

Damian Kazimierski*

Próby zdefiniowania pojęcia *dark patterns* w doktrynie i aktywności organów państw członkowskich Unii Europejskiej

Streszczenie

Celem artykułu jest prześledzenie różnego sposobu definiowania pojęcia *dark patterns* w doktrynie oraz orzecznictwie organów działających na terytorium Unii Europejskiej, szczególnie z polskiej perspektywy. Publikacja porusza kwestię głównych elementów pojęcia, a także wskazuje przesłanki, co do których nie istnieje konsensus w środowisku naukowym i w decyzjach organów. Należą do nich przede wszystkim wymóg umyślności stosowania socjotechnik w celu skłonienia użytkownika strony internetowej lub aplikacji do podjęcia oczekiwanej decyzji, a także przesłanka wystąpienia szkody (potencjalnej lub realnej) po stronie gorzej poinformowanej.

Słowa kluczowe: *dark patterns*; dane osobowe; prawa konsumentów; projektowanie graficzne; interfejsy internetowe; praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów.

Attempts to define the concept of ‘dark patterns’ in the doctrine and activities of authorities of EU Member States

Abstract

The aim of the paper is to trace the different ways of defining the concept of ‘dark patterns’ in the doctrine and decisional practice of authorities operating within the territory of the European Union, with particular attention placed on the Polish perspective. The publication addresses the main elements of this notion, and indicates the premises that lack consensus in the academic community and in the decisional practices of the authorities. These include, first of all, the requirement of intentionality of the use of social engineering in order to induce the user of a website or application to take the expected decision, as well as the premise of the occurrence of harm (potential or real) on the part of the less informed party.

Keywords: dark patterns; personal data; consumer rights; graphic design; web interfaces; practices infringing the collective interests of consumers.

JEL: K21, K24

* Student V roku prawa; Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski; podreferendarz w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów; e-mail: d.kazimiers2@student.uw.edu.pl. <https://orcid.org/0009-0006-0509-3375>.

I. Uwagi wstępne

Pojęcie *dark patterns* (dosł. ciemne wzorce projektowe) używane jest na określenie interfejsów, które za pomocą różnego rodzaju socjotechnik skłaniają użytkowników platformy lub aplikacji do podjęcia oczekiwanej przez twórcę aktywności. Pojęcie to coraz częściej pojawia się w dyskursie dotyczącym ochrony danych osobowych, kieruje się na nie uwaga przedsiębiorców działających w Internecie, a duże kancelarie prawne starają się wpisać w trend, oferując informacje na temat „zwodniczych interfejsów”¹. Jak nierzadko się zdarza, pojęcie z zakresu problematyki projektowania stron internetowych używane raczej grafików i przedsiębiorców, pojawia się w kręgu zainteresowania urzędników, prawnicy zaś (zarówno akademicy, jak praktycy) zauważają potrzebę uregulowania oceny prawnej specyficznych działań używanych na stronach internetowych.

Zauważa się, że *dark patterns* mogą stanowić naruszenie praw konsumentów², gdy wzór projektowy ma na celu doprowadzenie do niechcianego zakupu lub wyrażenia zgody na otrzymywanie informacji marketingowych, a także do naruszenia przepisów dotyczących wyrażania zgody na przekazywanie danych osobowych³. W dobie powszechnych zakupów online za pomocą platform internetowych, a także wobec masowości korzystania z mediów społecznościowych problem *dark patterns* staje się problemem masowym. Według raportu „E-commerce w Polsce 2023” opublikowanego przez Gemius Polska we współpracy merytorycznej Polskich Badań Internetu oraz IAB Polska – 79% Polaków robi zakupy w sieci (Gemius S.A., 2023, s. 66). Warto zauważyć, że ten wysoki, oscylujący na poziomie ok. 3/4 respondentów, odsetek utrzymuje się od czasu pandemii COVID-19⁴, nie jest więc zjawiskiem, którego spadku powinno się oczekiwać w najbliższych latach. Opublikowany również przez Gemius Polska raport „Social Media 2023” podaje natomiast, że aż 28 milionów Polaków korzysta z mediów społecznościowych (Gemius S.A., 2023a, s. 5), natomiast czas poświęcany na korzystanie z social mediów jest odwrotnie proporcjonalny do wieku, a zatem liczba ta będzie rosła (Gemius S.A., 2023a, s. 33). Przytoczone dane pokazują, że z *dark patterns* będzie się spotykać coraz szersze grono osób. Szczególnie że korzystanie ze zwodniczych interfejsów nie jest zjawiskiem rzadkim. Według kontroli przeprowadzonej w 2022 roku przez Komisję Europejską przy udziale sieci CPC (ang. Consumer Protection Cooperation, sieć organów ochrony konsumentów państw UE i EOG) 148 z 399 skontrolowanych stron internetowych, a zatem niemal 40%, stosowało działania *dark patterns*⁵. Można zatem zaryzykować stwierdzenie, że każdy internauta się z nimi zetknie. W tym przypadku powszechność danych zachowań powoduje wzmożone zainteresowanie potencjalnie niedozwolonym sposobem prezentowania treści.

W artykule podjęto się próby prześledzenia działalności doktryny i organów ochrony konsumentów oraz ochrony danych osobowych w zakresie definiowania tego zjawiska. Przenoszenie kolejnych elementów życia gospodarczego i publicznego do ogólnoświatowej sieci, jaką jest Internet, powoduje, że *dark patterns* jest tematem publikacji na całym świecie. Dlatego ze względu

¹ *Dark patterns* bywa również tłumaczone na język polski jako „zwodnicze interfejsy”.

² Wpis w zakładce „Aktualności” na stronie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; zob. https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=19377 (25.02.2024).

³ 14 marca 2022 r., podczas 62. posiedzenia plenarnego, Europejska Rada Ochrony Danych przyjęła wytyczne w sprawie tzw. *dark patterns* w interfejsach platform społecznościowych. Wytyczne dostępne są na stronie EROD https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-022022-application-article-60-gdpr_en (07.10.2024).

⁴ W roku 2020 było to 73% (Gemius S.A., 2020, s. 80); natomiast w latach 2021–2022 odsetek ten kształtował się na poziomie 77% (Gemius S.A., 2021; 2022).

⁵ Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dn. 30.01.2023 r. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_418 (25.02.2024).

na obszerności materii, przegląd będzie powierzchowny i mający na celu prześledzenie wypracowanej definicji zjawiska, jakim jest stosowanie ciemnych wzorców projektowych na wybranych przykładach.

II. Definicje wykształcone przez doktrynę

Na wstępie należy zauważyć, że dorobek doktryny w zakresie definiowania zjawiska *dark patterns* jest dość ubogi. W 2022 roku opublikowano nagrodzoną przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów pracę magisterską Szoty (2022) pt.: „*Dark patterns* a ochrona konsumenta w świetle polskiego prawa”, która kompleksowo analizuje możliwość prawnej analizy tego problemu w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także przepisów prawa prywatnego. Niemniej zauważalna jest potrzeba stworzenia spójnej definicji *dark patterns* i, o ile nie stanie się tak na gruncie ustawy, należałoby oczekiwać wykształcenia przez orzecznictwo – czy to organów ochrony, czy to przez judykaturę – pewnego konsensu, czym właściwie to zjawisko jest. Możliwe, że w miarę wydawania kolejnych decyzji przez Prezesa UOKiK lub UODO oraz odwołań od nich do sądów to nastąpi.

Amerykański wykładowca akademicki i prawnik, Strahilevitz, podczas wykładu wygłoszonego w 2020 roku na Uniwersytecie w Chicago zdefiniował *dark patterns* jako „interfejs, który dezorientuje użytkowników, utrudnia im wyrażenie ich rzeczywistych preferencji lub zmusza ich do podjęcia działań, których woleliby nie podejmować” (Strahilevitz, 2020; Luguri i Strahilevitz, 2021). Definicja ta wydaje się w dużej mierze odpowiadać rzeczywistości. Jak słusznie podkreśla Szota, specyfiką tego zjawiska, a co odróżnia go od nieodpowiednio zaprojektowanych stron internetowych, jest celowość działania, świadomość mechanizmów socjotechnicznych, które stymulowane są poprzez takie stworzenie interfejsu, które skłoni odbiorcę do podjęcia interakcji z systemem przynoszącej korzyść, zazwyczaj majątkową, właścicielowi portalu lub aplikacji (Szota, 2022, s. 12).

III. Definiowanie zjawiska *dark patterns* w aktach *soft law* Unii Europejskiej

Próby zdefiniowania pojęcia podejmowała także Komisja Europejska, która w wytycznych dotyczących stosowania dyrektywy dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych 2005/29/EC z dnia 29 grudnia 2021 r. opisuje *dark pattern* jako „złośliwe, wprowadzające w błąd działanie, polegające na sposobie projektowania wyglądu interfejsów”⁶. Ponadto w tekście pojawiają się przykłady tego typu zachowań: „Praktyki manipulacyjne mogą obejmować zasłanianie ważnych informacji lub uporządkowanie ich w taki sposób, aby promować konkretną opcję (np. jeden przycisk bardzo widoczny, inny ukryty; jedna ścieżka bardzo długa, inna krótsza), jak również stosowanie podchwytliwych pytań i dwuznacznego języka (np. podwójne przeczenie) w celu zmylenia konsumenta”⁷. Ostatniego z podanych przez KE przykładów (użycie podwójnych przeczeń) na polskojęzycznych stronach nie należałoby raczej uważać za manipulację, ponieważ w gramatyce języka polskiego podwójne przeczenia są znane i używane powszechnie (np. nie wiem

⁶ Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym (Tekst mający znaczenie dla EOG) (2021/C 526/01) (Dz. Urz. UE C 2021 Nr 526, str. 1).

⁷ Tamże.

nic). Jednakże samo używanie podchwytliwych konstrukcji i tworzenie komunikatów w sposób dwuznaczny zachowuje swój wprowadzający w błąd charakter. Komisja Europejska, podobnie jak wspomniana wyżej doktryna, także podkreśla umyślność i nastawienie na skutek stosowania wzorców projektowych w postaci zmylenia konsumenta. Ponadto traktuje *dark patterns* jako potencjalne działanie lub zaniechanie wprowadzające w błąd, zakazane na mocy odpowiednio art. 6 i 7 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych⁸.

Nad definicją pochylała się także Europejska Rada Ochrony Danych, która w wytycznych 3/2022 określenie *deceptive design patterns* definiuje jako interfejsy i doświadczenia użytkowników platform mediów społecznościowych, prowadzące użytkownika do podejmowania niezamierzonych, niechcianych i potencjalnie szkodliwych decyzji (*unintended, unwilling and potentially harmful decisions*) dotyczących przetwarzania ich danych osobowych⁹. Rada podała także sześć, w jej opinii najważniejszych przez częstość występowania, przykładów tego typu zachowań¹⁰ – są to:

- przeciążanie (*overloading*), polegające na konfrontowaniu, „zalewaniu” użytkowników dużą liczbą informacji, co zniechęca do zapoznania się z nimi; a także wielokrotne prośzenie o wyrażenie zgody;
- pomijanie (*skipping*), oznaczające takie zaprojektowanie ścieżki czynności, by sprawić, że odbiorca zapomni o niektórych aspektach przetwarzania danych;
- poruszanie emocji (*stirring*), a zatem odwoływanie się w komunikacie do aspektów pozamerytorycznych; przykładem może być tutaj zastępowanie opcji „nie wyrażam zgody” tekstem *No thanks, I prefer to be miserable in the morning* („Nie, dziękuję, wolę być nieszczęśliwym o poranku”)¹¹;
- utrudnianie (*obstructing*) lub uniemożliwianie otrzymania informacji o przetwarzaniu danych bądź zarządzania swoimi danymi;
- mataczenie (*fickle*), czyli tworzenie interfejsu jako niejasnego i niespójnego, co utrudnia poruszanie się i zrozumienie celu przetwarzania danych;
- pozostawianie w niewiedzy (*left in the dark*), czyli ukrywanie informacji lub narzędzi kontroli przysługujących użytkownikowi.

Można również zauważyć, że nie tylko organy ochrony danych osobowych i ochrony konsumentów zauważają problem, jakim jest rosnąca liczba stron korzystających z nieodpowiednio zaprojektowanych interfejsów. Tego typu zachowania potępił także Federalny Urząd Nadzoru Finansowego (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, BaFin), który w komunikacie prasowym opublikowanym w zakładce Aktualności (*Aktuelles*) w dniu 21 listopada 2022 r. pisał: „korzystanie z *dark patterns* w aplikacjach handlowych lub portalach handlowych jest zatem wprowadzające w błąd i nieuczciwe, a zatem niedopuszczalne w związku z usługami inwestycyjnymi”¹². Wpis ten zawiera także niezwykle przydatną i zwięzłą definicję *dark patterns*¹³: „*Dark patterns* mają miejsce, gdy poszczególne przyciski w środowisku decyzyjnym aplikacji lub stron internetowych

⁸ Dz. Urz. UE L 2005 Nr 149, str. 22 z późn. zm.

⁹ *Guidelines 03/2022 on Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them*, s. 3. Pozyskano z: <https://uodo.gov.pl/file/4287> (25.02.2024).

¹⁰ Tamże, s. 3–4.

¹¹ Przykład za stroną UX² Dark Patterns zob. <https://darkpatterns.uxp2.com/pattern/the-skimm-emotional-manipulation/>.

¹² Komunikat prasowy z dn. 21.11.2022. Pozyskany z: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2022/meldung_2022_11_21_Dark_Patterns_in_TradingApps_Experten.html (25.02.2024).

¹³ BaFin stosuje, podobnie jak inne organy, bezpośrednio wyrażenie angielskie, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

są zaprojektowane ze znacznie niższym kontrastem, wyszarzone lub przezroczyste w porównaniu z innymi, tj. są mniej zauważalne dla użytkowników. Może to prowadzić do tego, że konsumenci nie będą w pełni dostrzegać i rozważać innych opcji działania¹⁴ – czytamy w komunikacie. Aktywność BaFin na tym polu pozwala żywić nadzieję, że problem ciemnych wzorców projektowych będzie analizowany także przez organy administracji powołane do innych celów niż ochrona prawa konsumentów lub ochrona danych osobowych.

IV. Definicje pojawiające się w praktyce decyzyjnej organów – case study

1. Uwagi dotyczące aktywności organów

Po analizie głównych nurtów definiowania pojęcia *dark patterns* w działaniach organów, które można określić mianem *soft law*, należałoby pochylić się nad orzecznictwem dotyczącym interesującego nas zjawiska. O ile wytyczne i komunikaty często traktowane są na równi z *hard law*¹⁵, o tyle największe znaczenie mają decyzje organów oraz wyroki sądów. Sprawują one ważną funkcję, zastępują bowiem niejako nowe akty prawne poprzez takie wyinterpretowanie obecnych, by obejmować nimi także nieznane pojęcia, przed którymi stoi prawo, a które nie zdążyły jeszcze być podjętymi przez legislaturę.

Zdecydowanie bardziej można to zauważyć w systemie *common law*, choć również w systemie prawa kontynentalnego, do którego należy także Polska, tego typu mechanizmy są zauważalne i należałoby je, z zachowaniem daleko posuniętej ostrożności, uznać za pożądane. Szybko zmieniające się realia, w których żyją i działają obywatele, postęp technologiczny, czy pojawiające się kolejno odkrycia i wynalazki powodują, że konstytucyjne organy odpowiedzialne za przyjmowanie prawa nie nadążają z regulacją nowych, wcześniej nieznanymi, a stojących przed obywatelami wyzwań. Nieoceniona jest tu rola organów stosujących prawo, które z racji pewnego rozproszenia i znacznie większego wyspecjalizowania są w stanie reagować na zjawiska znacznie szybciej i zdecydowanie bardziej efektywnie niż można byłoby tego oczekiwać od legislatury.

Dlatego nie tylko konieczne, lecz także pożądane jest, by organy, w tym organy zajmujące się ochroną praw konsumentów, aktywnie monitorowały rozwój technologii oraz zachowania w przestrzeni internetowej i interpretowały je pod kątem istniejących już regulacji. Jak zauważa w swojej pracy Szota, nawet bez dodatkowych przepisów, konsumenci są objęci ochroną przed zastosowaniem *dark patterns* (Szota, 2022, s. 78). Niemniej niezbędnym jest także, by organy aktywnie działały na polu definiowania nowych zjawisk (w tym m.in. zjawiska *dark patterns*), tworząc wytyczne i przedstawiając sposób, w jaki będą stosować prawo, nakładając na siebie niejako ograniczenie niewynikające wprost z ustawy, a będące odpowiednikiem, używanej szeroko w prawie podatkowym, interpretacji ogólnej przepisów. W zakresie poszukiwania definicji przedstawianego zjawiska, warto przejrzeć choć kilka decyzji, które poruszały temat interfejsów.

¹⁴ Komunikat prasowy z dn. 21.11.2022, op. cit.

¹⁵ Ważny w tej materii jest artykuł J. Chrostka (2022).

2. Decyzja Garante per la protezione dei dati personali

Decyzja z 23 lutego 2023 r, którą wydał włoski organ ochrony danych osobowych Garante per la protezione dei dati personali (dalej: Garante) w sprawie *Ediscom S.p.A.* na gruncie przepisów krajowych oraz przepisów unijnych, mianowicie rozporządzenia 2016/679 (RODO) jest przykładem o tyle ciekawym, że bodaj po raz pierwszy w historii włoskich organów administracji w treści decyzji pojawiły się tu ilustracje, o których będzie jednak mowa poniżej. Organ użył w tekście decyzji angielskiego wyrażenia *dark patterns*, które przetłumaczył jako *modelli oscuri*, a zatem model, który jest niejasny, mętny. Jest to niewątpliwie tłumaczenie dość literalne. W dalszej części tekstu Garante używa zamiennie określenia *modelli oscuri* i jego angielskiej wersji, zwłaszcza w kontekście wytycznych Europejskiej Rady Ochrony Danych, które były już przedmiotem niniejszych rozważań.

Zakwestionowany sposób prezentacji treści, zgodnie z opisem z punktu 2.1.1 decyzji, zdaje się opierać na dwóch rodzajach wzorców projektowych wskazywanych przez EROD – przeciążaniu (*overloading*) i utrudnianiu (*obstructing*). Jak czytamy w treści decyzji: „Na niektórych zbadanych portalach, podczas procesu rejestracji, osoba, której dane dotyczą, była proszona o wyrażenie konkretnej zgody na przetwarzanie danych przez Ediscom w celach marketingowych i komunikację ze stronami trzecimi w celach marketingowych. Jeśli jedno z dwóch pól nie zostało zaznaczone, wyświetlane było okienko podkreślające brak zgody i przedstawiające wyraźny przycisk do zaakceptowania przetwarzania. Link do kontynuowania bez akceptacji został umieszczony na dole, poza wyskakującym okienkiem, w postaci zwykłego tekstu (bez graficznego formatu przycisku) napisanego czcionką mniejszą niż reszta tekstu i, będąc nałożoną, prawie niewidoczną”¹⁶.

Co ciekawe, wspomniana decyzja Garante została uzupełniona o zrzuty ekranu ilustrujące wygląd i sposób działania stosowanych przez spółkę Ediscom *dark patterns*. Wydaje się, że może być to dobry krok w kierunku zmiany myślenia o tego typu aktach stosowania prawa, coraz więcej zachowań, a co za tym idzie – także naruszeń będzie się bowiem przenosiło do Internetu, w którym działania zdecydowanie łatwiej będzie obrazować graficznie zamiast opisywać kolejno wyświetlające się plansze. Z podobnego założenia musiała wyjść katowicka delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ponieważ w wydanej przez Prezesa UOKiK decyzji z września 2023 r. nr RKT-7/2023 również umieściła ilustracje. W przyszłości podobną rewolucją w myśleniu o treści decyzji może być zamieszczanie nie tylko zdjęć, lecz także nagrań prezentujących np. rozpraszające ruchome elementy graficzne stron internetowych czy automatyczne ich przewijanie w celu ukrycia jakiejś treści.

Garante nie zdecydował się na podanie definicji niejasnego wzorca projektowego, jednak treść decyzji sugeruje, w jaki sposób organ rozumie pojęcie *dark pattern*. Zakwestionowany został sposób zwracania się z prośbą o wyrażenie zgody na zbieranie i przetwarzanie danych osobowych, który opierał się na stosowaniu metod graficznych utrudniających odmówienie. Istotne w spełnieniu tej przesłanki były dwa elementy: stosowanie różnej wielkości fontów oraz prezentowanie wyłącznie jednej opcji w postaci przycisku. Użyta czcionka dla opcji niewyrażenia zgody na przetwarzanie danych była o około 1/3 mniejsza od czcionki użytej dla opcji wyrażenia zgody. W obu przypadkach litery były koloru białego, jednak napis *Clicca per accettare* („Naciśnij, by

¹⁶ Dec. Garante per la protezione dei dati personali w sprawie *Ediscom S.p.A.* z dn. 23.2.2023, nr 9870014 (pkt. 2.1.1).

akceptować”) umieszczony był na kontrastowym, zielonym tle w kształcie prostokąta, który użytkownikowi miał się kojarzyć i rzeczywiście się kojarzył z używanymi powszechnie na stronach internetowych przyciskami, umożliwiającymi czy nawet wręcz zachęcającymi do ich naciśnięcia. Służył temu przede wszystkim intensywny, dobrze kojarzący się kolor – jasny zielony, który mózg odbiera jako oznaczający coś pozytywnego, odpowiedniego i niebudzącego złych skojarzeń. Jako jedyny przycisk umieszczony w wyświetlającej się planszy na tle przyszarzonej strony mógł stwarzać wrażenie, że jego wybór, zaakceptowanie tym samym sposobu przetwarzania danych przez właściciela strony internetowej, jest niezbędne, by móc kontynuować przeglądanie portalu. Z kolei tekst, który należało nacisnąć w celu przejścia do przeglądania treści strony internetowej bez wyrażania zgody na politykę przetwarzania danych przez Ediscom, oprócz mniejszego formatu, o czym była mowa powyżej, umieszczony był pod oknem z informacjami o sposobie przetwarzania danych, a zatem nakładał się na wyszarzony tekst portalu. Zabieg ten spowodował, że napis był znacznie mniej widoczny, trudny do przeczytania, a także poprzez zastosowanie niewielkiej czcionki, umiejscowienie i kolor mógł wydawać się komunikatem nieistotnym, nieczytanym lub czytany pobieżnie, bez śledzenia jego treści. Zwłaszcza prezentacja opcji nie w formie przycisku, a zwykłej linijki napisów wydaje się znacznym utrudnieniem dla użytkownika, które stworzyli projektanci strony www. Prosty tekst nie dawał wrażenia czegoś, co może zostać wybrane i dawać dostęp do pełnej treści portalu.

Ważnym elementem definicji, którą Garante zdaje się przyjmować, są wspomniane już przy omówieniu rozumienia pojęcia w *soft law* oraz w doktrynie, umyślność i nakierowanie na cel, jakim jest wywołanie skutku w postaci wybrania opcji zgody nieświadomie lub przy niewielkiej świadomości. W punkcie 4.1 decyzji czytamy: „w interfejsach graficznych ocenianych przez Urząd, dla których zastosowano potencjalnie zwodnicze mechanizmy, intencjonalność, a zatem wiedza o tym, co jest realizowane, była dość oczywista”. Garante przypisuje tworzącym stronę intencjonalne działanie mające na celu ukrycie pewnych opcji lub utrudnienie ich wybrania. Wielu użytkowników, nawet tych świadomie niezgadających się na politykę przedsiębiorcy, wyraziłaby na nią zgodę, ponieważ nie widzieliby innej możliwości, a chcieliby zapoznać się z oferowanymi treściami.

Organ zauważył także dość istotny aspekt całego proceduru – świadomość mechanizmów psychologicznych, które stoją za skutecznością *dark patterns*. Zmylenie użytkowników jest poprzedzone badaniami ich praktyk i zachowań, a projektanci witryn muszą ściśle współpracować zarówno z pracownikami działów odpowiedzialnych za marketing czy promocję, jak i ze specjalistami z zakresu psychologii w biznesie. Świadomość faktu, że klienci odczuwają niechęć do niedużych liter i informacji spisywanych „drobnym druczkiem”, a także długich tekstów (np. regulaminów; zob. Kowalska, 2022), skłania do wykorzystywania tej wiedzy w celu uzyskania zgody bez rzeczywistej świadomości zgadzającego się. Garante nie pozostawia co do tego wątpliwości: „celowy wybór graficznej realizacji danego interfejsu zakłada również znajomość mechanizmów, które oddziałują na zdolności poznawcze użytkownika, dlatego nawet nie chcąc nadawać nazwy takim mechanizmom, nie można nie założyć, że zostały one przyjęte w celu obejścia woli użytkowników”¹⁷.

¹⁷ Dec. Garante per la protezione dei dati personali, op. cit., pkt 4.1.

3. Definicje w decyzjach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Decyzja *Garante per la protezione dei dati personali* odbiła się szerokim echem na świecie, m.in. na portalach branżowych śledzących sposoby ochrony danych osobowych w Internecie. W Polsce również pojawiają się przykłady rozstrzygnięć dotyczących zjawiska *dark patterns*, jak np. rozstrzygnięcia z zakresu ochrony konsumentów przed niejasnymi wzorcami projektowymi. Prezes UOKiK podjął już kilka tego typu decyzji, możliwe jest zatem prześledzenie sposobu jego definiowania przez urzędników polskich.

Jest to definicja co do zasady szersza niż ta przyjęta przez włoski organ lub ta, która jest przedmiotem interpretacji ze strony doktryny. W orzecznictwie polskiego organu antymonopolowego – Prezesa UOKiK – we wrześniu 2023 r. pojawiły się dwie decyzje, w których użyty został termin *dark patterns*. Warto odnotować, że termin został użyty w oryginalnym brzmieniu, w języku angielskim. W rozstrzygnięciu nr RKT-7/2023 pojawiło się tłumaczenie „zwodnicze interfejsy”, które wydaje się tyleż precyzyjne, co niezręczne. Niemniej dość dobrze odzwierciedla znaczenie, które niesie angielskie wyrażenie. Cieszy rezygnacja z określenia „ciemny wzorec projektowy”, który polskiemu konsumentowi musi wydać się jeszcze mniej zrozumiały niż „zwodniczy interfejs”, gdyż w języku polskim przymiotnik „ciemny” ma przede wszystkim znaczenie związane z oświetleniem lub barwą, a definicję „niebudzący zaufania” *internetowy Słownik Języka Polskiego PWN* podaje dopiero na miejscu szóstym¹⁸. Zdecydowanie odpowiedniejszym byłby przymiotnik „niejasny”, który nasuwa skojarzenie z czymś zawiłym lub niezrozumiałym¹⁹.

W omawianej decyzji nr RKT-7/2023 nałożono karę na spółkę *Natural Pharmaceuticals* za wprowadzanie w błąd konsumentów, mianowicie między innymi: „nietransparentne informowanie konsumentów, że elementem złożonego przez nich zamówienia jest subskrypcja suplementów diety”²⁰, „przedstawianie konsumentom [...] potwierdzenia zamówienia darmowej próbki danego produktu z równoczesną ofertą specjalną odpłatnej wersji produktu, w sposób mogący sugerować, iż naciśnięcie przycisku z potwierdzeniem zamówienia odnosi się do pierwotnej oferty nabycia darmowej próbki”²¹ oraz przedstawianie ogólnej liczby zadowolonych klientów przedsiębiorcy w taki sposób, by sugerować, że liczba ta odnosi się do zadowolonych nabywców oglądanego produktu²². Prezes zauważył, że „działanie Spółki w odniesieniu do architektury strony internetowej należy potraktować jako nieuczciwe, noszące cechy tzw. *dark patterns* (zwodniczych interfejsów) dotyczących subskrypcji”²³ oraz odniósł się do roboczej definicji tego zjawiska wypracowanej przez Komitet OECD (Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju) do spraw Strategii Konsumentckiej, a także do pierwszego użycia tego określenia przez Brignulla. We wspomnianym raporcie Komitet przyjmuje definicję „praktyki biznesowe, wykorzystujące elementy architektury cyfrowej umożliwiającej konsumentom wybór, zwłaszcza interfejsy stron internetowych, które wpływają negatywnie na autonomię konsumentów, podejmowanie przez nich decyzji lub dokonywanie wyboru. Często praktyki te mają manipulacyjny charakter i mogą powodować pośrednio lub bezpośrednio szkodę

¹⁸ Hasło: ciemny; zob. *Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/ciemny;2449203.html> (25.02.2024).

¹⁹ Hasło: niejasny; zob. *Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/niejasny;2488802.html> (25.02.2024).

²⁰ Dec. Prezesa UOKiK nr RKT-7/2023 z dn. 05.09.2023, pkt I 1 sentencji.

²¹ Tamże, pkt I 2 sentencji.

²² Tamże, pkt I 3 sentencji.

²³ Tamże, pkt 189 uzasadnienia.

po stronie konsumenta”²⁴. Z kolei definicja z wypowiedzi Brignulla, do której odnosi się decyzja to: „manipulacje stosowane na stronach internetowych i aplikacjach, które sprawiają, że robisz rzeczy, których nie chciałeś zrobić, takie jak kupowanie lub rejestracja w zamian za coś”²⁵.

Z przytoczonych fragmentów możemy wyinterpretować, że nacisk ze strony UOKiK jest położony przede wszystkim na ograniczenie autonomii decyzji konsumenta i swego rodzaju wymuszenie na nim „podjęcia” pewnego działania. Co istotne, definicja ta wydaje się szersza od poprzednio przez nas przytaczanych definicji, ponieważ jedynie za pewien rodzaj praktyki typu *dark pattern* przyjmuje stosowanie interfejsu strony internetowej. Niewątpliwie jest to najszersza z kategorii, jednak nie wyczerpuje całego zbioru potencjalnych przykładów.

UOKiK stosuje się raczej do tego zniuansowania problemu, ponieważ w swej praktyce, w grudniu 2023 r. nałożył ponad półtora miliona złotych kary na przedsiębiorcę, na którego stronie automatycznie do koszyka zakupów dodawany był niezamawiany przez klienta produkt, co zostało zarówno w komunikatach prasowych²⁶, jak i w treści decyzji²⁷ zakwalifikowane jako potencjalna praktyka *dark pattern*. Treść decyzji, przedstawiając praktykę „zwodniczych interfejsów”, kładzie nacisk przede wszystkim na umyślność działań przedsiębiorcy oraz skłanianie konsumenta do zachowania, które nie leży w jego najlepszym interesie, lecz zgodne jest z określonym założeniem właściciela strony internetowej.

Co dość interesujące, sam mechanizm stosowany przez ukaraną spółkę nie dotyczył bezpośrednio wyglądu strony internetowej. Automatyczne dodawanie do koszyka niezamówionych produktów opierało się raczej na nieuważnym dokańczaniu przez klienta zakupów, który nie sprawdzał dokładnie co znajduje się w jego koszyku. Nie dotyczył zatem wzorców projektowych sensu stricto, a całej architektury strony internetowej. Przy zakupie wielu produktów dodatkowy przedmiot mógł zostać niezauważony, ponieważ wyszczególniony był wśród innych, a z powodu swojej niewysokiej ceny łączny koszt także mógł nie wzbudzić zainteresowania. Jest to o tyle ciekawa definicja, że obejmuje zachowania, które jedynie pośrednio wykorzystują sposób projektowania strony. Tym samym zastosowana definicja jest najszerszą spośród przedstawionych. Wydaje się jednak, że jest to już definicja zbyt szeroka, bo choć ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów²⁸ (dalej: uokik) daje podstawę do ukarania tych działań, to nie powinny być one nazywane *dark patterns*, gdyż mimo wykorzystania zabiegów socjotechnicznych, nie opierają się na szacie graficznej sklepu internetowego. Inną interpretację należałoby wysnuć w sytuacji, gdyby automatycznie dodawany produkt był ukryty poprzez wyszarzenie, mniejszy rozmiar fontu lub inny sposób graficznego odwrócenia uwagi od niechcianego przedmiotu.

W rozstrzygnięciu Prezesa UOKiK szczególny akcent położony jest na fakt wykorzystania ograniczeń ludzkiej percepcji oraz znajomość przez spółkę zachowań przeciętnego konsumenta, który nie czyta dokumentu o nazwie „Warunki zamówienia”, a decyzję podejmuje pod wpływem emocji, ponieważ, jak słusznie zauważa organ, „inaczej bowiem konsumenci traktują produkty

²⁴ Tekst oryginalny: *Dark commercial patterns are business practices employing elements of digital choice architecture, in particular in online user interfaces, that subvert or impair consumer autonomy, decision-making or choice* [tłum. za treścią decyzji] (OECD, 2022, s. 8).

²⁵ Dec. przytacza również angielski oryginał o treści: *tricks used in websites and apps that make you do things that you didn't mean to, like buying or signing up for something*. Pozyskano z: <https://www.deceptive.design/> (25.02.2024).

²⁶ Komunikaty prasowe z dn. 28.06.2023; z dn. 20.12.2023, Wyjątkowo kosztowne dodatki – dla DUKA kara, a klientom zwroty (uokik.gov.pl). Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=19693 (30.08.2024).

²⁷ Dec. nr DOZIK – 16/2023, pkt. 59–60 uzasadnienia.

²⁸ Ustawa z dn. 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1689 z późn. zm.).

neutralne z punktu widzenia ich zdrowia, a inaczej podchodzą do preparatów, które potencjalnie mogą poprawić ich samopoczucie lub kondycję fizyczną²⁹. Ponadto płynne przejście między stroną oferującą bezpłatną wersję produktu a jego płatną wersją na podstronie mogło spowodować, że klient mógł pozostawać w przekonaniu, że kontynuuje zamówienie bez kosztów³⁰. Tym samym przedsiębiorca wykorzystywał nawyki konsumentów, by ukryć przed nimi swoje cele, jakim było uzyskanie korzyści majątkowej, a także swoiste „przywiązanie” go do siebie poprzez stałe dostarczanie mu produktów w ramach subskrypcji.

Co ciekawe, definicja sformułowana w sposób, w jaki czyni to raport komisji OECD³¹, a zatem definicja przyjęta prawdopodobnie przez UOKiK jako przesłanka fakultatywna, traktuje szkodę po stronie konsumenta. Nie jest więc ona konieczna, by uznać zachowanie za *dark pattern*. Niemniej art. 24 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stał się podstawą zarzutu, używa określenia „naruszenie zbiorowych interesów konsumentów”, a jak podają Banasiński i Piontek „przyjmując zatem za podstawę reguły wykładni językowej, pojęcie *godzić* znaczy tyle samo, co *działać na czyjąś szkodę, negować uznane przez kogoś wartości*” (Banasiński i Piontek, 2009, art. 24), więc element wystąpienia (choćby potencjalnej) szkody jest warunkiem *sine qua non*.

Działanie uznane za *dark pattern* zakwestionowano z kolei w decyzji z dnia 1 września 2023 r. RPZ 4/2023. W jej treści nie pojawia się samo wyrażenie, jednak w komunikacie prasowym z 18 września użyto tych słów i to w nim przytoczono definicję. Czytamy w opisie naruszenia: „To przykład jak działają tzw. dark patterns, czyli praktyki wykorzystujące socjotechniki i wiedzę o zachowaniach użytkowników do wpływania na ich wybory i manipulację procesem decyzyjnym³². Znajduje to potwierdzenie w treści decyzji, mianowicie „nie może przy tym ulegać wątpliwości, że stosowana technika tzw. uciekającej promocji w założeniu ma na celu nakłonienie konsumenta do podjęcia natychmiastowej decyzji dotyczącej umowy i może pozbawić go możliwości świadomego wyboru produktu³³. Wykorzystywanie socjotechniki oraz badań z zakresu zachowań konsumentów stanowiło najważniejszy element przesądzający o tym, że stosowany interfejs stanowił *dark pattern*. Na stronie internetowej pojawiał się bowiem zegar odliczający czas do końca promocji, który jednak po upływie przewidzianego czasu po prostu zaczynał liczenie od nowa, a wyprzedaż, która miała być limitowana, w rzeczywistości trwała nieprzerwanie. Cel był dość jasny – wywołanie w klienci poczucia, że musi podjąć szybko decyzję i dokonać transakcji, by nie stracić okazji na atrakcyjny zakup. Niewątpliwie stanowi to socjotechnikę i w opinii Prezesa jest to manipulacja.

V. Uwagi końcowe

To krótkie omówienie głównych nurtów w definiowaniu praktyk typu *dark patterns* powinno dać praktyczne narzędzie do badania stron internetowych pod kątem różnego typu naruszeń, które wykorzystują przedsiębiorcy do osiągnięcia celów i korzyści. Niewątpliwie problem ze zwodniczymi czy

²⁹ Dec. nr RKT 7/2023, pkt. 189 uzasadnienia.

³⁰ Tamże, pkt. 198 uzasadnienia.

³¹ “Dark commercial patterns are business practices employing elements of digital choice architecture, in particular in online user interfaces, that subvert or impair consumer autonomy, decision-making or choice. They often deceive, coerce or manipulate consumers and are likely to cause direct or indirect consumer detriment in various ways, though it may be difficult or impossible to measure such detriment in many instances.” (OECD, 2022, s. 8).

³² Komunikat prasowy z dn. 18.09.2023. Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=19921 (25.02.2024).

³³ Dec. Prezesa UOKiK z dn. 01.09.2023, nr RPZ 4/2023, pkt 2.1.2. uzasadnienia.

niejasnymi interfejsami będzie jedynie narastał wraz ze wzrostem liczby transakcji dokonywanych przez Internet. Wraz z tym wzrostem podnosi się także świadomość przedsiębiorców dotycząca wagi narzędzi socjotechnicznych, które pod pozorem pozostawienia konsumentowi możliwości podejmowania nieskrępowanej decyzji w rzeczywistości tej swobody go pozbawiają. Pewną nadzieję na unormowanie sytuacji można wiązać z unijnym aktem o usługach cyfrowych (DSA), który w motywie 67 wprost podaje, że należy zakazać dostawcom platform internetowych nakłaniania usługobiorców do podjęcia decyzji „poprzez strukturę, sposób zaprojektowania lub funkcje interfejsu internetowego lub jego części” (*via the structure, design or functionalities of an online interface or a part thereof*³⁴). Są to „praktyki, które w istotny sposób zniekształcają lub ograniczają, celowo lub w praktyce, zdolność odbiorców usługi do dokonywania niezależnych i świadomych wyborów lub podejmowania takich decyzji”³⁵.

Jasno wynika z tego motywu, że do zaistnienia *dark patterns* nie jest wymagana umyślność jego stosowania. Jest to definicja doniosła, gdyż zawarta w akcie prawnym, który ma na celu, zgodnie z zapowiedziami Komisji, stworzenie bezpiecznej przestrzeni internetowej, ułatwiającej korzystanie z usług oferowanych na rynku wspólnym poprzez Internet³⁶. Cytowany motyw wraz z definicją z pewnością będzie miał zastosowanie w kontekście art. 12, nakazującego informowanie o warunkach korzystania z usług w łatwo dostępnym formacie, w sposób jasny i jednoznaczny, oraz art. 31, który zobowiązuje platformy typu marketplace do umożliwienia partnerom oferującym towary lub usługi zamieszczenia wszystkich wymaganych prawem informacji przedkontraktowych już na etapie projektowania graficznego.

Pobieżne prześledzenie sposobu, w jaki definiowane jest zjawisko określane mianem *dark patterns* pozwala zauważyć, że nie jest to definicja spójna. Niewątpliwie najważniejszym elementem, co do którego zauważalny jest spór, jest wymóg umyślności wprowadzenia interfejsu, który wykorzystuje socjotechniki lub wiedzę na temat zwykłych zachowań użytkowników Internetu. Na gruncie obecnie wykształcanych, zaprezentowanych w niniejszym artykule, definicji ciężką do pogodzenia z ewentualną nieumyślnością naruszenia jest cecha działania polegająca na wykorzystaniu socjotechnik, co implikuje świadomość mechanizmów kognitywnych konsumenta. Świadomość ta zdaje się mocno wiązać ze świadomością wykorzystywania *dark patterns* do swoich celów. Omawiany spór ma potencjał do podzielenia tak doktryny, jak i orzecznictwa. Możliwe, że wspomniana wyżej definicja pojawiająca się w DSA przetnie te rozważania i stanie się przyjmowanym powszechnie pojęciem *dark patterns*. W opinii autora niniejszego artykułu będzie ona jednak trudna do pogodzenia z przesłanką stosowania socjotechnik.

Rozwój technologii pozwala przypuszczać, że katalog stosowanych przez przedsiębiorców zwodniczych interfejsów będzie ulegał coraz większemu rozszerzeniu. Ważna w tym zakresie będzie działalność walczących z tego typu zachowaniami organów ochrony. To po nich należałoby oczekiwać wykształcenia narzędzi obrony przed socjotechnikami stosowanymi w celu wyłudzenia danych lub uzyskania innej korzyści. Zadanie może być jednak trudne do zrealizowania, gdy *dark patterns* pozostanie wyrażeniem nie w pełni zdefiniowanym i w dużej mierze o nieostrych

³⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2065 z dn. 19.10.2022 r. w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych oraz zmiany dyrektywy 2000/31/WE (akt o usługach cyfrowych), motyw 67.

³⁵ Tamże.

³⁶ Zob. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package> (25.02.2024).

granicach. Przyczyni się to do wzrostu różnego typu nadużyć, których ofiarą będą padać zarówno użytkownicy, jak i przedsiębiorcy, których działania podejmowane przy dobrych zamiarach zostaną uznane przez UODO lub UOKiK za bezprawne.

Finansowanie

Badanie nie otrzymało dofinansowania.

Deklaracja konfliktu interesów

Autor zadeklarował brak potencjalnych konfliktów interesów w odniesieniu do badań, autorstwa i publikacji tego artykułu.

Bibliografia

- Banasiński, C. i Piontek, E. (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wolters Kluwer Polska.
- Chrostka, J. (2022). Nabieranie mocy prawnej przez „soft law”. *Zeszyty Prawnicze*, 22(4), 183–208. <https://doi.org/10.21697/zp.2022.22.4.09>
- Gemius. (2020). *E-commerce w Polsce 2020*. Pozyskano z: <https://gemius.com/pl/news/e-commerce-w-polsce-2020/> (25.02.2024).
- Gemius. (2021). *E-commerce w Polsce 2021*. Pozyskano z: <https://gemius.com/pl/news/raport-e-commerce-w-polsce-2021/> (25.02.2024).
- Gemius. (2022). *E-commerce w Polsce 2022*. Pozyskano z: <https://www.iab.org.pl/aktualnosci/raport-e-commerce-2022-juz-dostepny/> (25.02.2024).
- Gemius. (2023). *E-commerce w Polsce 2023*. Pozyskano z: <https://gemius.com/pl/news/id-79-internautow-kupuje-online-raport-e-commerce-w-polsce-2023-juz-dostepny/> (25.02.2024).
- Gemius. (2023a). *Social Media 2023*. Pozyskano z: <https://gemius.com/pl/news/raport-social-media-2023-rynek-reklamowy/> (25.02.2024).
- Klicki, W. (2022). *Ukryta cena darmowych usług. Sąd oceni, czy PZU wyłudzał zgody na marketing*. Fundacja Panoptykon. Pozyskano z: <https://panoptykon.org/pzu-uodo-rozprawa>
- Kowalska, M. (2022). *Polacy nie czytają regulaminów mediów społecznościowych*. PolitykaBezpieczeństwa.pl. Pozyskano z: <https://www.politykabezpieczenstwa.pl/pl/a/polacy-nie-czytaja-regulaminow-mediow-spolesznosciowych> (25.02.2024).
- Luguri, J. i Strahilevitz, L.J. (2021). Shining a Light on Dark Patterns. *Journal of Legal Analysis*, 13(1), 43–109. <https://doi.org/10.1093/jla/laaa006>
- OECD. (2022). Dark commercial patterns. *OECD Digital Economy Papers*, (336), OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/44f5e846-en>
- Słownik Języka Polskiego PWN*. Pozyskano z: <https://sjp.pwn.pl/sjp/ciemny;2449203.html> (25.02.2024).
- Strahilevitz, L.J. (2020). „Dark Patterns”: Online Manipulation of Consumers. Wykład wygłoszony w University of Chicago Law School. Pozyskano z: <https://www.law.uchicago.edu/recordings/lior-j-strahilevitz-dark-patterns-online-manipulation-consumers> (25.02.2024).
- Szota, K. (2022). *Dark patterns a ochrona konsumenta w świetle polskiego prawa*. UOKiK.