

Jan J. Zygmuntowski*, Blanka Wawrzyniak**

Ekonomiczna wartość danych a ochrona użytkowników-konsumentów na cyfrowych platformach

Glosa do wyroku Okręgowego Sądu Administracyjnego w Lacjum
z dnia 10 stycznia 2020 r., nr 261/2020

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Motywy rozstrzygnięcia – decyzja włoskiego urzędu antymonopolowego i jej następstwa
- III. Komentarz – ekonomiczna wartość danych osobowych
- IV. Wątpliwości i następstwa sprawy
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Przedmiotem niniejszej glosy jest analiza orzeczenia Okręgowego Sądu Administracyjnego wydanego w odniesieniu do decyzji włoskiego urzędu antymonopolowego (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) nakładającej na spółkę Facebook karę 10 mln euro w związku z naruszeniem przez przedsiębiorcę prawa konsumenckiego. Artykuł koncentruje się przede wszystkim na ekonomicznej wartości danych osobowych oraz możliwości ich gospodarczego wykorzystywania przez podmioty cyfrowe. Rozważania dokonywane są w oparciu o unijne oraz krajowe przepisy znajdujące zastosowanie w odniesieniu do danych osobowych, z uwzględnieniem najnowszych zmian legislacyjnych w tej materii. Autorzy wskazują, że choć dane osobowe mają nietowarowy charakter, umożliwianie ich przetwarzania może być traktowane jako świadczenie niepieniężne użytkownika na rzecz platformy-przedsiębiorcy, a co za tym idzie powinno podlegać ochronie na podstawie krajowych regulacji dotyczących stosunków między przedsiębiorcą a konsumentem.

Słowa kluczowe: dane osobowe; nieuczciwa praktyka rynkowa; ochrona konsumentów; wartość ekonomiczna; platformy cyfrowe; praca informacyjna; przetwarzanie danych; świadczenie niepieniężne.

JEL: D46, K21, K24

* Doktorant na Akademii Leona Koźmińskiego; współprzewodniczący Polskiej Sieci Ekonomii; sekretarz Rady Programowej Fundacji InStrat; absolwent Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie; kontakt e-mail: jzygmuntowski@kozminski.edu.pl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5004-180X>.

** Analityczka polskich i unijnych regulacji w Fundacji InStrat; Studiowała prawo na Uniwersytecie Łódzkim, Uniwersytecie Wileńskim oraz Uniwersytecie w Antwerpii; kontakt e-mail: blanka.wawrzyniak@instrat.pl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5309-354>.

I. Wstęp

Platformy cyfrowe, w tym m.in. media społecznościowe, wyszukiwarki internetowe, marketplace'y i aplikacje znaczną część modelu biznesowego opierają na zbieraniu i przetwarzaniu danych użytkowników. Przełomowe decyzje włoskich organów w sprawie przeciwko Facebookowi dowodzą, że dane mają wartość ekonomiczną, co powoduje, że zastosowanie względem nich znajduje prawo ochrony konsumentów.

Przez długi czas zainteresowanie instytucji publicznych koncentrowało się głównie wokół danych osobowych w kontekście ochrony prywatności (Nemitz, 2018). Taka praktyka wynikała z dominującej narracji, w świetle której w cyfrowej gospodarce głównym zagrożeniem jest zbieranie i przetwarzanie danych bez wyraźnej zgody, prowadzące do niechcianych przez użytkownika konsekwencji, np. utraty anonimowości, uporczywego kontaktu lub oceny na podstawie nieprawnych danych.

Tak wąska interpretacja danych prowadzi do legitymizacji innej praktyki rynkowej. Korzystanie z usług platform cyfrowych, nawet jeśli są one rzekomo darmowe, wiąże się z dwustronną wymianą. Użytkownik ma dostęp do interfejsu platformy i może dzięki niej wykonywać operacje, ale jednocześnie proces wykonywania tych operacji jest śledzony, a efektem tego nadzoru jest zbieranie danych. Dane te służą następnie platformom do usprawniania interfejsów, algorytmów, tworzenia nowych produktów i usług oraz podnoszenia jakości już istniejących. Nowe lub ulepszone produkty i usługi umożliwiają z kolei pozyskiwanie dodatkowych przychodów.

Ocena całości działań i wymiany wartości między platformą a użytkownikiem-konsumentem dowodzi dwustronnego charakteru wymiany. Ale bezprecedensowa wielkość i bogactwo największych przedsiębiorstw technologicznych sugeruje, że tylko jedna strona ma tego pełną świadomość i jest zdolna do wykorzystywania swojej pozycji jako zbierającego i przetwarzającego dane w praktyce gospodarczej. Powyższe fakty co do natury danych znalazły pierwsze odbicie w praktyce europejskiego orzecznictwa.

II. Motywy rozstrzygnięcia – decyzja włoskiego urzędu antymonopolowego i jej następstwa

W kwietniu 2018 r. włoski urząd antymonopolowy wszczął postępowanie przeciwko amerykańskiej spółce Facebook Inc. dotyczące nieuczciwych praktyk rynkowych w odniesieniu do danych. W dniu 29 listopada 2018 r. decyzją nr 27432 AGCM (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) nałóżł na Facebooka karę 10 mln euro, czyli odpowiednio 5 mln euro za dwa przewinienia: a) nieuczciwe praktyki rynkowe wprowadzające w błąd polegające na niejasnym i niekompletnym komunikowaniu komercyjnego wykorzystania danych użytkownika-konsumenta oraz b) agresywne praktyki rynkowe w postaci domyślnego transferu danych między platformą a stronami trzecimi (aplikacjami, stronami internetowymi). Dodatkowo organ nakazał Facebookowi przeprosiny w formie komunikatu wyświetlanego jako pop-up każdemu włoskiemu użytkownikowi strony internetowej oraz aplikacji, o wskazanych w decyzji parametrach.

Spółka odwołała się od tej decyzji, a w rezultacie Okręgowy Sąd Administracyjny dla regionu Lacjum (ze stolicą w Rzymie) częściowo podtrzymał decyzję AGCM. Poniżej zostanie przytoczona

argumentacja obu stron, która pozwoli na wskazanie wniosków wartościowych dla polskich organów ochrony konsumentów, orzecznictwa oraz legislatury.

Odwołanie Facebook Inc. opierało się na 10 argumentach, częściowo zbieżnych ze sobą. Pomijając punkty dotyczące np. czasu na wdrożenie pop-upu z komunikatem, główną oś odwołania można podsumować następująco:

- 1) niepoprawne wskazanie na spółkę Facebook Inc. jako podmiot postępowania AGCM, gdyż odpowiedzialność spółki dominującej (*Parental Liability*) nie ma zastosowania, jako że Facebook Inc. nie jest zaangażowany w dostarczanie usług użytkownikom we Włoszech; w przypadku stosowania rozporządzenia o ochronie danych osobowych (dalej: RODO), jak wskazuje odwołanie, właściwym podmiotem postępowania byłaby spółka Facebook Ireland, a właściwym organem w tej jurysdykcji – irlandzki urząd antymonopolowy;
- 2) brak wymiaru handlowego, ponieważ usługi Facebooka są darmowe dla użytkowników i nie wymagają opłaty finansowej lub niefinansowej, w tym pośredniej;
- 3) działanie organu wykraczające poza RODO, które jest jedyną, wystarczającą i nadrzędną regulacją w kontekście danych osobowych, zarazem odnoszącą się jedynie do prywatności i przesyłu danych;
- 4) złamanie przewidywalności prawa przez nagłą zmianę interpretacji co do wartości ekonomicznej danych i tego co stanowi nieuczciwe praktyki rynkowe;
- 5) brak agresywnego zachowania i praktyk ograniczających wolność wyboru użytkownika, z czego wynika, że agresywne praktyki rynkowe (b) są w rzeczywistości tożsame z praktykami wprowadzającymi w błąd (a).

Postępowanie dowodowe trwało przez cały 2019 rok. W dniu 10 stycznia 2020 r. Okręgowy Sąd Administracyjny w Lacjum ogłosił wyrok nr 261/2020, odpowiadając na powyższą argumentację:

- 1) wskazanie Facebook Inc. jako podmiotu postępowania jest poprawne z dwóch powodów: po pierwsze, ponieważ spółka ta ma totalną kontrolę nad spółką zależną Facebook Ireland (aktywną w Europie); po drugie, ponieważ to na niej spoczywa odpowiedzialność za nienależyty nadzór nad spółką zależną, a w tym przypadku nawet brak nadzoru przyczynił się do wzrostu wartości sieci społecznościowej w posiadaniu spółki dominującej (czyli mógł być intencjonalny);
- 2) Facebook nie jest darmowy, a komunikaty tak głoszące wprowadzają w błąd. Zbierane dane mają wartość ekonomiczną, czego użytkownik-konsument nie jest świadomy. Cytując treść decyzji: „Tezy strony odwoławczej zakładają, że ochrona danych osobowych znajduje jedynie uzasadnienie w fundamentalnych prawach jednostki, i z tego powodu od Facebooka wymagano wyłącznie poprawnego przetwarzania danych użytkowników w celu rejestracji i używania «medium społecznościowego». Podejście to uwzględnia tylko częściowe spojrzenie na potencjał nieodłącznie związany z wykorzystaniem danych osobowych, które mogą również stanowić «aktywa» dostępne w sensie negocjacyjnym, podatne na wykorzystanie gospodarcze, a zatem odpowiednie do przejęcia funkcji «świadczenia» w technicznym sensie umowy (...) Zjawisko «kapitalizacji» danych osobowych, typowe dla nowych gospodarek rynków cyfrowych, wymaga od operatorów przestrzegania, w odniesieniu do odpowiednich transakcji handlowych, obowiązków jasności, kompletności i niewprowadzania w błąd co do

informacji przewidzianych w przepisach w celu ochrony konsumenta, który musi być świadomy wymiany usług stanowiącej podstawę zawarcia umowy o korzystanie z usługi, takiej jak korzystanie z «sieci społecznościowej».

Okręgowy Sąd Administracyjny w Lacjum podtrzymuje zatem interpretacje tych badaczy, którzy z jednej strony dostrzegają wartość ekonomiczną danych cyfrowych i ich charakter jako aktywa (kapitału) niematerialnego we współczesnej gospodarce, ale jednocześnie alokują prawa związane z dysponowaniem tą wartością przy użytkowniku-konsumencie, którego te dane dotyczą, tj. opisują jego cechy osobowe lub zachowania (pracę informacyjną) wykonaną przez interfejs cyfrowy;

- 3) RODO oraz prawo ochrony konkurencji i konsumentów nie „nakładają się” ani nie są ze sobą sprzeczne. Zgodnie z wyrokiem TS w sprawach C 54/17 i C 55/17, wyłącznie w przypadkach jasnej kolizji pomiędzy przepisami dyrektywy a innymi unijnymi przepisami prawnymi regulującymi szczególne aspekty nieuczciwych praktyk handlowych, te inne przepisy mają pierwszeństwo i stosuje się je do tych szczególnych aspektów. Co więcej, należy podkreślić, że fakt istnienia w prawie odrębnych regulacji dotyczących ochrony danych osobowych nie oznacza, iż prawo konkurencji i konsumentów jest w stosunku do danych zupełnie irrelevantne. Powyższe reżimy prawne mogą być względem siebie komplementarne, a platformy cyfrowe działające w roli przedsiębiorców powinny respektować zarówno wymogi dotyczące ochrony prywatności, jak i wszelkie regulacje prawa konsumenckiego. O ile prawo ochrony danych osobowych zabezpiecza wolność jednostki w zakresie podejmowania indywidualnych decyzji dotyczących przetwarzania danych osobowych (na przykład poprzez udzielenie akceptacji regulaminu, gdy podstawą prawną przetwarzania danych jest zgoda), o tyle prawo konkurencji chroni konsumentów przed bezprawnymi nadużyciami władzy rynkowej (Costa-Cabral i Lynskey, 2019). Co więcej, uzupełnianie się reżimów zdaje się potwierdzać fakt, że prawo o ochronie danych, zaprojektowane w celu osiągnięcia maksymalnej ochrony informacji osobowych, może dostarczać normatywnych wskazówek dla realizacji celów wyznaczonych prawem konkurencji i konsumentów. Przykładowo, z jednej strony, powtarzająca się ingerencja w dane osobowe lub niekorzystne zmiany regulaminów w odniesieniu do danych mogą wskazywać na wykorzystywanie konsumentów lub inne nieuczciwe praktyki. Z drugiej zaś – prawo ochrony konkurencji i konsumentów może znajdować zastosowanie także w przypadku, gdy sprawa dotyczy obrotu danymi użytkowników, gdy dane te uznawane są za charakter świadczenia niepieniężnego (decyzja KE nr COMP / M.7217 – Facebook/Whatsapp).

Korelacja pomiędzy ochroną danych a ochroną konsumenta nie umknęła uwadze Okręgowego Sądu Administracyjnego w Lacjum, który odrzucił argumentację Facebook jakoby między platformą a jej użytkownikami nie zachodziły żadne stosunki konsumenckie. Jak bowiem podkreślił sąd, dane udostępniane przez użytkowników wykorzystywane są przez platformę w celu osiągnięcia zysków, a komercyjny charakter ich przetwarzania nadaje im wymiar ekonomiczny. Tym samym, jak wskazał sąd, w przypadku platformy Facebook nieuzasadnionym byłoby odwoływanie się jedynie do przepisów ochrony danych osobowych.

W zakresie agresywnego zachowania i praktyk ograniczających wolność wyboru użytkownika, włoski sąd zgodził się ze stanowiskiem Facebook Inc., twierdząc, że dostęp zewnętrznych aplikacji do danych osobowych na platformie jest każdorazowo poprzedzony zgodą użytkownika-konsumenta.

W związku z tym przychylił się do prośby odwołania o kasację wyroku za agresywne praktyki rynkowe (punkt b). Okręgowy Sąd Administracyjny w Lacjum ograniczył zatem karę 5 mln euro za naruszenie opisane w punkcie a) oraz podtrzymał nakaz wyświetlenia komunikatu w formie nakazanej przez AGCM.

III. Komentarz – ekonomiczna wartość danych osobowych

Choć interpretacja organu nieczęsto znajduje odbicie w orzecznictwie, nie jest ona w żadnym wypadku nowa. Już w roku 2016 Komisja Europejska uwzględniła bardziej wszechstronne podejście do danych w Wytycznych dotyczących wykonania/stosowania dyrektywy 2005/29/WE w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych, w których wskazała, że stosowane przez wielu cyfrowych gigantów praktyki polegające na zatajaniu handlowego wymiaru korzystania z serwisu stanowią naruszenie prawa konsumenckiego. Zgodnie z Wytycznymi „dane osobowe, preferencje konsumentów oraz inne treści generowane przez użytkowników mają «de facto» wartość gospodarczą i są sprzedawane osobom trzecim. 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”¹. Tym samym, Komisja w Wytycznych zaproponowała ujęcie danych jako pewnych dóbr o wartości ekonomicznej, a przyjęcie takiego stanowiska stanowiło przełom w zakresie postrzegania danych oraz przyczyniło się do rozszerzenia pojęcia „przedsiębiorcy świadczącego usługi w sieci”. Jednakże, o ile Wytyczne zwracają uwagę na handlowy wymiar działalności platform cyfrowych, o tyle jako akty prawne *sui generis* stanowią jedynie wskazówki interpretacyjne, pozbawione prawnie wiążącego charakteru. Tym samym uzasadnione wydają się podjęte przez regulatora unijnego dalsze kroki, które miały na celu rozszerzenie prawa konsumenckiego przez ujęcie danych osobowych jako świadczenia występującego w zamian za zapłatę ceny².

Za przykład mogą posłużyć tutaj dyrektywy: Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych oraz usług cyfrowych³ oraz Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2161 z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawie lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta⁴, które to w swojej treści przewidują możliwość dostarczania przez przedsiębiorcę treści i usług cyfrowych w zamian za dostarczone przez konsumenta dane osobowe. Jak bowiem wskazano we wniosku do jednego z powyższych aktów unijnych⁵ „w gospodarce cyfrowej wartość informacji o poszczególnych osobach jest coraz częściej postrzegana przez uczestników rynku jako porównywalna z wartością pieniężną, a treści cyfrowe są często dostarczane nie w zamian

¹ Dokument Roboczy Służb Komisji, Wytyczne dotyczące wykonania/stosowania dyrektywy 2005/29 w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych, SWD(2016) 163 final, pkt 1.4.10, s. 30.

² Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych, COM(2015) 634 final, ust. 13.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz. Urz. UE 2019 L 136/1).

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2161 z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta (Dz. Urz. UE 2019 L 328/7).

⁵ Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych COM(2015) 634 final.

za pieniądze, ale za inne świadczenie niż zapłata ceny, tj. za dostęp do danych osobowych lub innych danych”. Mając powyższe na uwadze, tym bardziej uzasadniona wydaje się być decyzja Okręgowego Sądu Administracyjnego w Lacjum podtrzymująca interpretację włoskiego organu antymonopolowego kwestionującego nieodpłatność usługi świadczonej przez spółkę Facebook.

Warto jednak podkreślić, że ustawodawca unijny odżegnuje się od koncepcji utowarowienia danych. Wskazuje na to chociażby doprecyzowanie zawarte w wyżej wspomnianej dyrektywie 2019/770, które wskazuje, że dane osobowe jako dobra o szczególnym charakterze nie mogą być postrzegane jako towar, a utożsamianie ich z formą zapłaty wynika jedynie z konieczności ujednolicenia przepisów w stosunku do przedsiębiorców dostarczających treści cyfrowe w zamian za pieniądze i tych dostarczających je za gospodarczo wartościowe dane.

Podjęcie to jest niewątpliwie słuszne z perspektywy ochrony danych jako podstawowych praw człowieka. O wadze danych osobowych świadczy chociażby ich uwzględnienie w art. 16 TFUE, a dodatkowo nieodłączny związek prawa ochrony danych z podstawowymi prawami UE podkreśla fakt ich występowania w Karcie Praw Podstawowych UE⁶ (art. 8 KPP). Co więcej, nie sposób pominąć jest istotę Ogólnego rozporządzenia o ochronie danych, które stanowi wiodący akt prawny w zakresie danych osobowych i ich przetwarzania. Od wejścia w życie RODO szczególnego znaczenia nabrały zasady, takie jak minimalizacja danych, ograniczenie celu, prawo dostępu do danych, prawo do sprostowania i prawo do bycia zapomnianym. Uprawnienia te, zasadniczo odnoszą się do danych jako pewnych dóbr podlegających ochronie w kontekście prywatności. Jednak pomimo takiego ujęcia danych w przepisach rozporządzenia oraz uwzględnienia ich w gronie praw podstawowych UE, niezaprzeczalnym jest, że obecnie prawo ochrony danych osobowych może znajdować zastosowanie także w relacji przedsiębiorca-konsument. Jak bowiem wskazuje się w literaturze, niekiedy łatwiej można zastosować prawo ochrony danych osobowych zamiast prawa konsumenckiego (Kerber, 2016). Co więcej, wiele problemów związanych z ochroną danych osobowych w kontekście prywatności w sieci pokrywa się z problemami podlegającym ochronie konsumentów, a rozwiązania wykorzystywane w celu realizacji obu wyżej wymienionych systemów ochrony są do siebie zbliżone, np. badanie transparentności w zakresie gromadzenia i wykorzystywania danych, ograniczanie gromadzenia danych (Kerber, 2016). Tym samym widoczny jest ścisły związek pomiędzy regulacjami dotyczącymi ochrony konkurencji i konsumentów a rozporządzeniem. Nie tylko prawo o ochronie danych osobowych może wpływać na interpretację prawa konsumenckiego, lecz także korzystający z praw konsumentów użytkownicy mają możliwość kwestionowania nadmiernego gromadzenia ich danych osobowych. Nieproporcjonalne przetwarzanie danych jest bowiem niezgodne z prawem, a klauzule umowne nakładające na konsumentów obowiązek ujawniania nadmiernych ilości danych osobowych mogą zostać uznane jako sprzeczne z dobrą wiarą, nieuczciwe oraz niekorzystne dla konsumenta ze względu na brak równowagi między prawami i obowiązkami stron (Helberger, Reyna i Zuiderveen Borgesius, 2017). Relacja pomiędzy prawem konkurencji i konsumenta a regulacjami dotyczącymi danych osobowych nie polega bowiem na wykluczaniu się. Natomiast przyjmując, że dane mają pewną wartość, przyznaje się im przymiot, który pozwala na poszukiwanie ich ochrony nie tylko na gruncie prywatności, lecz także w innych sferach prawa. W tej materii w pełni uzasadnionym wydaje się więc

⁶ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2012 C 326/391).

przywoływany przez Administracyjny Sąd z Lacjum argument, że prawo ochrony konsumentów oraz ochrony danych osobowych są względem siebie komplementarne. O ile to pierwsze (prawo ochrony konsumentów) zostało początkowo ukierunkowane na rynek, o tyle coraz częściej postrzegane jest jako prawo podstawowe, o czym świadczy przewidziany w art. 38 KPP obowiązek zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów w politykach Unii (Graef, 2018). Pomimo jednak możliwości poszukiwania ochrony danych na innych niż prywatność płaszczyznach, wiele trudności nastęcza kwestia wskazania organu właściwego do ich ochrony. O ile bowiem działanie sprzeczne z postanowieniami RODO co do zasady podlegają ocenie Urzędu Ochrony Danych Osobowych, o tyle niejasnym jest w jakim stopniu mogłyby być one rozstrzygane przez organy antymonopolowe.

Mimo że dyskusja na temat szacowania wartości danych cyfrowych w obrębie nauk ekonomicznych wciąż trwa, nie ulega wątpliwości, że są one kluczowym zasobem dla podmiotów zarówno czerpiących przychody z przetwarzania danych, jak i wykorzystujących dane do usprawnienia procesów, produktów i usług. Podejście czysto rynkowe z racji na wiele problemów związanych z identyfikacją właściwego rynku lub spadkiem cen przez nierówną siłę negocjacyjną (Acemoglu i in., 2019) coraz częściej ustępuje analizie wartości w całym cyklu wartości danych, uwzględniającej różne możliwości monetyzacji danych i uzyskiwania przychodu (OECD, 2020).

Źródłem wartości ekonomicznej danych jest, jak w każdym innym sektorze gospodarki, połączenie w procesie produkcji kapitału i pracy. Kapitałem może być np. interfejs platformy, jednak nieoczywistym elementem jest właśnie praca informacyjna człowieka. Przyjmowanie, analiza treści i reagowanie na nie z uwagą to aktywne czynności człowieka, w toku których „zużywamy uwagę, a dane są rezultatem tej pracy, wyabstrahowaną poza samą czynność wartością” (Zygmuntowski, 2020). Usunięcie kluczowej roli użytkownika-konsumenta produkującego dane prowadzi do dematerializacji danych (Käll, 2020), umożliwia zdystansowanie ich od osób indywidualnych, procesów i materialnych warunków niezbędnych do ich produkcji; w konsekwencji wyciągając dane poza relacje społeczne, prawa i wartości (Jessop, 2007). Celem tego działania jest ustanowienie kontroli nad fikcyjnie wytworzonym towarem i ekstrakcja wartości dla zysku przez podmiot przetwarzający dane, co jest konieczne dla ekspansji kapitału (Hardt i Negri, 2017). Dlatego tak często w odniesieniu do wartości ekonomicznej danych przywołuje się także pojęcia „własności danych” i „zarządzania danymi” w sposób gwarantujący godziwe wynagrodzenie (redystrybucję wartości) za pracę informacyjną (Coyle i in., 2020).

Tym samym w odniesieniu do gospodarki cyfrowej koniecznym jest wzmocnienie stanowiska, że dane, choć nie są środkiem płatniczym, immanentnie związane są z wartością ekonomiczną wynikającą z włożonej w jej wytworzenie pracy informacyjnej konkretnego użytkownika-konsumenta. Wartość ta służy platformom do realizacji zysku przez wykorzystanie danych w procesach gospodarczych. Korzystanie z serwisu nie jest wobec tego transakcją handlową pomiędzy użytkownikiem-konsumentem a platformą, a dane nie są towarem. Konieczne jest jednak powiązanie konkretnych przychodów i co za tym idzie zysków platformy cyfrowej z danymi konkretnego użytkownika-konsumenta wykorzystywanymi do ich osiągnięcia. Platforma, przetwarzając dane użytkownika-konsumenta, osiąga wymierne korzyści (wartość użytkowa), choć właścicielem danych jest sam użytkownik. W wyniku umożliwienia przetwarzania danych osobowych następuje transfer wartości – świadczenie niepieniężne użytkownika-konsumenta względem platformy-przedsiębiorcy.

Takie podejście jednocześnie nie pozwala na potencjalnie negatywne w konsekwencjach uwarowanie danych osobowych, a jednocześnie rozwiewa wątpliwości co do właściwości prawa ochrony konkurencji i konsumentów w stosunkach użytkownik – platforma, a tym samym ogranicza sprzeczne z interesem konsumentów agresywne praktyki podmiotów cyfrowych.

IV. Wątpliwości i następstwa sprawy

Poważne wątpliwości budzi zanegowanie przez Facebook zarzutu urzędu antymonopolowego, jakoby polityka przedsiębiorcy stanowiła agresywne praktyki rynkowe. Jak podkreślał Facebook, platforma nie stosuje pre-aktywacji ani opcji *opt-in*, które miałyby automatycznie zmuszać do dzielenia się danymi użytkowników ze stronami trzecimi. Część aktywności, jak np. aktywność poza platformą (*off-Facebook*), zostawia ślady danych na każdej odwiedzanej stronie internetowej. Oznacza to komunikację obustronną, czyli nie tylko strona pobiera te dane (co stanowi naruszenie), ale Facebook je wysyła (co stanowi naruszenie i potwierdza hipotezę organu ochrony konsumentów o pewnych mechanizmach *opt-in*). Dowodem na to jest dobrze ukryta sekcja ustawień na Facebooku, gdzie można znaleźć listę stron trzecich, które komunikują się z Facebookiem. Brak wiedzy o tej wymianie to nie tylko naruszenie RODO, ale i praw konsumenta.

Co więcej, kontrowersje stanowi już sama kwestia uczciwości pozyskiwania zgody użytkownika na pobieranie, przetwarzanie oraz dalsze przekazywanie jego danych osobowych. Wiadomym jest bowiem, że korzystanie z platformy, jaką jest Facebook wiąże się z koniecznością akceptacji wszystkich warunków regulaminu strony, gdyż brak zgody na którekolwiek z zastrzeżeń platformy jednoznacznie wiązałby się z niemożliwością skorzystania z usług serwisu. Wynikająca z tej zależności obawa przed wykluczeniem powoduje, że użytkownicy godzą się na wszelkie stawiane przez platformę warunki korzystania z serwisu, narażając się tym samym na naruszanie ich prywatności i niezależności. Pojawia się zatem wątpliwość, czy praktyka cyfrowych przedsiębiorców, takich jak Facebook, polegająca na wykorzystywaniu przewagi platformy nad jej użytkownikami nie powinna być traktowana jako nieuczciwa. Zważywszy bowiem na brak możliwości ingerencji w regulamin, użytkownik, na wzór przystąpienia do umowy adhezyjnej często godzi się na niekoniecznie korzystne dla niego reguły użytkowania strony, umacniając tym samym dominującą pozycję drugiej strony. Z racji na szerokie wykorzystywanie Facebooka przez nie tylko indywidualnych konsumentów, lecz także przedsiębiorców i instytucje publiczne (samorządy, administrację centralną, spółki użyteczności publicznej), brak dostępu do platformy wiązałby się realnie z wykluczeniem nawet nie tyle cyfrowym, ile z przestrzeni publicznej w ogóle (Poell i van Dijck, 2016).

Jak wskazał w swojej glosie Marcin Kulesza, chociaż zagadnienia ukrytych kosztów i wartości ekonomicznej danych nie stanowią zupełnego *novum* w orzecznictwie, wyrok Okręgowego Sądu Administracyjnego w Lacjum należy niewątpliwie uznać za przełomowy (Kulesza, 2020). Jednak to, czy i w jakim zakresie stanie się on wiążący dla pozostałych państw członkowskich zależeć będzie od wniesienia pytania prejudycjalnego oraz jego rozstrzygnięcia przez Trybunał Sprawiedliwości. Jak bowiem wynika to z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej i ustanowionej w nim zasady lojalnej współpracy, wszystkie organy państwa, w tym sądy, muszą respektować prawo unijne, a więc również wyroki TS. Przed włoską Radą Stanu będzie stał wybór o charakterze politycznym – zdecydować samodzielnie o podtrzymaniu kary lub też wystosować pytanie

do TS, przedłużając starcie o parę lat, ale mając szansę na otrzymanie interpretacji o dużo większym znaczeniu w całej Unii. Niezależnie od dalszych losów tej sprawy, niewątpliwie stanowi ona wskazówkę oraz potwierdzenie tezy, że otwieranie postępowania przeciwko cyfrowej platformie jest uzasadnione i wskazane w świetle interesu publicznego.

V. Podsumowanie

Decyzje włoskich instytucji potwierdzają, że dane użytkowników-konsumentów mają wartość ekonomiczną oraz że mają wobec nich zastosowanie nie tylko przepisy o ochronie prywatności, lecz także chroniące interesów konsumentów i praw do jasnej, kompletnej informacji o wymianie handlowej. Ochrona danych osobowych, jaką znajdujemy np. w RODO, nie wyklucza możliwości stosowania regulacji dotyczących ochrony konsumentów. Jak już zostało wskazane, w przypadku działalności platform cyfrowych powyższe reżimy prawne mogą być wykorzystywane równolegle i uzupełniająco. Dane bowiem, poza ich oczywistym, zbliżonym do dóbr osobistych charakterem, stanowią także dobra o wysokiej wartości ekonomicznej. Tym samym mogą być one wykorzystywane przez podmioty cyfrowe zarówno do generowania ogromnych zysków, jak i do budowania przewagi rynkowej nad konsumentami oraz innymi konkurentami. Z tego względu istotnym jest, aby jednoznacznie uznać ekonomiczny aspekt danych osobowych oraz przyjąć stanowisko, że jeżeli platformy są w stanie osiągać przychody przez ich przetwarzanie, to użytkownicy-konsumentów powinni być świadomi tego, ile *de facto* płacą za korzystanie z serwisu. Podejście to, choć dosyć kontrowersyjne i krytykowane przez unijne organy ochrony danych osobowych⁷, wydaje się w pełni uzasadnione na gruncie gospodarki cyfrowej. Nie oznacza to traktowania danych jako towaru, ale właściwym byłoby uznanie, że umożliwienie przez użytkownika-konsumenta przetwarzania danych w procesach gospodarczych jest w istocie świadczeniem niepieniężnym na rzecz platformy-przedsiębiorcy.

Postępujący proces konwergencji technologicznej oraz stały wzrost popularności nowych modeli biznesowych opartych na Big Data sprawiają, że cyfrowi przedsiębiorcy wykorzystują zależność użytkowników od usług świadczonych w sieci. Wobec czego platformy, takie jak Facebook i Google do granic możliwości naginają reguły uczciwej konkurencji oraz prawa konsumentów. Koniecznym jest więc podjęcie zdecydowanych kroków w celu zniwelowania przewagi ekonomicznej i informacyjnej podmiotów cyfrowych oraz zwiększenie równowagi między platformą a użytkownikami serwisu. Warto bowiem zauważyć, że określenie wartości danych osobowych przekładać się może na autonomię stron (Bedir, 2020). Użytkownik-konsument z natury stosunku prawnego jest słabszą stroną czynności prawnej z platformą-przedsiębiorcą. Dysproporcja pogłębia się dodatkowo w związku z nieznaną wartością świadczonej przez użytkownika usługi udostępniania danych. Tak znaczna nierównowaga sił natomiast przekłada się na ograniczenie swobody użytkownika oraz wzrost jego uzależnienia od lepiej obeznanego na rynku przedsiębiorcy. Użytkownik, nie znając konkretnej wartości swoich danych pozbawiony jest więc podstawowej wiedzy, jaka przysługuje konsumentowi w tradycyjnym obrocie, a tym samym, jak już zostało wyżej wspomniane, znajduje się w znacznie słabszej pozycji niż operator platformy. Celem prawa

⁷ Europejski Inspektor Ochrony Danych odnosi się szczególnie krytycznie do koncepcji traktowania danych osobowych jako przedmiotu umowy wzajemnej („płacenie danymi” zamiast pieniędzmi) oraz jest zdania, że dane osobowe można postrzegać wyłącznie z perspektywy praw podstawowych, a zatem nie można na nich zarabiać. *EP Briefing, EU Legislation in Progress, Contracts for the supply of digital content and digital services*, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635601/EPRS_BRI\(2019\)635601_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635601/EPRS_BRI(2019)635601_EN.pdf).

ochrony konsumentów oraz przepisów dotyczących nieuczciwych praktyk rynkowych jest promowanie uczciwości oraz ważenie praw i obowiązków stron, zwłaszcza w sytuacjach, w których konsument znajduje się na słabszej pozycji negocjacyjnej. O ile dyrektywa w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych stanowi odpowiedź na pojawiające się od dłuższego czasu głosy, jakby dane stanowiły środek transakcyjny w sieci, o tyle użytkownicy nie znają wartości swoich danych, a tym samym nie dysponują dostateczną wiedzą w zakresie tego, jakie są rzeczywiste koszty korzystania z serwisu. Taki stan rzeczy powoduje, że dodatkowo pogłębia się nierównowaga stron, a umocnieniu ulega pozycja platformy-przedsiębiorcy, który wykorzystując niewiedzę konsumenta, może uciekać się do godzących interesy w użytkownika praktyk.

Koniecznym jest więc, aby unijne i krajowe organy, biorąc za przykład stanowisko włoskiego urzędu antymonopolowego, przyjęły bardziej wszechstronne spojrzenie na dane, uwzględniające nie tylko zagadnienia dotyczące ochrony prywatności internautów, lecz także kwestie ich bezpieczeństwa jako użytkowników-konsumentów. Praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej są objęte ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, a zdolność organów do ingerencji w działalność podmiotów zagranicznych podkreśla fakt, że zgodnie z koncepcją jednego organizmu gospodarczego (*single economic unit*) możliwym jest nakładanie kar pieniężnych na filie krajowe bezpośrednio odpowiedzialne za naruszenie, jak również na spółki-matki zajmujące się kontrolą przedsiębiorstw zależnych (Semaniuk, 2018). Tym samym „obowiązująca w polskim prawie konkurencji i ochrony konsumentów, podobnie jak i w prawie unijnym zasada eksterytorialności pozwala na poddanie ocenie prawa krajowego określonych czynności (zakazanych praktyk), nawet jeżeli działania te zostały podjęte przez przedsiębiorców, z których żaden – na gruncie innych przepisów prawnych – nie podlega prawu krajowemu (polskiemu)”⁸. Mając na uwadze niską świadomość społeczną w zakresie gospodarki cyfrowej oraz powszechność nadużywania niewiedzy konsumentów w sieci, koniecznym jest, aby organy krajowe podjęły aktywne działania mające na celu przeciwdziałanie sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami nieuczciwym zabiegom dużych platform cyfrowych. Mowa tutaj o sankcjonowaniu naruszeń przedsiębiorców (*ex post*) oraz zapobieganiu ich pojawieniu się (*ex ante*) zarówno w kontekście prawa ochrony danych osobowych, jak i prawa ochrony konkurencji i konsumentów.

Bibliografia

- Acemoglu, D., Makhdoumi, A., Malekian, A. i Ozdaglar, A. (2019). Too Much Data: Prices and Inefficiencies in Data Markets. *NBER Working Paper*, 26296. <https://doi.org/10.3386/w26296>.
- Bedir, C. (2020). Contract Law in the Age of Big Data. *European Review of Contract Law*, 16(3).
- Costa-Cabral, F. i Lyskey, O. (2019). *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law*. London School of Economics.
- Coyle, D., Diepeveen, S., Wdowin, J., Kay, L., i Tennison, J. (2020). *The Value of Data: Policy Implications*. Bennett Institute, University of Cambridge, Open Data Institute. February. Pozyskano z: https://www.bennettinstitute.cam.ac.uk/media/uploads/files/Value_of_data_Policy_Implications_Report_26_Feb_ok4noWn.pdf.

⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 14 grudnia 2019 r., RGD – 8/2019.

- Graef, I. (2018). Blurring Boundaries of Consumer Welfare: How to Create Synergies Between Competition, Consumer and Data Protection Law in Digital Markets. W: M. Bakhroum, B. Conde Gallego, M.O. Mackenrodt, G. Surblytė-Namavičienė (red.), *Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law* (pp 121–151). Springer Verlag.
- Hardt, M. i Negri, A. (2017). *Assembly*. Oxford University Press.
- Helberger N., Reyna, A. i Zuiderveen Borgesius, F. (2017). The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law. *Common Market Law Review*, 54(5).
- Jessop, B. (2007). Knowledge as a Fictitious Commodity: Insights and Limits of a Polanyian Perspective. W: A. Buğra & K. Ağartan (red.), *Reading Karl Polanyi for the Twenty-First Century* (s. 115–133). Palgrave Macmillan USA. https://doi.org/10.1057/9780230607187_7
- Käll, J. (2020). The Materiality of Data as Property. *Harvard International Law Journal*, 61. Pozyskano z: https://harvardilj.org/2020/04/the-materiality-of-data-as-property/#_ftn8.
- Kerber, W. (2016). Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 11(11), 856–866.
- Kulesza, M. (2020). *Odpłatny charakter „darmowych” usług Facebooka*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2020, nr 4(9).
- Nemitz, P. (2018). Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence. *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, 376(2133), 20180089. <https://doi.org/10.1098/rsta.2018.0089>.
- OECD. (2020). Measuring The Economic Value of Data and Crossborder Data Flows. *OECD Digital Economy Papers*, 297.
- Poell, T. i van Dijck, J. (2016). Constructing Public Space: Global Perspectives on Social Media and Popular Contestation – Introduction. *International Journal of Communications*, 10.
- Semeniuk, P. (2018). *Transgraniczne i międzynarodowe aspekty stosowania prawa konkurencji przez Prezesa UOKiK*. Pozyskano z: https://www.pomysloprzyszlosci.org/att/pdf/UOKiK_02_2018.pdf.
- Zygmuntowski, J.J. (2020). *Kapitalizm sieci*. Warszawa: Wydawnictwo Roz:Ruch.