

Marcin Kulesza*

Odpłatny charakter „darmowych” usług Facebooka.

Teza z wyroku Regionalnego Sądu Administracyjnego Lazio (Rzym) z 10 stycznia 2020 r. w sprawie *Facebook*, sygn. 261/20

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Decyzja AGCM w sprawie Facebooka
- III. Wyrok sądu – odpłatny charakter usług Facebooka
- IV. Komentarz

Streszczenie

Artykuł przedstawia wątek decyzji włoskiego organu ochrony konkurencji i konsumentów (AGCM) oraz sądu administracyjnego, który badał odwołanie od tej decyzji, dotyczące uznania wartości ekonomicznej danych przekazywanych Facebookowi przez użytkowników rejestrujących się w serwisie. Sąd potwierdził konstatację AGCM w tym zakresie, zgodnie z którą dane te mają wartość ekonomiczną, z czym wiąże się wzajemność transakcji subskrypcji usług serwisu oraz, dalej, obowiązki operatora względem użytkownika traktowanego jako konsumenta. To pierwszy przypadek takiego orzeczenia organu i sądu państwa członkowskiego UE.

Słowa kluczowe: prawo konsumenckie; konsument; umowy konsumenckie; wartość danych; dane osobowe.

JEL: D18, D86, K12, K15, K23, K24, K41

I. Wstęp

Intuicyjnie każdy świadomy użytkownik Facebooka spodziewa się, że serwis ten, wbrew głośzonemu jeszcze niedawno na stronie wejściowej serwisu hasłu „To jest (i zawsze będzie) darmowe”, darmowym nie jest. Wątek wartości ekonomicznej danych przekazywanych Facebookowi w zamian za usługę dostępu do serwisu społecznościowego zauważano od jakiegoś czasu, m.in. w orzecznictwie Komisji Europejskiej i aktach prawa miękkiego. Warto zatem odnotować potwierdzenie konstatacji, że dane te są rzeczywiście formą świadczenia na rzecz Facebooka o określonej wartości ekonomicznej, w wyroku sądowym jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej.

* Doktor nauk prawnych; prawnik w praktyce prawa konkurencji kancelarii Wardyński i Wspólnicy; e-mail: marcin.kulesza@wardynski.com.pl. <https://orcid.org/0000-0002-1569-2244>.

II. Decyzja AGCM w sprawie Facebooka

7 grudnia 2018 r. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) poinformowała o decyzji z 29 listopada 2018 r.¹, którą nałożyła na Facebook Ireland Ltd. i Facebook Inc. karę 10 mln euro za naruszenie interesów konsumentów.

Decyzja dotyczyła kwestii konsumenckich, a jedną z rozważanych w niej kwestii było zastosowanie do działalności Facebooka włoskiego kodeksu konsumenckiego. Należało m.in. ustalić czy u podstawy relacji Facebooka z konsumentami leży wartość ekonomiczna, co pozwalało przyjąć kompetencję AGCM w sprawie.

AGCM uznała m.in., że serwis wprowadzał rejestrujących się w nim konsumentów w błąd, nie informując ich odpowiednio i we właściwym czasie (przy zakładaniu konta), że przekazywane przez nich dane będą wykorzystywane w celach komercyjnych. AGCM stwierdziła, że Facebook podkreśla darmowy charakter serwisu, a nie komercyjne cele przyświecające świadczeniu usług serwisu społecznościowego. Skłania zatem użytkowników do podjęcia decyzji co do transakcji, której w przeciwnym razie nie podjęliby, tj. do zarejestrowania się w sieci społecznościowej i używania jej (w drugim wątku decyzji analizowano wymuszanie na użytkownikach najszerzych zgód na transfer danych do podmiotów trzecich).

AGCM rozstrzygnęła, że „odnośnie do przedmiotowej praktyki należy zauważyć, że, wbrew twierdzeniom przedsiębiorcy, zasób informacji obejmujący dane użytkownika FB wykorzystywane do jego profilowania w celach komercyjnych i marketingowych nabywa, w szczególności ze względu na cel takiego ich wykorzystania, wartość ekonomiczną wystarczającą, by warunkować powstanie relacji konsumenckiej między przedsiębiorcą i użytkownikiem, który korzysta z usług FB (przez stronę lub przez aplikację), nawet w braku świadczenia pieniężnego”².

III. Wyrok sądu – odpłatny charakter usług Facebooka

Facebook Inc. odwołał się od decyzji AGCM. Wskutek odwołania Regionalny Sąd Administracyjny Lazio wydał wyrok³ częściowo podtrzymujący decyzję AGCM. Sąd utrzymał karę w zakresie wprowadzania konsumentów w błąd co do darmowego charakteru serwisu w kontekście komercyjnej wartości przekazywanych serwisowi danych, obniżając jej całkowitą wysokość do pięciu milionów euro.

Facebook w odwołaniu podnosił m.in., że „brak tu praktyki handlowej, a zatem i kompetencji AGCM. Wynika to, jak podnosi skarżący, ze świadczenia usług Facebooka bez opłat, w technicznym (i obiektywnym) znaczeniu braku wymagania wynagrodzenia pieniężnego (choćby pośredniego)”⁴. Była to kluczowa kwestia odwołania, zmierzająca do zakwestionowania właściwości AGCM.

Sąd był jednak odmiennego zdania. Potwierdził bowiem, że dane przekazywane przez konsumentów mają istotny wymiar ekonomiczny związany z ich dalszym komercyjnym wykorzystaniem.

¹ Komunikat prasowy w języku angielskim dostępny pod adresem <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/Facebook-fined-10-million-Euros-by-the-ICA-for-unfair-commercial-practices-for-using-its-subscribers%E2%80%99-data-for-commercial-purposes>; decyzja w języku włoskim: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11112_scorr_sanz.pdf.

² Pkt 54 dec.AGCM z 29.11.2018 r.

³ Wyr. z 10.012020 r., sygn. 261/20, dostępny w języku włoskim pod adresem: http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/16/0000087098/TAR_Lazio_sez_I_sentenza_n_261_20_depositata_il_10_gennaio.html.

⁴ Stan faktyczny, pkt 7, motyw III wyr.; wyjątki z wyr. w tłumaczeniu własnym.

Po pierwsze, sąd zauważył, że zgodnie z decyzją AGCM „do 15 kwietnia 2018 r. użytkownik wchodzący na stronę domową FB w celu zarejestrowania się na Platformie (przez stronę i przez aplikację), widząc widniejące w serwisie twierdzenie „*Iscriviti E' gratis e lo sarà per sempre*” [„Zarejestruj się. To jest i będzie darmowe” – przyp. autora], nie otrzymał równie widocznego i jasnego odniesienia do zbierania i wykorzystania jego danych przez FB w celach komercyjnych”. Sąd spojrział na dane osobowe z nowej perspektywy, traktując je jako zasoby podlegające negocjacji i wykorzystaniu komercyjnemu oraz jako potencjalny przedmiot obrotu handlowego między operatorem serwisu i konsumentem. Treść danych osobowych przekazanych przez konsumenta i profilowanie, które one umożliwiają, stanowią wynagrodzenie świadczone przez użytkownika w zamian za usługi serwisu społecznościowego⁵.

Po drugie, jak ustaliła wcześniej AGCM, co zdaniem sądu potwierdza wartość danych przekazywanych przez użytkowników, „przychody z reklamy online, oparte na profilowaniu użytkowników na podstawie ich danych, stanowią cały obrót Facebook Ireland Ltd. i 98% obrotu Facebook Inc.”⁶. W związku z tym sąd stwierdził, że „ogólnie rzecz biorąc, wartość ekonomiczna danych użytkownika wymaga od przedsiębiorcy komunikowania konsumentowi, że informacje dostępne dzięki tym danym będą wykorzystywane w celach komercyjnych wykraczających poza używanie serwisu społecznościowego: wobec braku odpowiedniej informacji lub wobec twierdzeń wprowadzających w błąd przedmiotowa praktyka może kwalifikować się jako wprowadzenie w błąd”⁷, przede wszystkim ze względu na to, że, jak stwierdziła AGCM, „twierdzenie o ‘darmowości’ serwisu nie pozwalało konsumentowi zrozumieć, że przedsiębiorca będzie wykorzystywał dane użytkownika jako wynagrodzenie, wykonując zamiar komercyjny”⁸.

IV. Komentarz

Wniosek, że dane osobowe mają wartość gospodarczą nie jest nowy. Nowością jest jego zastosowanie w orzecznictwie organów państwa członkowskiego UE. Zarówno AGCM, jak i sąd odwołały się bowiem w swoich orzeczeniach do wytycznych Komisji Europejskiej dotyczących wykonania/stosowania dyrektywy w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych⁹ oraz decyzji KE w sprawie *Facebook/WhatsApp*¹⁰.

Na tle art. 7 dyrektywy 2005/29/WE¹¹, który stanowi w ust. 2, że „za wprowadzające w błąd uznaje się (...) zaniechanie, jeżeli (...) przedsiębiorca zataja lub w sposób niejasny, niezrozumiały, dwuznaczny lub z opóźnieniem przekazuje istotne informacje, o których mowa w tym ustępie, lub nie ujawnia komercyjnego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jasno z kontekstu i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął”, Komisja w pkt 1.4.10 Wytycznych zauważyła, że „struktury biznesowe

⁵ Uzasadnienie wyr., pkt 2, zd. 3.

⁶ Uzasadnienie wyr., pkt 2, zd. ost.

⁷ Uzasadnienie wyr., pkt 10.

⁸ Uzasadnienie wyr., pkt 11, akapit 1, zd. ost.

⁹ Dokument roboczy służb Komisji – Wytyczne dotyczące wykonania/stosowania Dyrektywy 2005/29 w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych, towarzyszący dokumentowi: Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – „Kompleksowe podejście na rzecz ożywienia transgranicznego handlu elektronicznego z korzyścią dla europejskich obywateli i przedsiębiorstw”, z 25.05.2006 r., COM(2016) 320 final, SWD/2016/0163 final; dalej: Wytyczne.

¹⁰ Dec. z 3.10.2014 r. w sprawie M.7217 *Facebook/WhatsApp*, CELEX nr 32014M7217.

¹¹ Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.05.2005 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. Urz. WE 2005 L 149/22).

oparte na danych zaczynają dominować w świecie on-line. Na platformach internetowych w szczególności analizuje się, przetwarza i sprzedaje dane dotyczące preferencji konsumentów i inne treści generowane przez użytkownika. To, wraz z reklamą, stanowi często ich główne źródło przychodów”. W tym kontekście „dane osobowe, preferencje konsumentów oraz inne treści generowane przez użytkowników mają *de facto* wartość gospodarczą i są sprzedawane osobom trzecim”.

Zarówno decyzja AGCM, jak i wyrok sądu zgodne są z twierdzeniem zawartym w Wytycznych, że „w związku z tym, zgodnie z art. 7 ust. 2 i pkt 22 załącznika I do dyrektywy w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych, jeżeli przedsiębiorca nie informuje konsumenta, że dane, które konsument jest zobowiązany podać przedsiębiorcy, żeby uzyskać dostęp do usługi, będą wykorzystywane do celów handlowych, wówczas może to zostać uznane za wprowadzające w błąd pominięcie istotnych informacji”.

Co więcej, w pkt 3.4.2. Wytycznych KE zauważyła, że „rośnie świadomość wartości gospodarczej informacji dotyczących preferencji konsumentów, danych osobowych i innych treści tworzonych przez użytkowników”. Wyrok jest tej świadomości niewątpliwym wyrazem.

Z kolei badanie transakcji objętej decyzją KE w sprawie *Facebook/WhatsApp*, w zakresie definicji rynku produktowego, obejmowało m.in. analizę rynku reklamy online. Jak ustaliła Komisja, Facebook na potrzeby działalności na tym rynku zbiera dane użytkowników i analizuje je w celu targetowania reklam dla swoich klientów¹². Koncentracja danych była czynnikiem badania pozycji rynkowej Facebooka po dokonaniu transakcji¹³. Niewątpliwie dane te miały w tej sprawie charakter istotnego nośnika wartości ekonomicznej. W tym kontekście oczywistym jest stwierdzenie ze wstępu decyzji w sprawie *Facebook/WhatsApp*, cytowane również w decyzji AGCM: „znaczna większość usług serwisów społecznościowych świadczona jest jako wolna od opłat pieniężnych. Mogą jednakże być one monetyzowane na inne sposoby, jak na przykład reklama lub usługi premium”¹⁴, przy czym monetyzację przez reklamę należy rozumieć szeroko, jako obejmująca także monetyzację w tym celu danych użytkowników.

Uznanie wartości danych osobowych wiąże się w warunkach włoskich, zgodnie z decyzją AGCM potwierdzoną wyrokiem sądu, z określonymi obowiązkami przedsiębiorcy wobec konsumenta, tj. z obowiązkiem zapewnienia przez operatora przejrzystości transferu danych, kompletności informacji oraz niewprowadzania użytkownika w błąd. Użytkownik musi być zatem świadom wymiany świadczeń składających się na transakcję subskrypcji serwisu, stanowiącej umowę wzajemną, która dotyczy używania serwisu społecznościowego.

Decyzja AGCM i omawiany wyrok sądu to pierwszy przypadek uznania przez sąd lub organ krajowy państwa członkowskiego Unii, że dane osobowe mają wartość ekonomiczną przekładającą się na konsumencki charakter relacji użytkownika z przedsiębiorcą. Niezależnie od tego czy wyrok ostanie się w toku instancyjnym, można je uznać przez to za przełomowe.

¹² Pkt 70 dec., s. 11–12, oraz zwłaszcza przypis 23.

¹³ Pkt 164 dec., s. 29; por. t. pkt 172, s. 30–31, i przypis 93, a także rozdział 5.3.3. decyzji, zwłaszcza pkt 184 i nast., s. 33.

¹⁴ Pkt 42 dec.