanego za słabszy, ale także w stosunku do innych przedsiębiorców. Niestety, jak każda dziedzina stosunków społecznych, i ta rodzi swoje patologie, które uwidaczniają się przede wszystkim jako działania niezgodne z podstawowymi wartościami moralnymi oraz godzące w prawa i wolności gwarantowane prawem. Warto zatem dokonać analizy dostępnych publicznoprawnych instrumentów ochrony konsumenta w celu odszukania najskuteczniejszego modelu, który nadaży za rozwojem technologicznym oraz nowoczesnymi sposobami naruszania prawa uczciwej konkurencji.

1. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

1.1. Pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji

Poczynając od pierwszej ustawy z zakresu prawa konkurencji, skupić się należy, oprócz omówionej już definicji przedsiębiorcy, na pojęciu czynu nieuczciwej konkurencji, którego może się on dopuścić. Wedle art. 3 ust. 1 *Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* czynem tym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei ust. 2 tego przepisu stanowi, że czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie kon-

171 R. Skubisz, *Klauzule generalne w prawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, VOL. LXIII, 2 Sectio G, Lublin 2016, s. 71.

sorcijnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi¹⁷². Jest to katalog nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji, zdefiniowanych szerzej w dalszej części ustawy, a to w art. 5-17g. Należy zwrócić jednak uwagę, że z uwagi na użycie zwrotu „w szczególności” zdecydowano jedynie o przykładowym wyliczeniu czynów. Jak podkreśla E. Nowińska, art. 3 ust. 1 u.z.n.k. pełni dwojaką funkcję - po pierwsze, definiuje w sposób zasadniczy, czym jest czyn nieuczciwej konkurencji, i jest swoistą wskazówką interpretacyjną dla wszystkich nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji. Stanowi zatem *lex generalis* dla innych przepisów z zakresu prawa konkurencji¹⁷³. Po drugie, pełni funkcję uzupełniającą w wypadku, gdy dojdzie do naruszenia ustawy przy wykonywaniu działalności gospodarczej, jednak zachowanie to nie wypełni znamion żadnego z wymienionych w części szczególnej u.z.n.k. czynów niedozwolonych¹⁷⁴. Wówczas stosowne jest odwołanie się do art. 3 ust. 1 u.z.n.k. jako samodzielnej podstawy prawnej¹⁷⁵. Istnienie tego rodzaju klauzuli generalnej będzie szczególnie pomocne dla oceny działań omawianych w niniejszym opracowaniu, które zdają się wciąż nieuchwytnie dla prawa, czy to krajowego, czy unijnego. Należy pamiętać, że nie ma możliwości wyczerpującej typizacji czynów nieuczciwej konkurencji, dotrzymując jednocześnie kroku rozwijającej się technologii, a w ślad za nią - nowych technik pozyskiwania klientów. Oprócz funkcji definiującej oraz uzupełniającej w literaturze wyróżnia się funkcję korygującą klauzuli generalnej, dzięki której w wypadku, gdy oceniany stan faktyczny co do zasady spełnia przesłanki formalne konkretnego nazwanego czynu nieuczciwej konkurencji, wymienionego w części szczególnej, lecz wobec niskiego stopnia nieuczciwości działania oraz niewielkiego zagrożenia lub naruszenia interesów innych uczestników rynku, zasadne jest odstępianie od uznania czynu za niedozwolony oraz pociągnięcia przedsiębiorcy do odpowiedzialności w reżimie ustawy. W tym sensie klauzula wyznacza granice dla zastosowania negatywnych skutków wynikających z ustawy, a zatem koryguje jej działanie. Każde działanie wypełniające znamiona czynu nazwanego musi jednocześnie spełniać przesłanki z art. 3 u.z.n.k. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że nie wszystkie delikty zdefiniowane wedle ustawy mogą być popełnione wyłącznie przez przedsiębiorcę, lecz także przez osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej, co stoi na przeszkodzie w korzystaniu z dobrodziejstwa art. 3 u.z.k.n. z uwagi na zwrot „innego przedsiębiorcy”¹⁷⁶. Sposób sformułowania przepisu wskazuje bowiem, że popełniającym czyn nieuczciwej konkurencji w sensie ogólnym może być wyłącznie przedsiębiorca w stosunku do innego przedsiębiorcy lub konsumenta.

Powracając jednak do ogólnej definicji czynu nieuczciwej konkurencji, zauważyć należy, że konieczne jest kumulatywne spełnienie wymienionych tam przesłanek, a których wyróżnia się trzy. W pierwszej kolejności oceniane zachowanie musi zostać podjęte w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Następnie ustawa wymaga spełnienia nieostrych przesłanek, by działanie to było bezprawne, jako sprzeczne

172 Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913), art. 3 (dalej także jako „u.z.n.k.”).

173 J. Szwaia (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Wyd. 5, Warszawa 2019, art. 3, Legalis, Nt 5.

174 E. Nowińska [w:] K. Szczepanowska-Kozłowska, E. Nowińska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 3, LEX, Nt 1.

175 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2008 r. II CSK 363/07.

176 M. du Vall, E. Nowińska [w:] M. du Vall, E. Nowińska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, wyd. VI, Warszawa 2013, art. 3, Nt 1.

z prawem oraz dobrymi obyczajami. Ostatni wymóg dotyczy zagrożenia lub naruszenia szkodliwym działaniem interesu innego przedsiębiorcy lub konsumenta¹⁷⁷. Jak już zostało to omówione przy okazji definiowania pojęcia przedsiębiorcy wedle u.z.n.k., działalność zarobkowa lub zawodowa na gruncie tej ustawy może być wykonywana nawet ubocznie, dla uczestniczenia w działalności gospodarczej, także w celach niezarobkowych. Sąd Najwyższy zwraca uwagę na pojemność wyrażenia „uczestniczyć”. Wedle jego stanowiska „uczestniczenie w działalności gospodarczej może polegać na różnych zachowaniach, które mogą mieć wpływ na bieżące albo przyszłe wyniki działalności przedsiębiorców lub interesy klientów”. Sprawia to, że podmiot będący przedsiębiorcą może oddziaływać na określonej sferę gospodarczą, gdy obiektywnie uczestniczy w rynku w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, chociażby nienastawioną na zysk¹⁷⁸. Z kolei druga wymieniona przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji dotyczy pojęć nieostrych. O ile bezprawność w rozumieniu ścisłym, czyli sprzeczność z prawem, nie rodzi problemów interpretacyjnych, o tyle sprzeczność z dobrymi obyczajami jest kryterium na tyle niedookreślonym, że wymaga bliższej analizy. Ustawodawca odwołuje się w tym miejscu do zasad prawidłowej gospodarki, w tym zasady uczciwej konkurencji, która rozumiana powinna być jako niezakłócone współzawodnictwo przy pomocy takich kryteriów jak jakość czy cena świadczonych produktów lub usług. Pewną wskazówkę dla interpretacji klauzuli dobrych obyczajów stanowić może nieobowiązująca już *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*, wedle której przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów¹⁷⁹. Sąd Apelacyjny w Katowicach nazwał taki zbiór norm pozaprawnych dobrymi obyczajami kupieckimi, których nie można w żaden sposób wyczerpująco zdefiniować, bowiem kształtowane są one poprzez ludzkie zachowania oraz postawy uwarunkowane różnymi wartościami moralnymi, celami ekonomicznymi oraz praktykami gospodarczymi. Wartości te nie są jednak stałe i podlegają kształtowaniu wobec zmiennych ideologii politycznych oraz dynamicznie rozwijających się stosunków społecznych¹⁸⁰. Z kolei Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za dobry obyczaj szeroko pojęty szacunek do człowieka. Na stosunki między przedsiębiorcami a konsumentami przekładać się on powinien poprzez realizację obowiązków informacyjnych co do przysługujących uprawnień, a także niewykorzystywanie przewagi kontraktowej. Za sprzeczne powinno uznawać się takie praktyki, które dezinformują, dezorientują i wywołują błąd, dzięki wykorzystaniu niewiedzy lub naiwności¹⁸¹. Natomiast dla zachowań obecnych *stricte* w przestrzeni wirtualnej wzorem postępowania mogłaby być tak zwana netykieta, która jest powszechnym zbiorem zasad dobrego zachowania w Internecie¹⁸². Wydaje się jednak, że brak oficjalnej kodyfikacji netykiety oraz niski prestiż zasad mogą sprawiać, że nie będzie ona źródłem odwołania dla judykatury oraz doktryny. Ostatnia przesłanka klauzuli generalnej dotyczy naruszenia lub zagrożenia interesu uczestnika obrotu gospodarczego - czy to innego przedsiębiorcy, czy też konsumenta. Poprzez takie szkodliwe działanie przedsiębior-

177 J. Szwaia, *Ustawa o zwalczaniu...*, art. 3, Legalis, Nt 8.

178 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2003 r., II CK 161/02, OSNC 2004, nr 11, poz. 186.

179 *Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz.U. 2004 Nr 173, poz. 1807), art. 17.

180 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 lutego 2008 r., V ACa 256/07, LEX nr 519350.

181 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z dnia 23 lutego 2006 r., XVII Ama 118/04, Dz.Urz.UOKiK 2006, nr 2, poz. 31.

182 M. Balicki, *Nieuczciwa konkurencja w globalnej sieci*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ, Nr 1/2011 (6), s. 6.

ca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej. Istotne jest jednak, aby zagrożenie lub naruszenie w sposób istotny oddziaływało na cudzy interes, a zagrożenie było realne. Innymi słowy, zagrożenie musi cechować się prawdopodobieństwem naruszenia interesu¹⁸³. Jak podkreślił Sąd Najwyższy, interes przedsiębiorcy, wobec którego naruszono prawo konkurencji, winien być rozumiany szeroko. Oznacza on nie tylko aktualny stan rzeczy, lecz także stan ukształtowany w przyszłości, który będzie stanowić źródło rzeczywistych lub oczekiwanych korzyści¹⁸⁴.

Wypada powtórzyć za J. Szwałą, że pod wyrażeniem działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami kryje się także zaniechanie. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w treści ustawy, bowiem niektóre z czynów nazwanych nieuczciwej konkurencji mogą zostać popełnione także przez brak aktywności przedsiębiorcy. Za taki przykład można uznać art. 10 ust. 1 u.z.n.k., wedle którego czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich¹⁸⁵. Ustawodawca w tym wypadku postanawia negatywnie ocenić brak takiego oznaczenia produktu, które wprowadza odbiorcę w błąd. Regułą jest natomiast, że każdy czyn nazwany i nienazwany może zostać popełniony przez działanie i zaniechanie¹⁸⁶.

1.2. Nazwane i nienazwane czyny nieuczciwej konkurencji

Można stwierdzić, że czyny nienazwane wedle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to wszystkie te, które nie mieszczą się w ramach typizacji czynów wymienionych w art. 5-17g ustawy. Co istotne, zwraca się uwagę na kolejność badania konkretnego działania pod kątem naruszenia omawianej ustawy. Kwalifikację prawną winno się każdorazowo rozpocząć przez pryzmat czynów nazwanych wymienionych w art. 5-17g u.z.n.k. Dopiero po stwierdzeniu, że niemożliwe jest zakwalifikowanie do któregośkolwiek z nich, zasadne jest wskazanie jako podstawy klauzuli generalnej z art. 3 u.z.n.k. R. Stefanicki nazywa ten zabieg dwustopniowym testem badania naruszeń uczciwej konkurencji¹⁸⁷. Przepisy szczegółowe skupiają się na takich szkodliwych działaniach przedsiębiorcy, które, naruszając zasadę konkurencyjności, najczęściej wprowadzają w błąd konsumenta lub w nieuzasadniony sposób faworyzują go w celu pozyskania klienta wyłącznie dla siebie, kosztem interesu innych przedsiębiorców, którzy w skutek nieuczciwego działania nie mogą uczestniczyć w rynku na równych warunkach. Ramy tej pracy nie pozwalają jednak na szczegółowe omówienie każdego z nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji. Zasadne będzie wybranie jedynie tych najbardziej korespondujących ze zjawiskiem *Dark Patterns* oraz przybliżenie mechanizmu ochrony wynikającej z ustawy.

183 J. Szwała, *Ustawa o zwalczaniu*, art. 3, Legalis, Nt 50.

184 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1995 r., III CZP 12/95.

185 *Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz.U.2020.1913), art. 10 ust. 1.

186 J. Szwała, *Ustawa o zwalczaniu*, art. 3, Legalis, Nt 41.

187 R. Stefanicki [w:], *System Prawa Prywatnego. Prawo konkurencji*, red. M. Kępiński, tom 15, C.H. Beck 2014, art. 3, s. 133.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców; 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży; 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy¹⁸⁸. Jest to przykładowy katalog przeszkód, poprzez które dostęp do rynku zostaje utrudniony dla podmiotów konkurujących. Jak wskazuje Sąd Apelacyjny w Warszawie, za dostęp do rynku uznaje się swobodę wejścia na rynek oraz wyjścia z niego, a także oferowanie na rynku swych towarów i usług¹⁸⁹. W tym kontekście ustawodawca negatywnie ocenia utrudnianie dostępu poprzez wpływanie na wybory konsumenta. Konsument jest tu zatem pewnego rodzaju narzędziem do łamania zasad uczciwej konkurencji. W literaturze wskazuje się, że celem ochrony wynikającym z przywołanej typizacji jest interes publiczny jako mechanizm uczciwej konkurencji, natomiast przy uwzględnieniu istniejących interesów konkurenta (innego przedsiębiorcy) oraz konsumenta¹⁹⁰. Na szczególną uwagę zasługuje przywołany punkt 5 przepisu, który swoje rozwinięcie znajduje w ust. 2. Zgodnie z nim czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na: 1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy; 2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym; 3) emisji, oferowaniu oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi oferowane przez jednego przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców pozostających w związku gospodarczym, w okolicznościach wskazanych w pkt 1 lub 2¹⁹¹. Zdaje się, że przepisy te najbardziej oddają istotę manipulacji wolą konsumenta, bowiem wymuszają na nim kontrahowanie z określonym podmiotem. Wymuszenie może dotknąć zarówno obecnego, jak i potencjalnego klienta, ale może także umożliwić podmiotowi trzeciemu wymuszenie na nim zawarcia umowy z określonym przedsiębiorcą. Deliktem nieuczciwej konkurencji będzie tu każde działanie, poprzez które dochodzi do ograniczenia swobody zakupu u oznaczonego przedsiębiorcy. Mogą to być zarówno ograniczenia wynikające ze stosunków umownych, ale także całe spektrum działań faktycznych¹⁹². Dla cytowanego art. 15 ust. 2 pkt 2 u.z.n.k. ogromne znaczenie ma natomiast zaistnienie związku gospodarczego pomiędzy podmiotami, które wymuszają na kliencie skorzystanie z określonej oferty, a przedsiębiorcą, u którego zakup ma zostać dokonany. Taki związek może korespondować z pojęciem „jednostek powiązanych” zdefiniowanym w *Ustawie o rachunkowości*. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 43 rozumie się przez to dwie lub więcej jednostek wchodzących w skład danej grupy

188 *Ustawaz dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz.U.2020.1913), art. 15 ust. 1.

189 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2011 r. I ACa 1162/10.

190 J. Szwaia, *Ustawa o zwalczaniu...*, art. 15, Legalis, Nt 8.

191 *Ustawaz dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz.U.2020.1913), art. 15 ust. 2.

192 K. Korus [w:] *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, LEX/el. 2002, art. 15, Nt b.

kapitałowej, za którą z kolei uważa się jednostkę dominującą wraz z jednostkami zależnymi¹⁹³. Przesłanką do stwierdzenia, że deliktu konkurencyjnego z art. 15 u.z.n.k. się dopuszczono, jest zajście skutku w postaci utrudnienia dostępu do rynku, w konsekwencji zachowań określonych w punktach 1-5¹⁹⁴. Czyny te mogą zostać popełnione wyłącznie świadomie, z winy umyślnej, na co wskazują konstrukcja przepisu oraz użyte tam wyrażenia¹⁹⁵. W wyroku Sądu Najwyższego podkreślono, że każde z zachowań stypizowanych w art. 15 ust. 1 pkt 1-5 u.z.n.k. przesądza o tym, że do utrudnienia dostępu do rynku doszło. Innymi słowy, fakt ten nie wymaga dowodzenia, jeżeli jest konsekwencją wystąpienia któregośkolwiek z wypunktowanych zachowań, bowiem zawsze przesądza o dopuszczeniu się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy¹⁹⁶.

Z kolei art. 16 ust. 1 u.z.n.k. definiuje czyn nieuczciwej konkurencji w postaci nieuczciwej reklamy. Zgodnie z przepisem czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności: 1) reklama sprzeczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka; 2) reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi; 3) reklama odwołująca się do uczuć klientów przez wywoływanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci; 4) wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji; 5) reklama, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta niezamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji¹⁹⁷. Wydaje się, że niezwykle istotnymi aspektami dla wymienionego przepisu są ingerencja reklamy w sferę psychiczną odbiorcy oraz manipulowanie jego procesem decyzyjnym. Niestety, ustawodawca nie zdecydował się na utworzenie legalnej definicji reklamy. Za reklamę uznaje się takie komunikaty, które ze względu na swoją treść przekazują informacje rynkowe na temat danego przedsiębiorcy czy też towarów i usług przez niego świadczonych. Powinien być to przekaz sformułowany w sposób jasny, niewywołujący przy tym nacisku emocjonalnego na odbiorcę¹⁹⁸. Według Sądu Apelacyjnego w Warszawie każda reklama powinna przedstawiać obiektywne informacje, choć sama w sobie ma charakter subiektywny, bowiem polega na zachęcaniu do wyboru określonej oferty handlowej¹⁹⁹. W kontekście omawianego zjawiska pewne typizacje nieuczciwej reklamy wydają się mieć punkty zbieżne z technikami *Dark Patterns* i mogą okazać się pomocne dla ich prawnego zdefiniowania. Za czyn nieuczciwej konkurencji przy użyciu reklamy uznaje się przecież takie działania, które wprowadzają klienta w błąd i mogą oddziaływać bezpośrednio na jego swobodę decyzyjną czy odwołują się do uczuć potencjalnego klienta, a nawet wkraczają w jego sferę prywatności, poprzez nagabywanie i uciążliwe przekonywanie do zakupu. Chociażby to ostatnie zachowanie wydaje się korespondować z opisanymi w ramach niniejszej pracy *push-notifications*, będącymi elementami techniki manipulacji nazwanej *nagging*. W praktyce postacią reklamy uciążliwej może być namawianie do skorzystania

193 Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U.2021.217), art. 3 ust. 1 pkt 43-44.

194 J. Szwaia, *Ustawa o zwalczaniu...*, art. 15, Legalis, Nt 16.

195 M. du Vall, E. Nowińska [w:] M. du Vall, E. Nowińska, *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 246.

196 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2021 r. I CSK 147/12.

197 Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913), art. 16 ust. 1.

198 E. Nowińska [w:] K. Szczepanowska-Kozłowska, E. Nowińska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 16, Nt 1.

199 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 maja 2003 r., I ACa 1893/01, OSA 2004, nr 10, poz. 36.

z określonych usług z wykorzystaniem technicznych środków przekazywania informacji, na przykład poprzez masowe przysyłanie materiałów reklamowych do skrzynki poczty elektronicznej. Działanie takie, powszechnie znane jest jako *spamming*, od słowa *spam* tłumaczonego jako niechciana wiadomość e-mail. Inną techniką reklamy uciążliwej w klasycznym jej rozumieniu jest wysyłanie na adres konsumenta produktów, których wcześniej nie zamawiał, żądając równocześnie zapłaty za nie²⁰⁰. Należy zauważyć, że pośrednią formą przymuszania klienta do zakupu są manipulacje polegające na dodawaniu do wirtualnego koszyka zakupowego produktów nie-dodanych do niego samodzielnie albo automatycznie wybieranie fakultatywnych, płatnych udogodnień, tak jak w opisanym przykładzie zakupu biletu linii lotniczych Ryanair. Na szczególną uwagę zasługuje także negatywnie oceniane wykorzystywanie łatwowierności dzieci poprzez kierowanie do nich nieuczciwej reklamy. Internet jest bowiem przestrzenią ogólnodostępną, toteż często osoby niepełnoletnie korzystają z niej w sposób samodzielny, a nawet niekontrolowany. Należy zauważyć, że również unijna dyrektywa 2005/29/WE podkreśla konieczność ochrony najmłodszych poprzez uznanie, że ich cechy czynią je szczególnie podatnymi na nieuczciwe praktyki handlowe. Choć nie można w sposób absolutny zakazać kierowania do dzieci przekazów reklamowych, to zadaniem krajowego ustawodawstwa jest ich ochrona przed bezpośrednimi namowami do zakupu²⁰¹.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji obejmuje nieuczciwego przedsiębiorcę reżimem odpowiedzialności cywilnej. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać: 1) zaniechania niedozwolonych działań; 2) usunięcia skutków niedozwolonych działań; 3) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie; 4) naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych; 5) wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych; 6) zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego - jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony²⁰². Legitymacja czynna leży wyłącznie po stronie przedsiębiorcy, którego interes został zagrożony lub naruszony. Dla deliktu nieuczciwej konkurencji, jako czynu bezprawnego, nie ma znaczenia wystąpienie po stronie konkurującego przedsiębiorcy szkody, choć nie tamuje to drogi do dochodzenia odszkodowania na podstawie *Kodeksu cywilnego*²⁰³. Raz jeszcze wypada podkreślić, że o bezprawności czynu możemy mówić wówczas, gdy jest on sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

1.3. Kwalifikacja prawna *Dark Patterns*

Wydaje się, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może być potencjalnym instrumentem ochrony konsumenta w kontekście zjawiska *Dark Patterns*. Choć typi-

200 J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Wyd. 5, Warszawa 2019, art. 16, Legalis, Nt 199-206.

201 Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U.UE.L.2005.149.22), Preambuła, pkt 18.

202 *Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz.U.2020.1913), art. 18 ust. 1.

203 E. Nowińska [w:] K. Szczepanowska-Kozłowska, E. Nowińska, *Ustawa o zwalczaniu...*, art. 18, LEX, Nt 3.

zacje szczególne czynów nieuczciwej konkurencji wydają się w bardzo niewielkim stopniu korespondować z istotą problemu technik manipulacji zachowaniem użytkownika w Internecie, to z uwagi na konstrukcję klauzuli generalnej z art. 3 u.z.n.k. może się ona okazać ważnym narzędziem dla prawnej kwalifikacji zjawiska. Klauzula generalna cechuje się dużym stopniem niedookreśloności, a zatem ocena prawna każdorazowo zależna jest w pełnym zakresie od stanu faktycznego podlegającego rozważeniu. Oceniane zachowanie musi zostać podjęte w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Musi być ono sprzeczne z prawem oraz dobrymi obyczajami, a przy tym zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub konsumenta. Najbardziej problematyczną z przesłanek zdaje się być sprzeczność zachowania z prawem oraz dobrymi obyczajami. Należy pamiętać, że sprzeczność zachowania z prawem nie ma charakteru klauzuli generalnej, gdyż przepis prawa ma zawsze przymiot określoności²⁰⁴. O ile sprzeczność z prawem, z uwagi na dużą subtelność, jaką zwykle cechują się techniki *Dark Patterns* oraz dyskusyjny charakter prawny, może sprawiać, że manipulacje te pozostają jedynie na granicy prawa, tak sprzeczność z obyczajami jest kategorią znacznie bardziej pojemną. Jest to kryterium pozaprawne, którego kształt zależy od stale zmieniających się wartości przyjętych w społeczeństwie. Ocena stosowania DP winna wynikać przede wszystkim z konfrontacji z dobrymi praktykami kupieckimi oraz zasadą konkurencji.

Należy jednak zauważyć, że głównym zadaniem omawianej ustawy jest ochrona prawidłowych mechanizmów rynkowych, w tym zasady konkurencyjności. Toteż regulacja z największym naciskiem oddziałuje na relacje między konkurującymi przedsiębiorcami, z których jeden dopuszcza się szkodliwych działań naruszających równowagę rynkową, a drugi jest podmiotem poszkodowanym, który ponosi realne lub potencjalne straty w konsekwencji tych działań. Wskazuje na to także legitymacja czynna dla roszczeń wynikających z art. 18 u.z.n.k., znajdująca się wyłącznie po stronie przedsiębiorcy, którego interes został zagrożony lub naruszony. Analiza poszczególnych czynów nieuczciwej konkurencji, wynikających z art. 5-17g u.z.n.k., pozwala stwierdzić, że konsument jest najczęściej narzędziem w rękach nieuczciwego przedsiębiorcy, który, wykorzystując swoją pozycję, manipuluje jego zachowaniem w ten sposób, by zaskarbić dla siebie jak największe korzyści, nawet niematerialne. Częstokroć konsument nie zostanie takim działaniem bezpośrednio poszkodowany, a może nawet odnieść korzyści, jak na przykład wówczas, gdy przedsiębiorca postanawia celowo zaniżać ceny towarów lub usług poniżej ich kosztów wytworzenia. Wymaga natomiast dodać, że stosowanie technik manipulacji zachowaniem użytkownika w sieci w znaczny sposób może naruszać zasadę rzetelnej konkurencji. Potwierdza to także stanowisko wyrażone w preambule dyrektywy 2005/29/WE, gdzie wskazano na istnienie takich praktyk rynkowych, które choć negatywnie nie rzutują na interesy gospodarcze konsumentów, to szkodzą wyłącznie konkurentom i klientom będącym podmiotami gospodarczymi²⁰⁵. Jest to wynik przede wszystkim tego, że konsument może zostać „zawłaszczony” przez jednego przedsiębiorcę, na przykład poprzez utrudnianie mu rezygnacji z określonej usługi, jak

204 R. Skubisz, *Klauzule...*, s. 83.

205 Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U.UE.L.2005.149.22), Preambuła, pkt 8.

ma to miejsce w wypadku DP w formie *obstruction*. Wówczas użytkownik napotyka przeszkodę w formie wymagania od niego wykonania szeregu skomplikowanych czynności mających na celu rezygnację z usługi. Zwykle ma to miejsce, gdy łatwo jest się zarejestrować w usłudze, lecz zamknięcie konta lub rezygnacja z usługi jest trudna, a nawet niemożliwa. Może to nieść szereg konsekwencji dla innych konkurujących o klienta przedsiębiorców. Oddziałuje to przede wszystkim na sferę psychiczną konsumenta, który staje się stopniowo zniechęcony do korzystania z danego typu lub całej gamy usług. Z poważnym narażeniem interesu innego przedsiębiorcy można mieć także do czynienia przy stosowaniu *confimshamingu*. Jak już opisano, technika ta polega na szantażu emocjonalnym użytkownika, który ma skłonić go do podjęcia lub rezygnacji z określonej akcji. Przykładem jest sytuacja, gdy poprzez wywołanie negatywnych emocji względem użytkownika czuje się on zobligowany do zakupu danego towaru, aby uniknąć wyrzutów sumienia. Sprawia to ponownie, że równowaga rynkowa zostaje zachwiana. Przedsiębiorcy konkurujący mogą stracić uwagę konsumenta ze względu na psychiczny przymus skorzystania z usług przedsiębiorcy, który podjął się nieuczciwych działań. Analiza wszystkich typizacji *Dark Patterns* w kontekście przesłanek klauzuli generalnej, wynikającej z art. 3 u.z.n.k., daje podstawy do ich kwalifikacji prawnej. Zdaje się mieć ona ogromny potencjał na zastosowanie względem zjawiska DP z uwagi na dużą niedookreśloność i nieostrość, choć z drugiej strony może nastroczać szerokiej gamy problemów interpretacyjnych i wiązać się z niską przydatnością praktyczną.

2. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

2.1. Dyrektywa 2005/29/WE - znaczenie dla ochrony rynku

Jak już podkreślono, tam, gdzie istnieje gospodarka wolnorynkowa, tam musi występować konkurencja pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w wymianie handlowej. Prowadzi ona jednak do wielu nadużyć, których ofiarą zwykle staje się konsument. Z biegiem lat koniecznym stało się ujednolicenie prawodawstwa międzynarodowego w zakresie prawa konkurencji, a w tym ochrony konsumentów przed praktykami handlowymi naruszającymi ich interesy. Choć z do niedawna większość konsumentów, bo aż 75%, z dużym dystansem podchodziła do zakupów transgranicznych i wolała dokonywać ich w obrębie własnego kraju, to wydaje się, że odsetek ten będzie się dynamicznie zmniejszał na korzyść transakcji zagranicznych²⁰⁶. Regulacją, która legła u podstaw ustawodawstwa w krajach Unii Europejskiej, jest dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym. Wyzaczyła ona ramy oraz nadała kierunek prawodawstwa, które miało uregulować prawną sytuację konsumentów obecnych na rynku wewnętrznym. Jak wynika z punktu 5 preambuły niniejszej dyrektywy, jedyną drogą, aby zapewnić swobodny przepływ handlowy na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej, jest ustanowienie na poziomie Wspólnoty jednolitych zasad zapewniających wysoki poziom ochrony konsumentów oraz poprzez wyjaśnienie na poziomie Wspólnoty pewnych pojęć prawnych w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla właściwego funkcyjono-

²⁰⁶ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych - pierwszy etap wspólnotowego prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji?*, PPH 2007, nr 1, s. 17.

wania rynku wewnętrznego oraz dla spełnienia wymogu pewności prawa. Jednocześnie zbliżenie przepisów prawnych Państw Członkowskich w zakresie nieuczciwych praktyk rynkowych bezpośrednio szkodzących interesom konsumentów ma pośrednio oddziaływać na poprawę interesów gospodarczych przedsiębiorców konkurujących, którzy działają zgodnie z prawem²⁰⁷. Jednym z podstawowych pojęć sformułowanych na poziomie dyrektywy jest definicja nieuczciwej praktyki rynkowej. Już na wstępie należy zauważyć, że jest to pojęcie bardzo niedookreślone, a co za tym idzie – pojemne. Nieostrość przymiotu „nieuczciwości” może chronić konsumentów od wszelkich postaci nieuczciwych praktyk rynkowych, spełniających przesłanki legalne. Z kolei w art. 5 dyrektywy ustawodawca unijny wskazuje, że praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli: a) jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej i b) w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów²⁰⁸. I tutaj odwołano się do nieostrego kryterium staranności zawodowej, która to ma oznaczać standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i/lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności²⁰⁹. Nieuczciwość praktyki rynkowej przekłada się także na istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego przeciętnego konsumenta względem produktu. Chodzi zatem o pewien rodzaj manipulacji postępowaniem adresata praktyk. Preambuła dyrektywy wyjaśnia, że „istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów” oznacza wykorzystanie praktyki handlowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął²¹⁰. Warto zauważyć, że omawiana dyrektywa reflektuje wyłącznie na stosunki B2C, co oznacza, że oddziałuje tylko w zakresie relacji przedsiębiorca – konsument i nie chroni podmiotów profesjonalnych²¹¹.

W dyrektywie 2005/29/WE przewidziano jej pełną (maksymalną) harmonizację. Tym samym stan prawny, jaki został wyznaczony w ramach dyrektywy, ma zostać osiągnięty przez państwa członkowskie Unii Europejskiej, przy czym nie mogą one narzucać surowszych regulacji niż te przewidziane w dyrektywie, dla którejkolwiek ze stron normowanych stosunków²¹². Ustanawianie większych niż przewidzianych w dyrektywie ograniczeń stoi w sprzeczności z założeniami jednolitej harmonizacji oraz

207 Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U.UE.L.2005.149.22), Preambuła, pkt 5-6.

208 *Ibidem*, art. 5.

209 *Ibidem*, art. 2 pkt h.

210 *Ibidem*, art. 2 pkt e.

211 M. Namysłowska, 4. Charakterystyka czarnej listy nieuczciwych praktyk handlowych przedsiębiorców wobec konsumentów w prawie polskim i niemieckim [w:] *Czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych a granice prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, pkt 4.1.1.1.

212 P. Machnikowski, *Harmonizacja maksymalna jako metoda zbliżania prawa zobowiązań w UE na przykładzie odpowiedzialności za produkt*, „*Studia Prawa Prywatnego*”, 1/2017, s. 6.

integracji rynków europejskich²¹³. Może to prowadzić do sytuacji, w której poziom ochrony konsumentów w niektórych krajach europejskich był wyższy, zanim stosowna dyrektywa weszła w życie, z czym wiąże się konieczność jego obniżenia. Jak podkreśla M. du Vall, wymóg maksymalnej harmonizacji przepisów z dziedziny ochrony konsumenta zbliża dyrektywę w swych skutkach do unijnego rozporządzenia, którego wydanie w omawianej dziedzinie stosunków gospodarczych nie było możliwe, z uwagi na brak kompetencji do jego stanowienia²¹⁴.

2.2. Nieuczciwa praktyka rynkowa - pojęcie i charakterystyka

Przyjęcie dyrektywy 2005/29/WE do polskiego porządku prawnego mogło zostać osiągnięte dwoma sposobami - albo poprzez włączenie jej regulacji do istniejących ustaw z zakresu prawa konkurencji, czy to *Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, czy *Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, albo poprzez utworzenie całkowicie nowego, samodzielnego aktu prawnego i transpozycji unijnych unormowań. Efektem wyboru ostatniej z dróg jest *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*²¹⁵. Ustanawia ona w art. 3 ogólny zakaz stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych²¹⁶. Przez praktykę rynkową rozumie się działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta²¹⁷. Zakazem obejmuje się zatem szeroki wachlarz potencjalnych zachowań przedsiębiorcy, poprzez które pozostają w związku z zamiarem nabycia produktu przez konsumenta. Przez produkt rozumie się każdy towar lub usługę, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych²¹⁸. *Meritum* ustawy stanowi jednak art. 4 ust. 1, który wskazuje, kiedy można mówić o nieuczciwości praktyki rynkowej. Praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu²¹⁹. Porównując regulację przyjętą w ramach polskiej ustawy do definicji zawartej w dyrektywie 2005/29/WE, można prędko zauważyć zasadniczą różnicę w pierwszym członie pojęcia. Polski ustawodawca zdecydował się zamienić „staranność zawodową” przedsiębiorcy na klauzulę dobrych obyczajów, nawiązując jednocześnie do omawianej już w ramach niniejszej pracy *Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Miało to rzekomo służyć do zachowaniu spójności pojęciowej obu ustaw, które regulują zbieżne stosunki gospodar-

213 Sprawozdanie w sprawie stosowania dyrektywy 2005/29/WE dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych 2013/2116(INI), Komisja Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów, A7-0474/2013 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0474_PL.pdf), s. 13 (dostęp: 15.06.2021 r.).

214 M. du Vall, *Dyrektywa 2005/29/WE - geneza, cele, zasada pełnej harmonizacji* [w:] Kasprzycki D., Nowińska E., red., *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, s. 21-24.

215 J. Szwaia, A. Tischner, *Implementacja dyrektywy 2005/29/WE o zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych do prawa polskiego*, MoP 2007, Nr 20, str. 1118.

216 *Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz.U.2017.2070), art. 3 (dalej także „u.p.n.p.r.”).

217 *Ibidem*, art. 2 pkt 4.

218 *Ibidem*, art. 2 pkt 3.

219 *Ibidem*, art. 4 ust. 1.

cze²²⁰. W literaturze krytycznie ocenia się wskazaną różnicę. E. Nowińska podkreśla, że co prawda klauzula dobrych obyczajów jest pojęciem bardzo pojemnym i z pewnością obejmuje swoim zakresem także staranność zawodową przedsiębiorców, jednakże zbyt szerokie rozumienie dobrych obyczajów może stać w sprzeczności ze wspomnianą zasadą maksymalnej harmonizacji dyrektywy, a w konsekwencji ustanawiać surowszą niż niezbędna ochronę konsumentów. Postuluje ona, by przy interpretacji art. 4 u.p.n.p.r. nie sięgać do klauzuli dobrych obyczajów z u.z.n.k. i dorobku orzeczniczego, a opierać się na unijnym pojęciu staranności zawodowej²²¹. Z kolei Sąd Najwyższy podnosi, że staranność zawodowa cechuje się precyzyjnie określonymi kryteriami wewnątrzprawnymi, które dotyczą przede wszystkim obowiązków informacyjnych wobec konsumentów. Wynikają one nie tylko z dyrektywy, ale także z innych przepisów szczególnych. Natomiast klauzula dobrych obyczajów odnosi się do norm moralnych i zwyczajowych, którymi podmioty profesjonalne powinny się kierować, wykonując działalność gospodarczą. Niemniej klauzulę staranności zawodowej powinno się uznawać za część składową dobrych obyczajów²²². Aby wypełnić znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, musi dojść do kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze, zachowanie przedsiębiorcy musi być sprzeczne z dobrymi obyczajami. Drugą, równoważną, przesłanką jest istotne zniekształcenie lub możliwość zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta. Nie ma przy tym znaczenia, czy wpływ na zachowanie konsumenta ma miejsce przed zawarciem umowy, w trakcie, czy nawet po jej zawarciu²²³. Jak już wspomniano przy okazji analizy preambuły dyrektywy 2005/29WE, „istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów” oznacza wykorzystanie praktyki handlowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął. Co do decyzji podejmowanej przez konsumenta, która dotyczy umowy, polski ustawodawca wypowiada się przy pomocy definicji legalnej z art. 2 pkt 7 u.p.n.p.r., wedle której jest to decyzja co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma produkt, rozporządzi nim lub wykona uprawnienie umowne związane z produktem, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też zechce powstrzymać się od jej dokonania²²⁴. Są to zatem wszelkie przejawy woli względem umowy zawieranej z przedsiębiorcą, a także warunków jej zawierania, a nawet negatywna decyzja co do samego jej zawarcia. Do istotnego zniekształcenia procesu decyzyjnego konsumenta może dojść przez każde nieuczciwe użycie praktyk handlowych, działaniem lub zaniechaniem. Wpływ przedsiębiorcy musi być na tyle kluczowy, że niejako popycha konsumenta do podjęcia określonej decyzji, której w innych warunkach by nie podjął, gdyż nie jest ona samodzielna ani świadoma. Wskazuje się przy tym, że wpływ na proces myślowy musi być na tyle doniosły, że doprowadza do całkowitego wypaczenia samodzielności decyzyjnej, choć samo zniekształcenie może być nawet

220 R. Skubisz, *Klauzule...*, s. 86.

221 E. Nowińska, *Zakaz nieuczciwych praktyk rynkowych (art. 3 u.p.n.p.r.) i klauzula generalna nieuczciwych praktyk rynkowych (art. 4 u.p.n.p.r.)* [w:] Kasprzycki D., Nowińska E., red., *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, s. 151-154.

222 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2015 r., III SK 24/14, OSNP 2017, nr 5, poz. 64.

223 I. Oleksiewicz [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 4. LEX, Nt 2.

224 *Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz.U.2017.2070), art. 2 pkt 7.

potencjalne²²⁵. W wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podniesiono, że przedsiębiorca w sposób naturalny dysponuje większą przewagą kontraktową, toteż wywoływanie presji na przeciętnym odbiorcy (konsumentie), poprzez wprowadzanie go w stan dezinformacji może doprowadzić do naruszenia jego swobody decyzyjnej²²⁶. Pomimo że definicja nieuczciwej praktyki rynkowej nie ma kryterium sprzeczności z prawem, to należy wskazać, że tylko bezprawne działanie (zaniechanie) może być kwalifikowane do art. 4 u.p.n.p.r. Bezprawność musi mieć przy tym charakter obiektywny. Nie ma natomiast znaczenia ani wina przedsiębiorcy, ani to, czy działał on umyślnie, czy nieumyślnie, co jednoznacznie potwierdziły zarówno Sąd Najwyższy, jak i Trybunał Sprawiedliwości UE²²⁷.

Z kolei art. 4 ust. 2 u.p.n.p.r. stanowi, że za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk. Praktyki te nie podlegają ocenie w świetle przesłanek określonych w ust. 1²²⁸. Jest to zatem otwarty i przykładowy katalog nieuczciwych praktyk rynkowych regulowanych odrębnie od klauzuli generalnej wyróżnionej w art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r. W literaturze podkreśla się jednak, że wyłączenie od oceny w świetle przesłanek określonych w ust. 1 jest sprzeczne z brzmieniem ustawy oraz orzecznictwem TSUE²²⁹.

2.3. Praktyki rynkowe wprowadzające w błąd

Jak już wcześniej wyjaśniono, sposób oddziaływania praktyk handlowych powinno się badać z uwzględnieniem tego, kim jest ich adresat. Tym samym przyjęto model tak zwanego przeciętnego konsumenta, który ma reprezentować statystycznego nabywcę produktów - osobę dobrze poinformowaną, krytyczną, uważną i ostrożną, zważając jednak na wiele czynników warunkujących stopień jej percepcji, jak na przykład wiek czy poziom zaawansowania technologicznego. Należy przypomnieć, że przyjęcie takiego modelu odbiorcy rynkowego nie zwalnia przedsiębiorcy na żadnej płaszczyźnie z obowiązków dostarczenia rzetelnych i czytelnych informacji oraz oznaczeń dotyczących oferowanych towarów i usług. Konsekwencją nałożenia tych obowiązków na podmioty profesjonalne jest przyjęcie, że zakazane jest wprowadzanie konsumenta w jakiegokolwiek fałszywe wyobrażenie, które wpływa na jego decyzję co do zawarcia z przedsiębiorcą umowy. Taki zakaz sformułowano również na kanwie omawianej ustawy, w art. 5 oraz 6, wskazując, jakie działania i zaniechania mogą być uznane za praktyki wprowadzające w błąd. Zgodnie z art. 5 ust. 1 u.p.n.p.r. praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego

225 M. Sieradzka [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, art. 4, LEX, Nt 9.

226 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z dnia 13 września 2013 r., XVII AmA 18/11, LEX nr 1728658.

227 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2015 r., III SK 24/14, OSNP 2017, nr 5, poz. 64; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 2014 r., III SK 80/13, OSNP 2016, nr 2, poz. 29, Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 kwietnia 2015 r. C-388/13.

228 *Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz.U.2017.2070), art. 4 ust. 2.

229 A. Wiewiórowska-Domagalska, A. Kunkiel-Kryńska [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, red. K. Osajda, wyd. 1, 2019, art. 5, Legalis, B II.

konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął²³⁰. Dla negatywnej oceny takiej praktyki nie ma zatem znaczenia, jakie formy przybiera działanie przedsiębiorcy. Istotny jest skutek, co najmniej w postaci potencjalnego wprowadzenia konsumenta w błąd, które może rzutować na kształt jego zachowania rynkowego²³¹. Takie postępowanie zasługuje na szczególną krytykę, bowiem przedsiębiorca dopuszcza się manipulacji procesem decyzyjnym konsumenta, oczekując korzyści wynikających ze stosunku obligacyjnego łączącego strony. Manipulacja ta wcale nie musi odnosić skutku w postaci wywołania rzeczywistego błędu u konsumenta, a może jedynie mieć potencjał na zniekształcenie perspektywy odbiorcy²³². Jak podkreśla Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wprowadzające w błąd działanie przedsiębiorcy nie musi ostatecznie prowadzić do skorzystania przez konsumenta z oferty i zawarcia stosownej umowy. Jeżeli taka praktyka rynkowa mogła chociażby skłonić go do dokonania czynności prawnej, to należy uznać ją za wprowadzającą w błąd²³³. W literaturze określa się taką praktykę mianem konfuzji, która występuje u konsumenta na początkowym etapie procesu decyzyjnego, mianowicie w fazie podejmowania decyzji co do kontraktu²³⁴. W praktyce nieprawdziwe komunikaty rynkowe przekazywane są najczęściej za pomocą reklamy, a także innych technik marketingowych, jak na przykład regularnego przysyłania ofert na adres poczty elektronicznej. Z kolei w ust. 2 przytoczono przykładowy katalog działań wprowadzających w błąd, którymi mogą być w szczególności: 1) rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji; 2) rozpowszechnianie prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzać w błąd; 3) działanie związane z wprowadzeniem produktu na rynek, które może wprowadzać w błąd w zakresie produktów lub ich opakowań, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych oznaczeń indywidualizujących przedsiębiorcę lub jego produkty, w szczególności reklama porównawcza w rozumieniu art. 16 ust. 3 *Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz.U. z 2003 r. poz. 1503, z późn. zm.); 4) nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk²³⁵. Jest to otwarta lista przykładowych postaci, jakie mogą przybrać działania przedsiębiorcy. Szczególnie ważne jest wyróżnienie w katalogu rozpowszechniania prawdziwych informacji, lecz w sposób, który może doprowadzić do zniekształcenia zachowania konsumenta. Przedsiębiorca w takim wypadku, choć realizuje obowiązki informacyjne wobec adresata praktyki, manipuluje nimi w taki sposób, który może doprowadzać do wywołania błędnego przeświadczenia po stronie konsumenta, a w konsekwencji popchnąć go do zawarcia umowy. Jako typowy przykład zastosowania tej praktyki wskazuje się umieszczenie na produkcie informacji „naturalne płatki kukurydziane”, sugerując jednocześnie, że istnieją te nienaturalne, sztuczne²³⁶.

230 *Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz.U.2017.2070), art. 5 ust. 1.

231 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 lutego 2015 r., VI ACa 567/14, LEX nr 1746369.

232 M. Sieradzka [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, art. 5, LEX, Nt 2.

233 Wyrok Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 stycznia 2021 r., XVII AmA 34/19.

234 E. Nowińska, *Wprowadzające w błąd praktyki rynkowe* [w:] Kasprzycki D., Nowińska E., red., *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, s. 159.

235 *Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz.U.2017.2070), art. 5 ust. 2.

236 E. Nowińska, *Wprowadzające w błąd...*, s. 160-161.

Konstrukcję praktyki wprowadzającej w błąd może przyjąć także zaniechanie. Wedle art. 6 ust. 1 u.p.n.p.r. praktykę rynkową uznaje się za zaniechanie wprowadzające w błąd, jeżeli pomija istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął²³⁷. I tutaj negatywnie ocenia się praktykę, która prowadzi do pozbawienia konsumenta możliwości podjęcia świadomej, samodzielnej decyzji względem umowy zawieranej z przedsiębiorcą. W tym wypadku czynnikiem sprawczym jest pominięcie istotnych informacji, a zatem niewypełnienie obowiązku informacyjnego, które zaburza proces decyzyjny konsumenta. Należy zaznaczyć, że o istotności informacji, które nie zostały przekazane, decyduje obowiązek podania ich konsumentom na podstawie odrębnych przepisów lub treści zawartej umowy²³⁸. Innymi słowy, informacje istotne to takie, które są niezbędne dla podjęcia świadomej decyzji²³⁹. Podobnie jak działanie, zaniechanie nie musi wywołać rzeczywistego skutku w postaci wprowadzenia w błąd, a jedynie potencjalnie rzutować na finalną decyzję transakcyjną²⁴⁰. W art. 6 ust. 3 u.p.n.p.r. ustawodawca ponownie wskazał przykładowy katalog zaniechań wprowadzających w błąd. Mogą być nimi w szczególności: 1) zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu; 2) nieujawnienie handlowego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął²⁴¹. Wymaga podkreślenia fakt, że negatywnie oceniane jest nie tylko samo celowe zatajenie istotnych informacji, ale także nieprawidłowy sposób ich przekazania, który sprawia, że komunikat jest dla odbiorcy niejasny i nieczytelny, albo dociera do niego spóźniony. A. Tischner wskazuje, że do konfuzji może prowadzić także nadmiar informacyjny, który poprzez ogromną liczbę mniej lub bardziej istotnych komunikatów wywołuje u odbiorcy chaos informacyjny uniemożliwiający podjęcie sprawnej oraz przemyślanej decyzji co do związania się stosunkiem obligacyjnym²⁴². Ukrycie rzeczywistego celu praktyki również może potencjalnie wpływać na decyzje podejmowane przez konsumentów. Jak podaje E. Nowińska, przykładem takiej sytuacji jest przekazanie informacji o dobroczynnym charakterze wydarzenia organizowanego przez przedsiębiorcę, gdy w rzeczywistości celem handlowym jest głównie promocja przedsiębiorstwa lub jego produktów i usług (tzw. reklama ukryta)²⁴³. Wydaje się, że z podobną sytuacją w przestrzeni wirtualnej mamy do czynienia wówczas, gdy sklep internetowy oferuje kupon zniżkowy w zamian za podanie adresu skrzynki pocztowej, w rzeczywistości mając na celu zdobycie kolejnego adresata swoich materiałów marketingowych.

Czy to w przypadku oceny praktyki wprowadzającej w błąd poprzez działanie, czy zaniechanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji. Natomiast wyłącznie dla

237 Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U.2017.2070), art. 6 ust. 1.

238 *Ibidem*, art. 6 ust. 2.

239 E. Nowińska, *Wprowadzające w błąd...*, s. 181.

240 A. Wiewiórowska-Domagalska, A. Kunkiel-Kryńska[w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, art. 6 Legalis, pkt BII.

241 Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U.2017.2070), art. 6 ust. 3.

242 A. Tischner, *Model przeciętnego konsumenta w prawie europejskim*, KPP 2006, 15(1), s. 243.

243 E. Nowińska, *Wprowadzające w błąd...*, s. 181.

zaniechania, w przypadku gdy ze specyfiki środka komunikowania się z konsumentami stosowanego dla danej praktyki rynkowej wynikają ograniczenia przestrzenne lub czasowe, ograniczenia te i wszystkie środki podjęte przez przedsiębiorcę w celu udostępnienia informacji konsumentom w inny sposób uwzględnia się przy ocenie, czy doszło do pominięcia informacji²⁴⁴. Takim ograniczeniem może być czas trwania reklamy, podczas której zachodzi potrzeba przekazania pełnej informacji dotyczącej oferowanego produktu, co może zniekształcać przekaz zawartych w niej komunikatów²⁴⁵. Okoliczności wynikające z ograniczeń technicznych muszą być każdorazowo przedmiotem analizy, przy próbie kwalifikacji praktyki handlowej jako wprowadzającej w błąd.

2.4. Agresywne praktyki rynkowe

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym wymienia także katalog zamknięty dwudziestu trzech praktyk rynkowych niedozwolonych w każdych okolicznościach, a to w art. 7 ustawy. Dotyczą one w głównej mierze nieuczciwej reklamy oraz wywoływania niedozwolonych uczuć u odbiorcy lub nacisku, który wywołuje poczucie konieczności zawarcia umowy. O takim nacisku traktuje także kolejny przepis ustawy, a to art. 8 ust. 1 u.p.n.p.r., w którym sformułowano przesłanki praktyki rynkowej, którą uznaje się za agresywną. Można o niej mówić, jeżeli przez niedopuszczalny nacisk w znaczny sposób ogranicza lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu, i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął²⁴⁶. Jako że *numerus clausus* praktyk agresywnych został umieszczony w kolejnym przepisie ustawy, to przywołaną definicję należy uznać za klauzulę generalną. Dzięki takiemu rozwiązaniu spełnia ona funkcję ogólnej definicji wszelkich zachowań rynkowych, które należy uznać za agresywne, a nadto może uzupełniać katalog zamknięty o pozycje, których nie można dopasować do żadnej z typizacji szczególnych. Jest to niezwykle ważne w kontekście dynamicznego rozwoju usług wirtualnych oraz trudnej kwalifikacji nowych praktyk handlowych. Sygnalizuje się jednak problem obniżenia poziomu pewności prawa, spowodowanego stosowaniem niedookreślonych klauzul generalnych, choć negatywne konsekwencje spadają raczej na stronę profesjonalną stosunków handlowych²⁴⁷. Do spełnienia przesłanek agresywnej praktyki rynkowej konieczne jest wywołanie rzeczywistego lub potencjalnego ograniczenia swobody wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowania rynkowego, w konsekwencji zastosowania niedopuszczalnego nacisku. Nacisk może mieć postać zarówno presji fizycznej, jak i psychicznej. Wywołane ograniczenie musi znacznie tamować wolność decyzyjną konsumenta, a tym samym w sposób istotny rzutować na jego finalną decyzję dotyczącą kontraktu. Wywarcie niedozwolonego nacisku może, choć nie musi, doprowadzić do zniekształcenia zachowania konsumenta, toteż dla kwalifikacji prawnej nie ma znaczenia, czy przedmiotowa umowa została rzeczywiście zawarta. Ustawodawca formułuje bliżej defi-

244 Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U.2017.2070), art. 5 ust. 4, art. 6 ust. 5-6.

245 A. Wiewiórowska-Domagalska, A. Kunkiel-Kryńska [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, art. 6 Legalis, pkt E.

246 Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U.2017.2070), art. 8 ust. 1.

247 D. Kasprzycki, *Agresywne praktyki rynkowe* [w:] Kasprzycki D., Nowińska E., red., *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, s. 230-231.

nicję niedozwolonego nacisku w art. 8 ust. 2 u.p.n.p.r., wedle którego może być to każdy rodzaj wykorzystania przewagi wobec konsumenta, w szczególności użycie lub groźbę użycia przymusu fizycznego lub psychicznego, w sposób znacznie ograniczający zdolność przeciętnego konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej umowy²⁴⁸. Należy zauważyć, że ustawodawca posłużył się wyrażeniem „w szczególności” w odniesieniu do presji mającej postać przymusu fizycznego lub psychicznego (lub groźby jego użycia). Niedopuszczalny jest bowiem każdy rodzaj niedozwolonego lub bezprawnego nacisku, jeżeli tylko ma zdolność zniekształcenia swobodnego procesu decyzyjnego konsumenta, a w konsekwencji jego zachowania rynkowego. Niedopuszczalny nacisk może być zatem bezprawny, jak i - choć formalnie zgodny z prawem - to ukierunkowany na wymuszenie podjęcia przez konsumenta określonej decyzji²⁴⁹. Jak wskazuje Sąd Najwyższy, niedopuszczalny nacisk wywierany przez przedsiębiorcę w jakiegokolwiek formie nie musi całkowicie niweczyć autonomii woli konsumenta, lecz może prowadzić do ograniczenia jego swobody decyzyjnej, która jest mu niezbędna dla podjęcia świadomej, samodzielnej decyzji względem zawieranej umowy. Jednocześnie podkreśla on, że dla uznania praktyki rynkowej za agresywną znaczenie ma ukierunkowanie przedsiębiorcy na wywołanie sprzecznej z prawem lub dobrymi obyczajami presji, która prowadzi do co najmniej niekorzystnych skutków dla konsumenta²⁵⁰. Ze stanowiska Sądu Najwyższego wynika zatem, że niezbędne jest wskazanie zamiaru przedsiębiorcy, bowiem w tym przejawia się agresywność stosowanych przez niego praktyk handlowych. M. Sieradzka zwraca uwagę na konieczność odróżnienia niedopuszczalnego nacisku od wymuszenia. Ten pierwszy wiąże się z wykorzystaniem przez przedsiębiorcę przewagi kontaktowej poprzez użycie lub groźbę użycia siły fizycznej, a także poprzez wszelkie inne metody ograniczania autonomii woli konsumenta. Wymuszenie z kolei obejmuje swoim zakresem jedynie działania polegające na wywoływaniu presji fizycznej lub szantażu emocjonalnego²⁵¹.

Jak stanowi art. 12 ust. 1 u.p.n.p.r., w razie dokonania nieuczciwej praktyki rynkowej konsument, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać: 1) zaniechania tej praktyki; 2) usunięcia skutków tej praktyki; 3) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie; 4) naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych, w szczególności żądania unieważnienia umowy z obowiązkiem wzajemnego zwrotu świadczeń oraz zwrotu przez przedsiębiorcę kosztów związanych z nabyciem produktu; 5) zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej, ochroną dziedzictwa narodowego lub ochroną konsumentów²⁵². Co istotne, ciężar dowodu mówiący, że praktyka rynkowa nie stanowi nieuczciwej praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd, spoczywa po stronie przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej²⁵³. Podmiotem legitymowanym do skorzystania z ochrony przewidzianej ustawą jest każdy adresat działań przedsiębiorcy, nakierowanych na zbycie dóbr konsumpcyjnych, niezależnie od tego, czy finalnie dojdzie do zawarcia umowy. W literaturze podkreśla się, że co do zasady

248 Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U.2017.2070), art. 8 ust. 2.

249 M. Sieradzka [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, art. 8, LEX, Nt 2.

250 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2019 r. I NSK 16/19.

251 M. Sieradzka [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, art. 8, LEX, Nt 5.

252 Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U.2017.2070), art. 12 ust.1.

253 *Ibidem*, art. 13.

ochronie podlega naruszony lub zagrożony działaniem przedsiębiorcy interes majątkowy konsumenta, choć nie można odmawiać mu ochrony w sytuacji, gdy naruszone zostały jego inne dobra niemajątkowe. Możliwa jest bowiem hipotetyczna sytuacja, w której interes majątkowy nie doznaje uszczerbku, a nawet polepsza się na skutek praktyk handlowych stosowanych przez podmiot profesjonalny, co nie oznacza jednocześnie, że nie mogą one być oceniane jako nieuczciwe. Ochronie wynikającej z u.p.n.p.r. podlega autonomia decyzyjna konsumenta, a nie wyłącznie jego interes majątkowy²⁵⁴. W ramach ustawy przewidziano także sankcje prawnekarne. Zgodnie z art. 15 ust. u.p.n.p.r. kto stosuje agresywną praktykę rynkową, podlega karze grzywny²⁵⁵.

2.5. Kwalifikacja prawna *Dark Patterns*

Wydaje się, że opisana wyżej charakterystyka nieuczciwych praktyk rynkowych, jak dotąd, możliwie najbliżej koresponduje z problemowym zjawiskiem *Dark Patterns*. Jak już podkreślono, art. 5 ust. 2 pkt 2 u.p.n.p.r. jest szczególnie istotny dla opisywanego zjawiska. Zakłada on, że praktyką wprowadzającą w błąd może być takie udostępnianie prawdziwych informacji, lecz w sposób, który zniekształca zachowanie rynkowe konsumenta. Częstokroć zdarza się, jak na przykładzie *sneakinng*, że twórca platformy internetowej zamieszcza informacje w taki sposób, by skłonić użytkownika do wybrania opcji innej niż zamierzona. Może on na przykład uwidocznić odpowiednie odnośniki, a te, które nie prowadzą do pozytywnej dla przedsiębiorcy akcji, ukryć lub zakamuflować. Podobnie w przypadku DP w formie *confusion*, doprowadza się do sytuacji, w której użytkownik nie może być pewny, jaką opcję wybrać, by dokonać pożądanego przez siebie kroku i na przykład zrezygnować z usługi. Istotnym aspektem jest, że nie tylko samo wprowadzanie błąd, ale także sposób przedstawiania informacji może być oceniony jako nieuczciwy, jeżeli może mieć wpływ na autonomię woli odbiorcy i sterować jego wyborem. Jak powszechnie wiadomo, Internet jest miejscem bardzo dynamicznym, gdzie użytkownicy podejmują decyzje w sposób szybki, nierzadko nieprzemyślany. Takie techniki manipulacji informacjami przyczyniają się w sposób znaczny do zniekształcania procesów decyzyjnych użytkowników, często nieświadomych nawet konsekwencji swoich niedopatrzeń. Należy podzielić pogląd I. Małobęckiej, że stosowane przez platformy internetowe praktyki, polegające na nierzetelnym informowaniu użytkowników o wszelkich niezbędnych warunkach dotyczących kontraktu, należy uznać za nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 4 u.p.n.p.r.²⁵⁶. Nierzetelna informacja może dotyczyć także warunków rezygnacji z usługi wirtualnej. W konsekwencji osoba decydująca się na przykład na płatną subskrypcję portalu prasowego może nie zdawać sobie sprawy, jak utrudniona może być rezygnacja z niej. Tak jak w wypadku techniki *obstruction*, która polega na wprowadzaniu przeszkód na drodze użytkownika do wykonania określonej akcji, odbiorca usługi nie ma początkowo wiedzy, że odstąpienie od zawartej umowy będzie się wiązać ze znacznie większym wysiłkiem niż wykupienie jej. Takie działanie należy

254 K. Południak-Gierz, *Wady...*, s. 231.

255 Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U.2017.2070), art. 15 ust.1.

256 I. Małobęcka, *Prawna ochrona konsumenta w sieci na przykładzie zagadnienia darmowych usług platform internetowych*, IKAR 2017, Nr 3, s. 37.

zakwalifikować nie tylko jako nieuczciwe utrudnianie akcji, ale także nierzetelne informowanie o całym kształcie kontraktu.

Na uwagę zasługuje także stanowisko Sądu Najwyższego w przywołanym już w ramach niniejszego rozdziału wyroku, a to dotyczące niedozwolonego nacisku wywieranego na konsumenta w sytuacji zawierania umowy na odległość o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Charakterystyczną cechą umów zawieranych na odległość jest ich etapowość – konsument wstępnego i jednocześnie zasadniczego wyboru oferty dokonuje w momencie składania zamówienia na stronie internetowej przedsiębiorcy. Następnie ostatecznej decyzji dokonuje wraz z wizytą kuriera, wyrażając ostateczną wolę związania się umową (poprzez podpisanie jej). Według Sądu Najwyższego nie można stwierdzić, że wizytę kuriera, podczas której konsument finalizuje umowę z przedsiębiorcą, można zakwalifikować jako pewnego rodzaju niedozwolony nacisk, który ogranicza swobodę decyzyjną konsumenta, jeżeli wszelkie warunki świadczenia usług zostały już na wstępie ustalone oraz zaakceptowane. O ograniczeniu takim można byłoby mówić jedynie wówczas, jeżeli kurier swoim zachowaniem wywoływałby u konsumenta poczucie presji, która mogłaby doprowadzić do zniekształcenia jego zachowania rynkowego²⁵⁷. Choć przywołany hipotetyczny stan faktyczny jedynie w niewielkim stopniu koresponduje ze współczesnymi sposobami zawierania umów na odległość, które w przeważającej liczbie są zawierane wyłącznie elektronicznie (bez fizycznego kontaktu, nawet z posłańcem), to wyrok ten zwraca uwagę na ważną, w mojej opinii, kwestię. Jak wynika ze stanowiska, nie można powoływać się na presję czasową, jeżeli warunki umowy były z wyprzedzeniem przedstawione konsumentowi oraz zaakceptowane przez niego, a tym samym wstępna i jednocześnie zasadnicza decyzja co do woli wstąpienia w stosunek obligacyjny z przedsiębiorcą została podjęta. Ponownie wymaga podkreślenia fakt, że nie można w żadnym wypadku usprawiedliwiać niewiedzy co do warunków zawieranej umowy, gdy informacje zostały przez przedsiębiorcę na wstępie przedstawione. Rzecz jasna najczęstszym powodem niezapoznania się z regulaminami świadczenia usług są ich rozmiary. Trudno jednak odmówić rzetelności podmiotowi, który w pełni informuje odbiorców o wszelkich skutkach umownych, tworząc olbrzymi regulamin, gdy priorytetem jego odbiorców jest oszczędność czasu.

3. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów

3.1. Zakaz stosowania niedozwolonych postanowień umownych

Ostatnią regulacją prawną, której omówienia wymaga zakres niniejszej pracy, jest *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*. Jest to kolejny z aktów prawnych regulujących ochronę konkurencji oraz interesów konsumentów i przedsiębiorców. Jako pierwszy na omówienie zasługuje art. 23a, ustanawiający ogólny zakaz stosowania we wzorcach umów zawieranych z konsumentami niedozwolonych postanowień umownych, o których mowa w art. 3851 § 1 k.c.²⁵⁸. Postanowienia niedozwolone to takie, które nie zostały indywidualnie uzgodnione z konsumentem, a kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając

²⁵⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2019 r. I NSK 16/19.

²⁵⁸ *Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz.U.2021.275), art. 23a (dalej także „u.o.k.k.”).

jego interesy. Wówczas są one dla konsumenta niewiążące, a umowa obowiązuje w pozostałym zakresie²⁵⁹. Umieszczenie takiego zakazu w ustawie regulującej prawo konkurencji ma dla ochrony konsumentów fundamentalne znaczenie. Dzięki niemu kontrola niedozwolonych postanowień umownych została przekazana do kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a zatem centralnego organu administracji rządowej zajmującego się szeroko pojętą ochroną prawidłowego działania rynku. Prezes UOKiK władny jest w szczególności do wydania decyzji o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone i zakazaniu jego wykorzystywania, a nawet nałożenia kary pieniężnej, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 23a²⁶⁰. Aby dobrze zrozumieć zakaz wynikający z u.o.k.k., prześledzić należy regulację zawartą w *Kodeksie cywilnym*, do której odsyła ustawa. Przywołany art. 3851 § 1 k.c. pełni rolę klauzuli generalnej, która oprócz ogólnej definicji, stanowi także uzupełnienie dla otwartego katalogu klauzul abuzywnych zamieszczonych w art. 3853 k.c. Jeżeli w danej sytuacji można zakwalifikować postanowienie do typizacji szczególnej, to wypełnia ona jednocześnie przesłanki klauzuli generalnej²⁶¹. Dla porządku wypada zaznaczyć, że niektórzy z autorów uznają posługiwanie się terminem „klauzula abuzywna” jako zamiennik dla pojęcia niedozwolonych postanowień umownych za błędne²⁶². Kolejny raz przy konstruowaniu definicji legalnej użyto pojęć nieostrych. Niedozwolone postanowienia umowne muszą tak kształtować prawa i obowiązki konsumenta, że sposób ten jest sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Dla przypomnienia należy wskazać, że klauzula dobrych obyczajów nie jest rozumiana jednolicie i odwołuje się do bliżej nieokreślonych norm moralnych, zwyczajów stosowanych przy wykonywaniu działalności gospodarczej oraz zasad lojalności i rzetelności w odniesieniu do drugiej strony kontraktowej²⁶³. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać takie postanowienia umowne, które naruszają równowagę świadczeń, nieproporcjonalnie rozkładając ciężar praw i obowiązków wynikających z treści kontraktu²⁶⁴. Oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej treść, okoliczności zawarcia oraz uwzględniając umowy pozostające w związku z umową obejmującą postanowienie będące przedmiotem oceny²⁶⁵. Kluczowe dla oceny zgodności z dobrymi obyczajami są zatem trzy kryteria - kryterium czasu, kryterium okoliczności, w których zawarto umowę, i w końcu uwzględniając wszystkie umowy towarzyszące, związane z umową ocenianą, tak zwane umowy pakietowe²⁶⁶. Ponadto, aby doszło do wypełnienia omawianej przesłanki, musi dojść do naruszenia interesów konsumenta, czy to majątkowych, czy osobistych²⁶⁷. Mogą to być aspekty zdrowotne, dotyczące utraty czasu, naruszenia prywatności, czy nawet powodujące uczucie przykrości²⁶⁸. Nie można także zapominać, że naruszenie interesów konsumenta musi być rażące, a zatem szczególnie istotne i odbiegające od przyjętych norm postępowania. Przy ocenie bierze się pod uwagę kryteria obiektywne i subiek-

259 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku *Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 3851 § 1, §2.

260 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz.U. 2021.275), art. 23b, art. 111.

261 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2006 r. I CK 297/05.

262 A. Olejniczak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna*, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 385(1), LEX, Nt 1.

263 A. Rzetecka-Gil [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna*, LEX/el. 2011, art. 385(1), Nt 11.

264 A. Olejniczak [w:] *Kodeks...*, art. 385(1), LEX, Nt 10.

265 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku *Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 385².

266 A. Rzetecka-Gil [w:] *Kodeks...*, art. 385(2), LEX, Nt 5.

267 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2004 r. I CK 162/04.

268 W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 804.

tywne, gdzie miernikiem obiektywnym jest wielkość poniesionych lub grożących strat, a subiektywnym - wszelkie inne okoliczności dotyczące stron kontraktowych²⁶⁹. Kolejną przesłanką, której spełnienia wymaga art. 3851 § 1 k.c., jest brak indywidualnego uzgodnienia postanowień umownych z konsumentem. Definicję tego pojęcia ustawodawca zamieścił w §3, zgodnie z którym nieuzgodnione indywidualnie są te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta. Chodzi zatem o arbitralne narzucenie na konsumenta woli przedsiębiorcy, przez co nie ma on żadnej możliwości negocjacji postanowień umownych, co narusza autonomię woli konsumenta. Jak wyszczególniono w przepisie, taka sytuacja zwykle ma miejsce, gdy treść kontraktu pochodzi ze wzoru służącego do masowego zawierania umów z konsumentami. Wówczas jednostka nie bierze aktywnego udziału w tworzeniu postanowień umownych i dostosowaniu ich pod konkretne oczekiwania, lecz przystaje na narzucony odgórnie kształt umowy. Nie stanowi usprawiedliwienia fakt, że konsument był świadomy, że w umowie, którą zawrzeć zamierza, są postanowienia niepodlegające negocjacjom, jak również, że mógł się z nimi zapoznać, bowiem dla omawianego przepisu istotny jest brak możliwości kształtowania stosunku obligacyjnego, co sprawia, że klauzule zostały narzucone²⁷⁰. Ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje²⁷¹. Poza zakresem stosowania 3851 § 1 k.c. pozostają postanowienia określające główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny²⁷². Główne świadczenia stron odnoszą się w pewnym stopniu do *essentialia negotii* umów nazwanych, czyli elementów przedmiotowo istotnych, które zasadniczo kształtują stosunek zobowiązaniowy. Za takie postanowienie można uznać klauzulę ustanawiającą odpłatność umowy. Jeżeli postanowienia dotyczące świadczeń głównych zostały sformułowane w sposób jednoznaczny, nie mogą podlegać ocenie, czy są niedozwolone, bowiem wynikają ze swobody kontraktowania. A. Rzetecka-Gil jako przykład wskazuje zastrzeżenie przez przedsiębiorcę nieproporcjonalnie wysokiej ceny produktu, które nie może być kwalifikowane jako postanowienie niekorzystne (niedozwolone), jeżeli określono je w sposób ewidentny²⁷³. Należy przyjąć, że ocena korzystności takich postanowień leży poza sferą prawną, gdyż stanowi „rdzeń autonomii woli” strony kontraktowej²⁷⁴. Wspomniano już, że w konsekwencji uznania postanowienia umownego za niedozwolone staje się ono bezskuteczne względem konsumenta. Należy pamiętać, że tego rodzaju wadliwość nie dotyczy całej umowy, lecz jedynie ocenianego postanowienia, a zatem umowa jest ważna i wiążąca w pozostałym zakresie. Ocenę przeprowadza się każdorazowo dla chwili zawierania umowy. Wszystko, co zaistniało po jej zawarciu, nie ma znaczenia dla oceny abuzywności postanowień umownych²⁷⁵.

Jak już sprecyzowano, w art. 3853 k.c. zamieszczono otwarty katalog klauzul niedozwolonych. Nie są to jednak postanowienia niedozwolone w każdych okolicznościach,

269 A. Rzetecka-Gil [w:] *Kodeks...*, art. 385(1), Nt 13.

270 *Ibidem*, Nt 22.

271 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku *Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 3851 § 4.

272 *Ibidem*, art. 3851 § 1 *in fine*.

273 A. Rzetecka-Gil [w:] *Kodeks...*, art. 385(1), Nt 16.

274 R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, wyd. II, red. J. Gudowski, Warszawa 2018, art. 385(1), art. 385(2), art. 385(3), LEX, Nt 16.

275 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 czerwca 2019 r. I ACa 250/19.

a to z uwagi na brzmienie pierwszej części przepisu - w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które w szczególności...²⁷⁶. Tym samym, jeżeli przy ocenie postanowienia w świetle klauzuli generalnej wynikającej z art. 3851 k.c. powstaną wątpliwości, czy należy uznać je za niedozwolone, to lista klauzul szarych pozwala je za takie uważać. Możliwe jest także wykazanie, że dane postanowienie nie może być uznane za niedozwolone, mimo że jego typizacja znajduje się w katalogu otwartym²⁷⁷. Wyliczenie szarych klauzul umownych krytycznie ocenił G. Kraszewski, który podnosi, że regulacja ta jest zbyt szeroka i niedopracowana, a na potrzeby praktyki wystarczyłaby klauzula generalna zamieszczona w art. 3851 k.c.²⁷⁸.

3.2. Praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów

Powracając do regulacji umieszczonych w u.o.k.k., wypada także omówić instytucję praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. W art. 24 ustanowiono ogólny zakaz ich stosowania. Zgodnie z ust. 2 przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy, w szczególności: 2) naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji; 3) nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji; 4) proponowanie konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru²⁷⁹. Uchylony punkt 1 obejmował do 2017 roku także stosowanie postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone²⁸⁰. Praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów odwołują się do kryteriów bezprawności oraz sprzeczności z dobrymi obyczajami. W zakresie samego znaczenia pojęcia praktyk wypowiedział się Sąd Najwyższy, wskazując, że są to wszelkie zachowania przedsiębiorcy skierowane do indywidualnie oznaczonych konsumentów, które cechują się powtarzalnością oraz trwałością stosowania. Konsumenty należą do pewnego rodzaju grupy adresatów działań przedsiębiorcy, przez co są potencjalnie narażeni na zakazane przez ustawę praktyki²⁸¹. W literaturze podkreśla się jednak, że do praktyk należy zaliczyć każde działanie i zaniechanie, nawet incydentalne, jednorazowe, jeżeli tylko skutkuje naruszeniem zbiorowych interesów konsumentów²⁸². I tutaj za interes konsumenta należy uznać nie tylko interes ekonomiczny, ale także każdy inny, który może zostać naruszony na przykład poprzez wkroczenie w sferę jego prywatności²⁸³. Po rozpoznaniu pojęcia praktyk ocenić należy definicję zbiorowych interesów konsumenta. Ustawodawca nie zdecydował się na umieszczenie jej w omawianej ustawie, ogranicza-

276 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), art. 385³.

277 K. Kruszevska-Sobczyk, M. Sobczyk, *Niedozwolone klauzule w umowach zawieranych przez konsumenta*, „Radca Prawny”, 2004, nr 4, s. 109.

278 G. Karaszewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2019, art. 385(3), LEX, Nt 2.

279 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2021.275), art. 24.

280 Ustawazdnia16lutego2007r. oochroniekonkurencjiikonsumentów(Dz.U.2015.184),art.24ust.2pkt1.

281 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2008 r. III SK 27/07.

282 M. Sieradzka [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 24, LEX, Nt 3.

283 M. Mamczarek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* [w:] M. Mamczarek, *Ochrona zbiorowych praw i interesów konsumentów, pacjentów oraz pasażerów w transporcie kolejowym. Komentarz praktyczny z orzecnictwem*, Warszawa 2019, Legalis, Nt 3.

jąc się jedynie do wskazania w art. 24 ust. 3 u.o.k.k., że nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma indywidualnych interesów konsumentów²⁸⁴. Jest to pokłosie brzmienia punktu 2 preambuły dyrektywy 98/27/WE, zgodnie z którym zbiorowe interesy oznaczają interesy, które nie obejmują kumulacji interesów jednostek, które ucierpiały na skutek szkodliwej praktyki; pozostaje to bez uszczerbku dla indywidualnych spraw wnoszonych przez jednostki, które ucierpiały na skutek szkodliwej praktyki²⁸⁵. Wydaje się jednak, że wyjaśnienie to jest bardzo niejasne. Jak podkreśla M. Sieradzka, pojęcie to powinno być analizowane z uwzględnieniem istoty interesu publicznoprawnego, wobec czego zbiorowy interes konsumenta winien być rozumiany jako „interes wielu niezindywidualizowanych podmiotów” oraz „dotyczący ogółu”²⁸⁶. Z kolei Prezes UOKiK zaznacza, że nie wolno utożsamiać zbiorowości interesu z kryterium liczebnym, który prowadziłby do sumowania indywidualnych interesów konsumentów. Powinien on być interpretowany za dobro całego kolektywu, wspólne ze z względu na pewne określone kryterium. Takim wspólnym dobrem konsumenckim może być prawo do rzetelnej informacji²⁸⁷. Istotny dla omawianego przepisu jest także sam charakter naruszenia. Praktyka przedsiębiorcy, która wypełnia przesłanki art. 24 u.o.k.k., nie musi rzeczywiście szkodzić interesom konsumentów, gdyż wystarczy, by potencjalnie narażała ich na negatywne oddziaływanie danej praktyki²⁸⁸. Charakter ochrony jest zatem abstrakcyjny - nie tylko odnosi się do nieokreślonej zbiorowości adresatów, ale także chroni przed samym potencjalnym naruszeniem ich interesów. Wracając jednak do podstawowych przesłanek z art. 24 ust. 2 u.o.k.k., za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy. Działanie musi być zatem bezprawne lub naruszać klauzulę dobrych obyczajów. Bezprawność rozumiana jest oczywiście jako naruszenie powszechnie obowiązujących przepisów prawa (aktów szczególnych), ale także zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów²⁸⁹. Ustawodawca w sposób przykładowy wymienia przejawy praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wskazując, że może to być w szczególności: naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji czy nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji. Reżimem ustawy obejmuje się zatem zachowania rynkowe stypizowane w ustawach szczególnych z zakresu prawa konkurencji, które omówione zostały uprzednio w niniejszym opracowaniu. Oprócz tego wyszczególniono także naruszenie fundamentalnego obowiązku udzielania rzetelnej informacji konsumentowi. Każda informacja przekazywana przez przedsiębiorcę, która dotyczy oferowanego towaru lub usługi, powinna łącznie posiadać przymioty rzetelności, prawdziwości oraz kompletności (informacja musi być pełna). Zawiera się w tym także czytelność informacji oraz przekazanie jej w sposób zrozumiały dla odbiorcy. Obowiązkiem przedsiębiorcy jest także ostrzeżenie konsumenta przed wszelkimi negatywnymi konsekwencjami użycia nabywanego produktu (usługi)²⁹⁰. W interesie całego obrotu gospodarczego leży, aby ogół konsumentów miał bezwzględne prawo do niezafałszowanej informacji na temat zawieranej umowy.

284 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2021.275), art. 24 ust. 3.

285 Dyrektywa 98/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 maja 1998 r. w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów.

286 M. Sieradzka [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, Nt 5.

287 Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 10 lutego 2004 r., nr DDK3-61-11/PS/04, s. 9-10.

288 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 stycznia 2009 r. XVII Ama 26/08.

289 M. Sieradzka [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, Nt 3.2.

290 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 1972 r. II CR 218/72.

Jedynie rzetelność przekazywanych konsumentowi komunikatów gwarantuje prawidłowe funkcjonowanie zasady konkurencji, na której opiera się cały rynek.

Decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującą zaniechanie jej stosowania podejmuje Prezes UOKiK²⁹¹. Po wydaniu decyzji przedsiębiorca ma obowiązek niezwłocznie zaniechać stosowania praktyk²⁹².

3.3. Kwalifikacja prawna *Dark Patterns*

Internet jest z pewnością miejscem zawierania masowej liczby umów, które nierzadko czerpią ze wzorów konstruowanych przez przedsiębiorców. Najczęściej konsument nie jest władny do wywierania jakiegokolwiek wpływu na kształt zawieranej umowy. Stosowanie wzorców umów jest objęte domniemaniem, że warunki stosunku obligacyjnego nie podlegały indywidualnemu uzgodnieniu z konsumentem, nawet jeżeli przedsiębiorca zapewnił mu wybór spośród wielu ofert oraz modeli świadczonych produktów lub usług²⁹³. Nie ma zatem znaczenia, czy konsumentowi zapewniono wiele wariantów umowy, a także czy wzorzec został zastosowany po raz pierwszy czy kolejny, jeżeli z niego skorzystano. Wydaje się, że zasadne byłoby zakwalifikowanie do niedozwolonych postanowień umownych takich klauzul, które uniemożliwiają lub w dużym stopniu utrudniają konsumentowi rezygnację z usługi. Przenosząc ten problem na rynek wirtualny, zwykle będzie to dotyczyć subskrypcji odnawialnych cyklicznie, gdzie niejednokrotnie przedsiębiorca może próbować odwozić użytkowników od rezygnacji, ustanawiając różnego typu przeszkody. Dla omawianej regulacji znaczenie ma jednak to, by stosowne postanowienie, sprzeczne z dobrymi obyczajami i jednocześnie naruszające interesy konsumenta, było umieszczone w kontrakcie zawierany przez Internet. W innym wypadku nie można mówić o spełnieniu przesłanek art. 385^{1 § 1 k.c.}

Należy zauważyć, że do praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów można zaliczyć szeroką gamę zachowań rynkowych przedsiębiorcy, także tych, które zostały stypizowane w ustawach szczególnych prawa konkurencji. Przy założeniu, że większość z wymienionych technik manipulacji wolą konsumenta (*Dark Patterns*) można zakwalifikować do kategorii nieuczciwych praktyk rynkowych, należy postawić pytanie, czy istnieje interes ogółu, który jest chociażby narażony takimi praktykami. Co istotne, dla praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów znaczenie ma nie tyle dominująca pozycja przedsiębiorcy na rynku, przejawiająca się w korzystnym umiejscowieniu ekonomicznym, co jego przewaga w kontaktach nie z jednym, a z nieoznaczoną liczbą konsumentów. Zwraca się z uwagę, że w sytuacji, gdy relacje przedsiębiorcy oraz jego klientów (konsumentów) łączy wspólna cecha, to wówczas można mówić o zbiorowym interesie konsumentów²⁹⁴. Jeżeli dobrem chronionym ponad zindywidualizowanymi interesami jednostek jest chociażby prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, to być może stosowne jest także uznanie za takie także prawa do niezakłóconego działaniem przedsiębiorcy procesu decyzyjnego. Wówczas możliwa byłaby kontrola technik manipulowania zachowaniem konsumenta w Internecie, na poziomie instytucjonalnym, sprawowana przez Prezesa UOKiK.

291 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2021.275), art. 26 ust. 1.

292 Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 21 października 1998 r. XVII Ama 50/98.

293 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 listopada 2020 r., VI ACa 779/19, LEX nr 3145135.

294 Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 11 marca 2005 r., nr RGD-16/2005.

Wnioski podsumowujące pracę

Analiza zjawiska *Dark Patterns* dowodzi, że choć samo pojęcie nie jest jeszcze popularne, to z uwagi na swoją wszechobecność musi szybko znaleźć swoje miejsce w systemie prawnym. Niezależnie od tego, czy państwa członkowskie UE postanowią czerpać z dostępnych z regulacji ochrony konsumenta, czy też rozszerzyć je o kolejny typ nieuczciwych praktyk handlowych, konieczna jest powszechna dyskusja na temat manipulacji, których dopuszczają się podmioty profesjonalne w Internecie. Kluczowym aspektem tej dyskusji winna być próba uzmysłowienia oraz zaznajomienia społeczeństwa z opisywanym tu zjawiskiem DP. Należy zauważyć, że pomimo wzrastającej świadomości na temat odpowiedzialności oraz konsekwencji działań w sieci konsumenci wciąż cechują się ogromną podatnością na manipulację oraz wywieranie presji psychicznej. Wymienione już w niniejszej pracy okoliczności, takie jak: wiek, poziom zaawansowania technologicznego, stopień wykształcenia, a nawet cechy charakteru, jedynie pogłębiają omawiany problem. Internet to przestrzeń o ogromnym przekroju społecznym, a zatem pomimo założeń na temat cech, jakie posiada jego przeciętny użytkownik (konsument), nigdy nie dojdzie do skonstruowania kompletnego i w pełni skutecznego instrumentu chroniącego rzetelny obrót rynkowy. W przeważającej liczbie przypadków konsument wciąż występuje jako słabsza strona stosunków gospodarczych.

Jak jednak słusznie podkreśla I. Małobęcka, nie można zaakceptować tezy, że konsument we wszelkich stosunkach z przedsiębiorcami nawiązywanymi drogą wirtualną jest stroną wyraźnie poszkodowaną, która na przykład za oddanie części swojej prywatności nie otrzymuje nic w zamian. Należy zauważyć, że szereg usług dostępnych przez Internet jest świadczone nieodpłatnie (w sensie dosłownym). Platformy takie jak: Google, Facebook, Amazon, udostępniają swoje usługi na całym świecie, a możliwość nieograniczonego korzystania z ich możliwości, jak na przykład z poczty elektronicznej czy konta społecznościowego, nie wiąże się właściwie z żadnymi kosztami po stronie konsumenta. Nieuzasadnione byłoby oczekiwać, że platformy te nie będą oczekiwać żadnego świadczenia wzajemnego. Doszłoby wówczas do rażącej dysproporcji świadczeń, w której konsument uzyskuje pełny i darmowy dostęp do produktu, nie oferując nic w zamian. Dlatego też towarem o wysokiej wartości stały się dane osobowe użytkowników, które są niemal walutą we współczesnym Internecie. Zasadnie podnosi się, że źródłem problemu nie jest wcale brak ekwiwalentności świadczeń, lecz asymetria informacyjna występująca pomiędzy konsumentem, a przedsiębiorcą świadczącym swoje produkty i usługi wirtualnie²⁹⁵. Przewodnim postulatem przy okazji dyskusji na temat szkodliwości stosowania technik manipulacji *Dark Patterns* winno być pogłębianie zasady rzetelnej informacji na wirtualnym rynku konsumentskim oraz wprowadzenie instytucjonalnej kontroli witryn internetowych, na którym oferowane są towary oraz usługi.

Zwieńczeniem niniejszej pracy winna być ocena skuteczności ochrony konsumenta wedle polskiego porządku prawnego w kontekście nowoczesnych zachowań rynkowych. W mojej opinii polskie ustawodawstwo w obecnym kształcie daje możliwości do wyprowadzenia instrumentów ochrony konsumenta przed wirtualnymi technikami manipulacji. Taki instrument zapewnia, w sposób najbardziej uniwersalny, ustawa

295 I. Małobęcka, *Prawna ochrona konsumenta w sieci na przykładzie zagadnienia darmowych usług platform internetowych*, IKAR 2017, Nr 3, s. 34.

o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, w szczególności regulacje dotyczące wprowadzających w błąd działań oraz zaniechań. Wymaga podkreślenia faktu, że przepisy te są skonstruowane w sposób bardzo pojemny i szeroki, pozbawiony sztywnych przesłanek. Dzięki temu wymieniony akt prawny może służyć ochronie konsumentów nawet przed najbardziej nowoczesnymi i nieznanymi praktykami handlowymi, które mają za zadanie istotnie wpływać na sferę decyzyjną kontrahentów.

Należy pamiętać, że szersze nagłośniecie opisywanego tu zjawiska leży w interesie nie tylko konsumentów, ale i rzetelnych przedsiębiorców, dla których zasada konkurencji zostaje przełamana. Konieczne są jednak dostrzeżenie tego problemu przez prawodawców unijnych oraz zaalarmowanie państw członkowskich UE. Jedynie odgórne zalecenia oraz dogłębna analiza zjawiska na poziomie międzykrajowym mogą przyczynić się do uświadamiania zarówno społeczeństwa, jak i władz państwowych, a także wymiaru sprawiedliwości. Reakcja judykatury na to nowe i dynamicznie rozwijające się zjawisko jest w moim przeświadczeniu jedynym *remedium* na brak przepisów szczególnych w tej kwestii. Istotne jest także, by mieć na względzie, że żadna prawna regulacja nie prześcignie tempa, z jakim rozwijają się technologia oraz przestrzeń wirtualna. Próba legalnego unormowania jakichkolwiek technik manipulacji zachowaniem konsumenta jest niezwykle trudna z uwagi na nieuchwytność tego zjawiska. Należy mieć na uwadze, że *Dark Patterns*, choć często wydają się technikami subtelными, a nawet niezauważalnymi, wywierają ogromny wpływ na procesy decyzyjne milionów konsumentów, a tym samym w sposób znaczny kształtują współczesny obraz rynku wirtualnego oraz mogą nieść za sobą olbrzymie szkody społeczne i gospodarcze.

Źródła prawa

Dyrektywa 98/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 maja 1998 r. w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów (Dz.U.UE.L.1998.166.51)

Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U.UE.L.2005.149.22)

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. U. UE L 304/64)

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740)

Ustawa z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych (Dz.U. z 2019 r. poz. 579)

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913)

Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U.2021.217)

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444)

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2004 Nr 173, poz. 1807)

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2015.184)

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2021.275)

Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2070)

Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U.2020.287)

Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162)

Orzecznictwo

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 kwietnia 2015 r. C-388/13

Uchwała Sądu Najwyższego z 30 listopada 1992 r., IIICZP134/92, OSNC1993, nr 5, poz. 79

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1995 r., III CZP 12/95

Uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96, OSNC 1996, nr 12, poz. 153

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 1970 r., I CR 400/69

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 1972 r. II CR 218/72

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 1997 r., III CKN 214/97, OSNC 1998, nr 3, poz. 47

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2000 r., IV CKN 179/00, LEX

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2003 r., II CK 161/02, OSNC 2004, nr 11, poz. 186

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2003 r., V CK 477/02, LEX

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2004 r. I CK 162/04

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2005 r., V CK 191/05, OSP 2007, nr 7-8, poz. 87

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2006 r. I CK 297/05

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2008 r. II CSK 363/07

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2008 r. III SK 27/07

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2011 r., II CSK 528/10, LEX

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2014 r., III SK 34/13, LEX

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 2014 r., III SK 80/13, OSNP 2016, nr 2, poz. 29

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2015 r., III SK 24/14, OSNP 2017, nr 5, poz. 64

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2017 r., I CSK 66/16, LEX

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2017 r., I CSK 477/16, LEX

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2019 r. I NSK 16/19

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2021 r. I CSK 147/12

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 2020 r. II CSK 623/19, Legalis

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 października 1966 r., Rw 904/66

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2015 r., II KK 60/15, LEX

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 17 września 1997 r., II SA 1089/96, LEX

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 16 sierpnia 2012 r., II SA/Po 427/12, Legalis

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19 października 1995 r., I ACr 514/95

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 23 listopada 1995 r., I ACr 483/95, Wokanda 1996, nr 8, poz. 45

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 grudnia 1999 r., I ACa 661/99

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 maja 2003 r., I ACa 1893/01, OSA 2004, nr 10, poz. 36

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 października 2004 r., I ACa 530/04, OSAB 2005, nr 1, poz. 28

- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 lutego 2008 r., V ACa 256/07, LEX nr 519350
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2011 r. I ACa 1162/10
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 września 2014 r., VI ACa 1851/13, LEX
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 lutego 2015 r., VI ACa 567/14, LEX
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2015 r., VI ACa 775/14, LEX
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 10 grudnia 2018 r., I ACa 514/18, LEX
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 17 czerwca 2019 r. III AUa 1322/18, Legalis
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 czerwca 2019 r. I ACa 250/19
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 7 listopada 2019 r., I AGa 497/18, LEX
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 30 grudnia 2019 r., I ACa 1025/18, LEX
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 listopada 2020 r., III AUa 970/18, LEX
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 listopada 2020 r., VI ACa 779/19, LEX
- Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 21 października 1998 r. XVII Ama 50/98
- Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z dnia 23 lutego 2006 r., XVII Ama 118/04, Dz.Urz.UOKiK 2006, nr 2, poz. 31
- Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 stycznia 2009 r. XVII Ama 26/08
- Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z dnia 13 września 2013 r., XVII Ama 18/11, LEX
- Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z dnia 1 lipca 2019 r., XVII Ama 18/17, LEX
- Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 stycznia 2021 r., XVII Ama 34/19
- Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 lutego 2004 r., nr DDK3-61-11/PS/04
- Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 11 marca 2005 r., nr RGD-16/2005
- Literatura**
- Balicki M., *Nieuczciwa konkurencja w globalnej sieci*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ, Nr 1/2011 (6)
- Chromik M., Eiband M., Völkel S.T., Buschek D., *Dark Patterns of Explainability, Transparency, and User Control for Intelligent Systems*. In Joint Proceedings of the ACM IUI 2019 Workshops, Los Angeles 2019
- Czech T. [w:] *Prawa konsumenta. Komentarz*. Wyd. II, Warszawa 2020
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. 9, Warszawa 2019
- Gorczyński G. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1-125)*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018

- Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*. Wyd. 7, Warszawa 2021
- Gutowski M., *Wzruszalność czynności prawnej*, C.H. Beck, Warszawa 2010
- Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A., *Publiczne prawo gospodarcze. System Prawa Administracyjnego, tom 8A*. Wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2018
- Jedliński A. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*. Wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2012
- Kaczmarek-Templin B., P. Stec P., D. Szostak D. (red.), *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*. Wyd. 1, Warszawa 2014
- Karaszewski G. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2019
- Kasprzycki D., *Agresywne praktyki rynkowe* [w:] Kasprzycki D., Nowińska E., red., *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, C.H. Beck, Warszawa 2018
- Kin A., *Przeciętny konsument. Pojęcie i znaczenie dla ochrony konsumenta*, „Rynek - Społeczeństwo - Kultura”, nr 3/2012
- Kohutek K. [w:] M. Sieradzka, K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2014
- Komierzyńska-Orlińska E. [w:] Bielecki L., Gola J., Horubski K., Kokocińska K., Żywicka A., Komierzyńska-Orlińska E., *Komentarz do ustawy Prawo przedsiębiorców* [w:] *Konstytucja biznesu. Komentarz*. Warszawa 2019
- Korpalski M., „Nieprofesjonalista”, czyli kodeks cywilny pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą. FP 2012, nr 4
- Korus K. [w:] *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. LEX/el. 2002
- Krasuski A., *Status prawny sztucznego agenta. Podstawy prawne zastosowania sztucznej inteligencji*. Warszawa 2021
- Krawczyk M., *Zakaz wyzysku w prawie cywilnym*. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach nr 104, Seria: Administracja i Zarządzanie (31) 2015
- Królikowski M., *Instytucje Prawa Prywatnego. Błąd jako wada oświadczenia woli strony umowy*. C.H. Beck, Warszawa 2014
- Kruszewska-Sobczyk K., Sobczyk M., *Niedozwolone klauzule w umowach zawieranych przez konsumenta*. Radca Prawny 2004
- Kruszewski A.K. [w:] *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*. Red. A. Pietrzak, Warszawa 2019
- Lemos A., Marques D., *Malicious Interfaces: strategies for personal data collection in apps*. V!rus, Sao Carlos, 2019 (http://www.nomads.usp.br/virus/_virus19/?sec=4&item=2&lang=en)

- Lewaszkiwicz-Petrykowska B., *Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973
- Lubasz D. [w:] *Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*. Red. M. Namysłowska, Warszawa 2015
- Lubasz D., Namysłowska M. [w:] Barańczyk I., Byczko S., Chomiczewski W., Janeta J., Katner P., Matysiak W.P., Mycko-Katner I., Rutkowska-Tomaszewska E., Lubasz D., Namysłowska M., *Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*. Warszawa 2015
- Luzak J., *Doprecyzowanie zasady transparentności w polskim prawie konsumenckim*. SPP 2020, Nr 1
- Machnikowski P., *Harmonizacja maksymalna jako metoda zbliżania prawa zobowiązań w UE na przykładzie odpowiedzialności za produkt*. „Studia Prawa Prywatnego”, 1/2017
- Maciejewska-Szałas M., *Zawarcie umowy poza lokalem przedsiębiorstwa w świetle ustawy o prawach konsumenta*. „GSP”, 2016, nr 2
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych - pierwszy etap wspólnotowego prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji?* „PPH”, 2007, nr 1
- Małobęcka I., *Prawna ochrona konsumenta w sieci na przykładzie zagadnienia darmowych usług platform internetowych*. IKAR 2017
- Mamczarek M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* [w:] Mamczarek M., *Ochrona zbiorowych praw i interesów konsumentów, pacjentów oraz pasażerów w transporcie kolejowym. Komentarz praktyczny z orzecznictwem*. Warszawa 2019
- Namysłowska M., *Charakterystyka czarnej listy nieuczciwych praktyk handlowych przedsiębiorców wobec konsumentów w prawie polskim i niemieckim* [w:] Czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych a granice prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji w Unii Europejskiej. Warszawa 2014
- Naworski J.P., *Przedsiębiorca versus konsument w prawie polskim*. „SPP”, 2018, Nr 1
- Nazaruk P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*. Red. J. Ciszewski, Warszawa 2019
- Nowińska E. [w:] K. Szczepanowska-Kozłowska, E. Nowińska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa 2018
- Nowińska E., *Wprowadzające w błąd praktyki rynkowe* [w:] Kasprzycki D., Nowińska E., red., *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*. Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012
- Nowińska E., *Zakaz nieuczciwych praktyk rynkowych (art. 3 u.p.n.p.r.) i klauzula generalna nieuczciwych praktyk rynkowych (art. 4 u.p.n.p.r.)* [w:] Kasprzycki D., Nowińska E., red., *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*. Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012
- Olejniczak A. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna*. Wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014
- Olejniczak A., Radwański Z., *Prawo cywilne - część ogólna*. Wyd. 13, C.H. Beck, Warszawa 2015

- Olejniczak A., Radwański Z., *Zobowiązania - część ogólna*. Wyd. 12, C.H. Beck, Warszawa 2016
- Oleksiewicz I. [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*. Warszawa 2013
- Osajda K., *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*. Tom 5, Wyd. 3, red. C.H. Beck, Warszawa 2020
- Osajda K., *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*. 2019
- Piasecki K., *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna*. Kraków 2003
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1-44910*. Wyd. 10, Warszawa 2020
- Południak-Gierz K., *Wady oświadczenia woli w umowach zawieranych na internetowym rynku konsumenckim*. C.H. Beck, Warszawa 2020
- Popiołek W. [w:] *Kodeks cywilny, Tom I Komentarz art. 1-44910*. Wyd. 9, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2018
- Radwański Z., *System prawa prywatnego. Prawo cywilne - część ogólna. T. 2*, Wyd. 3, C.H. Beck 2019
- Rott-Pietrzyk E., *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*. C.H. Beck, Warszawa 2017
- Rzetecka-Giła. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna*, LEX/el. 2011
- Sieradzka M. [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2014
- Sieradzka M. [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*. Warszawa 2008
- Sieradzka M., *Wzorzec przeciętnego konsumenta jako punkt odniesienia przy dokonywaniu oceny nieuczciwości praktyki rynkowej. Glosa do wyroku SN z dnia 4 marca 2014 r. III SK 34/13*. IKAR 2014, Nr 6
- Singh M.P. 1994. *Multiagent systems. A Theoretical Framework for Intentions, Know-How, and Communications*. Springer, Berlin, Heidelberg 1994
- Skoczny T. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. 2, Warszawa 2014
- Skubisz R., *Klauzule generalne w prawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, VOL. LXIII, 2 Sectio G, Lublin 2016
- Sokołowski T. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*. Wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2012
- Stawicki E. [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. II, red. A. Stawicki, Warszawa 2016
- Stefanicki R. [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*. Warszawa 2009

- Stefanicki R. [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo konkurencji*. Red. M. Kępiński, tom 15, C.H. Beck, 2014
- Stefanicki R., *Dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych i jej implementacja do krajowego systemu*. „PPH”, 2009, nr 1
- Strahilevitz L.J., Luguri J., *Shining a Light on Dark Patterns* Univeristy of Chicago, Public Law Working Paper No. 719, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 879, 2019
- Sunstein C.R., *Sludge Audits*, Harvard Public Law Working Paper No. 19-21, Forthcoming, Behavioural Public Policy, 2019
- Szczepanowska-Kozłowska K. [w:] Nowińska E., Szczepanowska-Kozłowska K., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa 2018
- Szlachetko J.H., *Kwalifikacja prawna działalności zarobkowej organizacji pozarządowych w świetle przepisów ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. PPP, 2016
- Szwaja J. (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Wyd. 5, Warszawa 2019
- Szwaja J., Tischner A., *Implementacja dyrektywy 2005/29/WE o zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych do prawa polskiego*. „MoP”, 2007, Nr 20
- Szydło M., *Swoboda działalności gospodarczej*. C.H. Beck, Warszawa 2005
- Tischner A., *Model przeciętnego konsumenta w prawie europejskim*. KPP 2006, 15(1)
- Tischner A., *Pojęcie „przeciętnego konsumenta” w u.p.n.p.r. na tle prawa i orzecznictwa UE* [w:] Kasprzycki D., Nowińska E., red., *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*. Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012
- Trzaskowski R. [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*. Red. J. Gudowski, LEX/el. 2018
- Trzaskowski R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*. Wyd. II, red. J. Gudowski, Warszawa 2018
- Urbanek A., *Przegląd decyzji Prezesa UOKiK dotyczących naruszeń zbiorowych interesów konsumentów w 2019 r. i w I połowie 2020 r.* IKAR 2020, Nr 7
- Vall M. du, *Dyrektywa 2005/29/WE - geneza, cele, zasada pełnej harmonizacji* [w:] Kasprzycki D., Nowińska E., red., *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*. Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012
- Vall M. du, Nowińska E. [w:] M. du Vall, E. Nowińska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Wyd. VI, Warszawa 2013
- Węgiński M., *Charakterystyka prawna umów zawieranych drogą elektroniczną*. Warszawa 2020
- Wiewiórowska-Domagalska A., Kunkiel-Kryńska A. [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*. Red. K. Osajda, wyd. 1, 2019
- Wolter A., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 1972

Zawłocki R. (red.), *System prawa handlowego. Prawo karne gospodarcze*. Tom 10, Wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2018

Zdyb M., Lubeńczuk G., Wołoszyn-Cichocka A., *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*. Warszawa 2019

Inne źródła

Ciągłość. Słownik języka polskiego PWN, 2021 (<https://sjp.pwn.pl/slowniki/ci-%C4%85g%C5%82o%C5%9B%C4%87.html>)

Gemius, *E-commerce w Polsce 2020*, Warszawa 2020, (<https://www.gemius.pl/wszystkie-artykuly-aktualnosci/e-commerce-w-polsce-2020.html>)

Interfejs użytkownika, Encyklopedia PWN, 2021 (<https://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/interfejs>)

Konsument [w:] *Wielki słownik języka polskiego*, Instytut Języka Polskiego PAN, 2020, (https://wsjp.pl/index.php?id_hasla=77832&id_znaczenia=5195490)

L.J. Strahilevitz, J. Luguri, “Dark Patterns”: *Online Manipulation of Consumers*, University of Chicago, Coase-Sandor Global Lecture Series 2020, (<https://www.law.uchicago.edu/recordings/lior-j-strahilevitz-dark-patterns-online-manipulation-consumers>)

Pismo Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 1.12.2020 r., 0111-KDIB1-3.4010.389.2020.2.APO; Pismo Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 20.07.2020 r., 0115-KDIT1.4011.379.2020.2.MK

Sprawozdanie w sprawie stosowania dyrektywy 2005/29/WE dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych 2013/2116(INI), Komisja Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów, A7-0474/2013 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0474_PL.pdf)

UXP2 Dark Patterns, *Obstruction*, 2021 (<https://darkpatterns.uxp2.com/patterns-2/obstruction/>)

UXP2 Dark Patterns, *Obstruction: Intermediate Currency*, 2021, (<https://darkpatterns.uxp2.com/patterns-2/obstruction/>)

Wykaz obrazów

Obraz 1. Przykład zastosowania <i>Dark Pattern</i> w postaci <i>nagging</i>	14
Obraz 2. Przykład zastosowania <i>Dark Pattern</i> w postaci <i>obstruction</i>	15
Obraz 3. Przykład zastosowania <i>Dark Pattern</i> w postaci <i>obstruction</i>	16
Obraz 4. Przykład zastosowania <i>Dark Pattern</i> w postaci <i>confirmshaming</i>	17
Obraz 5. Przykład zastosowania <i>Dark Pattern</i> w postaci <i>confusion</i>	17
Obraz 6. Przykład zastosowania <i>Dark Pattern</i> w postaci <i>sneaking</i>	18
Obraz 7. Przykład zastosowania <i>Dark Pattern</i> w postaci <i>forced action</i>	19
Obraz 8. Proces zakupu biletów lotniczych na stronie https://www.ryanair.com/pl/pl	20
Obraz 9. Proces zakupu biletów lotniczych na stronie https://www.ryanair.com/pl/pl	20
Obraz 10. Proces zakupu biletów lotniczych na stronie https://www.ryanair.com/pl/pl ...	21

Karolina Szota – absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego. Stypendystka rektora za wyróżniające wyniki w nauce. Piąty semestr studiów magisterskich odbyła na Pázmány Péter Catholic University w Budapeszcie. Obecnie odbywa aplikację adwokacką przy Izbie Adwokackiej w Katowicach. Od blisko trzech lat praktykuje zawodowo w jednej ze śląskich kancelarii adwokackich. Swe zainteresowania skupia wokół prawa cywilnego oraz prawa spółek handlowych. Wielką pasją darzy także dziedzinę ochrony praw konsumenta w kontekście rozwoju nowych technologii.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl

ISBN 978-83-64681-39-4

