

Justyna Doniec-Niezgoda

*Uniwersytet Jagielloński*ORCID: [0000-0003-0817-3945](https://orcid.org/0000-0003-0817-3945)

Zaprzepaszczone szanse Aktu o Usługach Cyfrowych? – rozważania dotyczące definicji platformy internetowej – część I

Streszczenie

Artykuł został podzielony na dwie części. W pierwszej z nich autorka omawia cele Aktu o Usługach Cyfrowych, które są istotne w kontekście rozumienia definicji platformy internetowej oraz oceny wprowadzonych regulacji. Następnie autorka rozpoczyna analizę składowych definicji platformy internetowej, do których należą pojęcia: usługi społeczeństwa informacyjnego (1) oraz usługi hostingu, która przechowuje i rozpowszechnia publicznie informacje (2). Druga ze składowych definicji platformy internetowej została omówiona w sposób szczegółowy w kolejnej części artykułu. Rozwinięte zostało znaczenie pojęcia publicznego rozpowszechniania informacji w rozumieniu DSA oraz świadczenia usługi na „indywidualne żądanie odbiorcy” tej usługi. Dla całościowej analizy konieczne było także przyjrzenie się wyłączeniu wynikającemu z definicji platformy internetowej z art. 3 lit. i) DSA, dotyczące nieznaczności czy poboczności usługi przechowywania i rozpowszechniania publicznie informacji na żądanie odbiorcy usługi wobec innych usług oferowanych przez danego dostawcę. Na koniec drugiej części artykułu autorka formułuje wnioski dotyczące całości wywodu.

Słowa kluczowe

Akt o Usługach Cyfrowych, DSA, platforma internetowa, usługa pośrednia, usługa hostingu

1. Uwagi wstępne

Akt o Usługach Cyfrowych¹ nie zmieni całego internetu. Gdy opadły już emocje i przestały brzmieć fanfary zwiastujące nastanie „Konstytucji internetu”, można przyjrzeć się bliżej zakresowi zastosowania DSA, który po dokonaniu rzetelnej analizy może wydać się nieco zaskakujący. DSA będzie miało zastosowanie tylko do usług pośrednich, które z kolei obejmują wyłącznie usługi: zwykłego przekazu,

¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2065 z dnia 19 października 2022 r. w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych oraz zmiany dyrektywy 2000/31/WE (akt o usługach cyfrowych), Dz. Urz. UE L 277/1 z 27.10.2022 r., dalej: „DSA” lub „Rozporządzenie”.

cachingu i hostingu, znane już z Dyrektywy o handlu elektronicznym². Już z tego stwierdzenia można wywnioskować, że DSA nie będzie regulować całego internetu, a jedynie jego wycinek obejmujący usługi pośrednie. Pojęciem, które jednak znacząco wpływa na zakres podmiotowy Rozporządzenia, jest definicja „platformy internetowej”, która będzie stanowić przedmiot niniejszego opracowania. Rozszyfrowanie znaczenia pojęcia platformy internetowej stanowi istotny krok w określeniu zakresu zastosowania DSA³. Najistotniejsze bowiem regulacje z punktu widzenia DSA dotyczą właśnie dostawców usług platform internetowych, tj. regulacje dot. wewnętrznego rozpatrywania skarg i pozasądowego rozstrzygania sporów (art. 20 i 21 DSA), zawieszenia świadczenia usług na rzecz podmiotów przekazujących oczywiście nielegalne treści (art. 23 DSA), obowiązki sprawozdawcze (art. 24 DSA), regulacje dotyczące interfejsów internetowych (art. 25 DSA), reklamy (art. 26 DSA), systemów rekomendacji (art. 27 DSA) i ochrony małoletnich (art. 28 DSA). Właściwe zrozumienie, kiedy mamy do czynienia z platformą internetową, stanowi punkt wyjścia do interpretacji wskazanych przepisów oraz ich adresatów.

Tezą niniejszego artykułu jest założenie, że definicja platformy internetowej została ukształtowana w Rozporządzeniu w sposób niezwykle wąski, czego skutkiem będzie objęcie regulacjami DSA wyłącznie części usług dostępnych w internecie. W przypadku bowiem, gdy nie będziemy mogli uznać, że dany podmiot jest dostawcą usługi pośredniej lub platformy internetowej, która stanowi rodzaj usługi pośredniej, nie będzie obowiązku zastosowania przepisów DSA. Będzie to oznaczać, że nie wszyscy usługodawcy stron internetowych będą objęci zakresem zastosowania DSA, mimo że zagrożenia wynikające z oferowanych przez nich usług będą w niektórych przypadkach możliwe do identyfikacji dla ich użytkowników końcowych dokładnie w ten sam sposób dla dostawców platform internetowych w rozumieniu DSA i tych, którzy pod to pojęcie nie podpadają. Dla przykładu: reklamy prezentowane w serwisach kontentowych, jak np. gazeta internetowa, nie będą musiały być oznaczane zgodnie z art. 26 DSA, a reklamy prezentowane w serwisach społecznościowych czy marketplace'ach już tak. Podobnie, zakaz dotyczący projektowania interfejsów w sposób wprowadzający w błąd lub manipulujący odbiorców będzie stosowany wyłącznie do podmiotów, które będą świadczyć usługi platformy inter-

² Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), Dz. Urz. WE L 178/1 z 17.07.2000 r., dalej: „Dyrektywa E-commerce”.

³ Przepisy dotyczące platform internetowych i bardzo dużych platform internetowych rozpoczynają się już w art. 19 DSA, a kończą na art. 43 DSA, co stanowi większość przepisów DSA.

netowej. Oznacza to, że serwisy, które będą sprzedawać na swojej stronie produkty oferowane bezpośrednio przez siebie, a nie przez podmioty trzecie, nie będą objęte regulacjami DSA dotyczącymi platform internetowych i nie będą musiały projektować swoich interfejsów w sposób określony w art. 25 DSA. Wyłącznie te podmioty, które będą jednocześnie lub wyłącznie umożliwiać umieszczanie ofert przez innych użytkowników internetu (np. eBay), będą musiały projektować swoje interfejsy w sposób określony w DSA. Użytkownik końcowy może być jednak przecież narażony na wprowadzenie go w błąd, niezależnie od kogo nabywa produkt przez internet. Taka sytuacja może prowadzić do pesymistycznego stwierdzenia o braku możliwości objęcia „Konstytucją” zakresu całego „terytorium” internetu lub nałożenia określonych obowiązków na niektóre podmioty istniejące na rynku, mimo wniosku o istnieniu tych samych zagrożeń bez względu na rodzaj dostawcy usługi. Wniosek, jaki zostanie przedstawiony w niniejszym artykule, sprowadza się do stwierdzenia, że potencjał DSA jest znaczący, lecz ze względu na zakres adresatów omawianej regulacji nie został w pełni wykorzystany.

2. Cele DSA

Cele DSA zostały określone w preambule Rozporządzenia. Jego motyw 9 preambuły wskazuje, że harmonizacja przepisów ma na celu zapewnienie „bezpiecznego, przewidywalnego i budzącego zaufanie środowiska internetowego, przeciwdziałania rozpowszechnianiu nielegalnych treści w internecie oraz zagrożeniom społecznym, jakie może stwarzać rozpowszechnianie dezinformacji lub innych treści, w którym to środowisku prawa podstawowe zapisane w Karcie są skutecznie chronione, a innowacje są wspierane. Motyw ten podkreśla zakaz ustanowienia odmiennych regulacji na poziomie krajowym, które mogłyby prowadzić do rozbieżności w zakresie jednolitego stosowania przepisów. W motywie 67 preambuły DSA wskazane jest uzasadnienie dotyczące wprowadzenia regulacji zakazujących praktyk dotyczących zwodniczych interfejsów internetowych zakłócających zdolność odbiorców usługi do dokonywania niezależnych i świadomych wyborów lub podejmowania takich decyzji. Jako przykłady wymieniono w DSA przypadki bliskie platformom zakupowym takie jak utrudnianie rezygnacji z zakupów czy wypisania się z platformy, zachęcanie do podejmowania decyzji dotyczących zakupu czy też używanie domyślnych ustawień w sposób sugerujący czy ograniczający świadome podejmowanie decyzji przez użytkownika takiej platformy sprzedażowej.

Szerokie uzasadnienie co do wprowadzenia przepisów DSA opisuje motyw 68 preambuły, który stanowi o zagrożeniach związanych z reklamą internetową. Wskazuje on, że reklama może być źródłem nielegalnych treści, poprzez zapewnianie zachęt finansowych do publikowania lub akcentowania nielegalnych lub w inny sposób szkodliwych treści i działań w internecie, aż po dyskryminujące prezentowanie reklam, które ma wpływ na równe traktowanie i równość szans obywateli. Motyw 69 preambuły DSA wskazuje na zagrożenia związane z praktykami targetowania użytkowników, które dążą do dopasowania reklamy do rozpoznanych wcześniej preferencji użytkownika, tak aby zwiększyć prawdopodobieństwo dotarcia do użytkowników zainteresowanych zakupem danego produktu. W konsekwencji art. 26 ust. 3 i 28 DSA zakazują targetowania użytkowników na podstawie danych osobowych szczególnych kategorii, a także zakazują prezentowania reklam w oparciu o profilowanie w przypadku, gdy można z wystarczającą pewnością ustalić, że użytkownik jest małoletni.

Wymienione przykładowo zakazy i ograniczenia wynikające z DSA stanowią znaczący postęp w odniesieniu do obecnego stanu regulacji internetu, który wciąż pozostaje przestrzenią dużo mniej sformalizowaną prawnie niż przestrzeń „pozainternetowa” i po raz pierwszy zostały w sposób tak wyraźny zaakcentowane w prawie europejskim. Dodatkowo nie sposób nie zgodzić się, że zagrożenia wymieniane przez ustawodawcę europejskiego w preambule DSA występują, są dla wszystkich łatwo dostrzegalne i wprowadzenie zakazów, o których mowa, przyczyniłoby się do zwiększenia bezpieczeństwa w sieci. Z przytoczonymi argumentami dotyczącymi ochrony użytkowników należy oczywiście się zgodzić. Internet potrzebuje regulacji, a praktyki, które prowadzą do nadużyć czy braku wystarczającej informacji do podjęcia decyzji przez użytkowników końcowych, powinny być zakazane.

Mimo tego należy zauważyć, że fakt występowania zagrożeń opisywanych w DSA jest dużo szerszy niż krąg adresatów, którzy zostali objęci regulacjami. Jak zostanie dokładnie przedstawione w dalszej części tekstu, definicja platformy internetowej będzie w praktyce rozgraniczać dostawców usług internetowych na dwie grupy⁴: tych, którzy będą uznani za dostawcę platformy internetowej i będą zobowiązani do przestrzegania standardów wynikających z DSA, w tym dotyczących reklamy i zwodniczych interfejsów, i tych, którzy nie będą zobowiązani do projektowania interfejsów i oznaczania prezentowanych reklam w sposób uregulowany w DSA. Dojdzie zatem

⁴ Oczywiście takie dwie grupy można także wskazać poprzez rozróżnienie dostawcy usługi pośredniej i niedostawcy usługi pośredniej, jednak niniejsze opracowanie dotyczy zagadnienia platformy internetowej, stąd dokonane rozróżnienie opiera się na tym pojęciu.

do sytuacji, w której niecałe środowisko internetowe, o którym stanowi motyw 9 preambuły DSA, stanie się „bezpieczne, przewidywalne i budzące zaufanie”. Wyłącznie ci usługodawcy, którzy będą mogli zostać zakwalifikowani jako świadczący usługę pośrednią oraz platformy internetowej, będą objęci regulacjami z art. 19-43 DSA. W pozostałym zakresie, tj. podmiotów, które nie będą mogły zostać zdefiniowane jako platformy internetowej, regulacje dot. reklamy czy zwodniczych interfejsów, ale także systemów rekomendacji czy ochrony małoletnich nie będą miały zastosowania. Wniosek ten jest o tyle znamieny, że w praktyce wyłącznie nieliczne podmioty będą spełniać wszystkie przesłanki platformy internetowej.

Konkluzja ta, dotycząca fragmentarycznej regulacji internetu, mimo szeroko wskazanych celów Rozporządzenia jest oczywiście spójna z zakresem prezentowanym w poszczególnych artykułach DSA. Rozporządzenie już w art. 1 wyraźnie precyzuje, że swoim zakresem obejmuje „rynek wewnętrzny usług pośrednich”, a zatem nie rynek wszystkich usług dostępnych w internecie, a wyłącznie tych, które świadczą usługi pośrednie. F. Hofman zwraca uwagę na konieczną ochronę praw podstawowych jak prawa do informacji czy do wyrażania opinii, które stoją w opozycji do wprowadzanych regulacji przez DSA⁵. W motywie 69 preambuły Rozporządzenia stanowiącym o zagrożeniach wynikających z reklamy internetowej możemy znaleźć następujące stwierdzenie: „Platformy internetowej są szczególnie wrażliwym środowiskiem, jeżeli chodzi o takie praktyki i stwarzają większe zagrożenie społeczne”. Potwierdza to tezę, że nie wszystkie strony internetowej dostępne w internecie, które prezentują reklamy na swoich interfejsach internetowych, będą adresatami obowiązków wynikających z DSA, a wyłącznie te, które będą spełniać definicję platformy internetowej, gdyż zdaniem ustawodawcy europejskiego korzystanie z nich wiąże się z większymi zagrożeniami w porównaniu z pozostałymi kategoriami usługodawców.

Zakres zastosowania przepisów DSA wynika także jasno z literatury zagranicznej. Mając na uwadze wymóg interpretacji przepisów DSA w sposób spójny, konieczne jest przyjrzenie się wykładni przepisów DSA w innych krajach Unii Europejskiej. F. Hofman wskazuje, że to usługi pośrednie stanowią szczególny rodzaj usług, który powinien być bardziej szczegółowo uregulowany niż reszta usług pozostających na rynku, z uwagi na ich funkcję, która pozwala na tworzenie i publikowanie treści przez samych użytkowników⁶. Zdaniem tego autora należy wyraźnie rozróżnić podmioty będące serwisami contentowymi, ale posiadającymi pełną kon-

⁵ F. Hofman, B. Raue, *Digital Services Act: Gesetz über digitale Dienste*, Baden-Baden 2023, s. 50.

⁶ *Ibidem*, s. 88.

trolę nad treścią, która się na takich serwisach znajduje (np. Spotify), oraz podmioty świadczące usługi pośrednie, w tym platformy internetowe, które nie są w stanie kontrolować treści udostępnianych przez ich użytkowników (np. YouTube)⁷. Takie uzasadnienie pozwala rozgraniczyć celowościowo konieczność stosowania DSA wyłącznie do podmiotów, które nie są w stanie kontrolować treści dodawanych przez samych użytkowników takiego serwisu i z tego powodu ryzyko wystąpienia naruszeń jest większe.

Zaskakujące może być jednak to, że uzasadnienie celowościowe wymienionych przykładowo regulacji z art. 25 i 26 DSA jest znacznie szersze niż wyłącznie to, które wyznacza definicja platformy internetowej. Z punktu widzenia użytkownika może wydawać się to bez znaczenia, czy reklama targetowana wyświetla mu się na interfejsie platformy internetowej w rozumieniu DSA, tj. np. Facebooku, czy stronie gazety internetowej bądź innej stronie internetowej, która nie będzie objęta DSA. W obu przypadkach następuje zagrożenie związane z tym, że użytkownik będzie poddany praktykom manipulacyjnym lub że zostanie on sprofilowany z wykorzystaniem szczególnych kategorii danych osobowych i na tej podstawie zostanie wyświetlona mu reklama. Z DSA wynika jednak wniosek, że wyłącznie na portalach stanowiących platformę internetową w rozumieniu Rozporządzenia taki zakaz będzie musiał być przestrzegany, a na innych stronach internetowych takie praktyki będą dalej dozwolone.

Stąd niezwykle istotna jest właściwa interpretacja przesłanek definicji platformy internetowej. Zdaniem autorki bowiem jedynie nieliczne strony internetowe dostępne na rynku będą mogły zostać uznane za spełniające przesłanki platformy internetowej, a tym samym będą zobowiązane do przestrzegania przepisów DSA. Pozostały obszar dostawców usług pośrednich, które nie będą objęte definicją platformy internetowej, pozostanie całkowicie poza regulacjami z art. 19-43 DSA.

Oczywiście ta konstatacja nie wyklucza możliwości zastosowania innych, istniejących już aktów prawnych takich jak Dyrektywa E-commerce, o czym stanowi wprost art. 2 ust. 3 DSA. Rozporządzenie stanowi rozwinięcie regulacji wprowadzonych Dyrektywą E-commerce, a nie całkowicie je zastępuje, i tak też należy interpretować rolę DSA⁸. Dodatkowo, DSA bezpośrednio w art. 2 ust. 4 stanowi, że akt ten „nie pozostaje

⁷ Także w ten sposób: X. Konarski, *Status prawny platform internetowych na podstawie projektu Aktu o usługach cyfrowych (AUC)*, „Prawo Nowych Technologii” 2021, nr 1, s. 63.

⁸ F. Hofman, B. Raue, *op. cit.*, s. 67. Autorzy ci wskazują także, że w odniesieniu do regulacji wynikających z Dyrektywy E-commerce dalej obowiązywać będzie zasada państwa pochodzenia, podczas gdy DSA nie uzależnia zastosowania swoich regulacji od państwa pochodzenia usługodawcy, lecz terytorium odbiorców usługi pośredniej (art. 2 ust. 1 DSA).

bez uszczerbku dla przepisów ustanowionych w innych aktach prawnych Unii regulujących inne aspekty świadczenia usług pośrednich na rynku wewnętrznym lub określających i uzupełniających niniejsze rozporządzenie”. W cytowanym przepisie podkreślono, że DSA nie stanowi regulacji wyłączającej stosowanie wymienionych regulacji do innych aspektów usług pośrednich poza tymi wskazanymi w DSA. Przykładem takiego zastosowania będą przepisy konsumenckie, regulujące prawa autorskie oraz dane osobowe, tj. te zawarte np. odpowiednio w: rozporządzeniu 2017/2394⁹, dyrektywie 2001/29/WE¹⁰ czy RODO¹¹. W zakresie nieuregulowanym w DSA możliwe są także przepisy krajowe państw członkowskich Unii Europejskiej.

3. Składowe definicji platformy internetowej w DSA

Definicja platformy internetowej jest złożona i zostanie odtworzona od najszerszego do najwęższego pojęcia, w które została ujęta. Złożoność pojęcia zostanie zaprezentowana od strony negatywnej, poprzez położenie akcentu na ilość wyłączeń spod rozumienia pojęcia platformy internetowej na gruncie DSA, która wynika z ukształtowania definicji opartej na utrwalonych wcześniej pojęciach istniejących w prawie UE lub orzecznictwie TSUE.

Po pierwsze, platforma internetowa to usługa społeczeństwa informacyjnego, której definicja przypisana jest do pojęcia „usługi” w art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy (UE) 2015/1535, zgodnie z którą: „jest to każda usługa normalnie świadczona za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usługi”¹². Po drugie, DSA wprowadza nowe pojęcie usługi pośredniej, do której następnie w wielu miejscach odwołuje się DSA. Pojęcie to zostało zdefiniowane przez odesłanie

⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/2394 z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów i uchylające rozporządzenie (WE) nr 2006/2004, Dz. Urz. UE L 345/1 z 27.12.2017 r. z późn. zm.

¹⁰ Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, Dz. Urz. WE L 167/10 z 22.06.2001 r. z późn. zm.

¹¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE L 119/1 z 4.05.2016 r. z późn. zm.

¹² Dyrektywa (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, dalej: „Dyrektywa 2015/1535”, Dz. Urz. UE L 241 z 17.09.2015 r.

do innych definicji, bowiem na gruncie art. 3 lit. g) DSA, usługa pośrednia to jedna z wymienionych usług społeczeństwa informacyjnego: „zwykłego przekazu”, „cachingu” lub „hostingu”, które zostały zdefiniowane w DSA i stanowią katalog zamknięty. W zakresie niniejszego opracowania znaczenie będzie miała ostatnia z nich – usługa hostingu, w której mieści się pojęcie platformy internetowej. Po trzecie, usługa hostingu polega na: „przechowywaniu informacji przekazanych przez odbiorcę usługi oraz na jego żądanie”. Po czwarte, w definicji „platformy internetowej” z art. 3 lit. i) DSA, ustawodawca europejski stanowi, że platforma internetowa to usługa hostingu w rozumieniu jak wskazano powyżej, jednak, oprócz przechowywania na żądanie odbiorcy informacji przez niego przekazanych (jak w przypadku usługi hostingu), usługa ta powinna także rozpowszechniać publicznie te informacje na żądanie odbiorcy usługi, tj. udostępniać je potencjalnie nieograniczonej liczbie osób trzecich (art. 3 lit. k) DSA).

Wskazane przesłanki zostały określone w sposób pozytywny. Definicja platformy internetowej zawiera także wyłączenie ze swojego zakresu dostawców platform internetowych, których działanie polegające na przechowywaniu i rozpowszechnianiu informacji na żądanie odbiorcy jest nieznaczną lub wyłącznie poboczną cechą innej usługi lub nieznaczną funkcją głównej usługi, i ze względów obiektywnych i technicznych nie można z niej skorzystać bez takiej innej usługi, a włączenie takiej cechy lub funkcji w taką inną usługę nie jest sposobem na obejście stosowania niniejszego rozporządzenia.

Dopiero spełnienie wszystkich wskazanych przesłanek pozytywnych i brak wejścia w zakres przesłanki negatywnej pozwala na zakwalifikowanie danego podmiotu pod reżim DSA i konieczność zastosowania się do jego zasad dotyczących platform internetowych. Wyliczenie to nie uwzględnia dodatkowo istniejących wyłączeń przewidzianych np. w art. 19 DSA stanowiącym o braku zastosowania DSA do mikroprzedsiębiorstw lub małych przedsiębiorstw zgodnie z definicją w zaleceniu 2003/361/WE¹³ i innych przepisach Rozporządzenia.

3.1. Usługa społeczeństwa informacyjnego w DSA

Usługa społeczeństwa informacyjnego powinna być definiowana zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy (UE) 2015/1535: „usługa” oznacza każdą usługę społeczeństwa informacyjnego, tj. każdą usługę normalnie świadczoną za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług.

¹³ Zalecenie Komisji z dnia 6 maja 2003 r. dotyczące definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (Tekst mający znaczenie dla EOG) (notyfikowane jako dokument nr C(2003) 1422).

Dla niniejszych rozważań definicja usługi społeczeństwa informacyjnego jest o tyle istotna, że w przypadku, gdy dana usługa nie zostanie zakwalifikowana w zakres definicji usługi społeczeństwa informacyjnego, nie będzie mogła zostać uznana za usługę platformy internetowej.

Zakres rozumienia pojęcia usług społeczeństwa informacyjnego był wielokrotnie poddawany pod osąd Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹⁴. Skupiając się jednak tylko na wyłączeniach spod tego pojęcia, należy zwrócić uwagę na orzeczenie TSUE z dnia 20 grudnia 2017 r., C-434/15 w sprawie *Asociación Profesional Elite Taxi przeciwko Uber Systems Spain SL*¹⁵, które dotyczy usług mieszanych, tj. świadczonych w części drogą elektroniczną i nieświadczonych w części tą drogą¹⁶. W przedmiotowym orzeczeniu TSUE zwrócił uwagę na konieczny warunek kwalifikacji danej usługi za usługę społeczeństwa informacyjnego, która zgodnie z art. 1 lit. b (ii) Dyrektywy 2015/1535 musi być „całkowicie przesyłana, kierowana i otrzymywana za pomocą kabla, fal radiowych, środków optycznych lub innych środków elektromagnetycznych”. Znamienne było zatem dla TSUE wyznaczenie sytuacji, w których usługa mieszana będzie mogła zostać uznana za całkowicie świadczoną drogą elektroniczną w przypadkach usług mieszanych, tj. takich, w których niektóre z usług wchodzących w zakres umowy zawartej z użytkownikiem końcowym nie były świadczone drogą elektroniczną.

Na podstawie wskazanego wyroku i opinii M. Szpunara przedstawionej 11 maja 2017 r. do omówionej sprawy należy sformułować następujące wnioski w zakresie podlegania pod definicję usługi społeczeństwa informacyjnego. Analizę należy przeprowadzać dwustopniowo, tj. (1) w pierwszej kolejności zbadać, czy usługa jest w ogóle świadczona drogą elektroniczną, do czego będzie konieczne wyodrębnienie głównego elementu tej usługi, który musi być świadczony drogą elektroniczną; a następnie ewentualnie dodatkowo określić, (2) czy część usługi mieszanej w zakresie nieświadczonym drogą elektroniczną jest niezależna gospodarczo od usługi świadczonej drogą elektroniczną.

Po pierwsze, aby ustalić, czy usługa jest świadczona drogą elektroniczną w rozumieniu Dyrektywy E-commerce, w przypadku usług mieszanych, w części świadczonych drogą elektroniczną i w części nieświadczonych drogą elektroniczną, konieczne

¹⁴ Dalej: „TSUE”.

¹⁵ Dalej: „sprawa Uber”. Podobna argumentacja znajduje się także w wyroku TSUE z 10.04.2018 r., C-320/16, *Uber France*.

¹⁶ Problem prawny rozpatrywany przez TSUE w omawianym wyroku powstał na gruncie usługi mieszanej, jaką świadczy Uber. Użytkownicy za pomocą aplikacji mogą zamawiać przejazdy (usługa świadczona drogą elektroniczną), jednak sam przewóz osoby jest dokonywany na podstawie usługi przewozu, która w oczywisty sposób nie stanowi usługi świadczonej drogą elektroniczną.

jest, aby główny element wykonywanej usługi był świadczony drogą elektroniczną¹⁷. Na przykład w przypadku sprzedaży internetowej, gdy umowa sprzedaży jest zawierana drogą elektroniczną, lecz towar jest dostarczany do kupującego w zakresie usługi przesłania go do zamawiającego, tj. usługi dostawy, należałoby uznać, że głównym elementem takiej usługi jest umowa sprzedaży zawarta za pośrednictwem usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną. Istotą takiej transakcji jest bowiem dokonanie sprzedaży towaru przez internet, a nie jego dostarczenie, które stanowi wyłącznie efekt tego, że sprzedający i kupujący nie znajdują się w jednym miejscu w tym samym czasie. W tym przypadku należałoby zatem uznać, że usługa sprzedaży online jest świadczona drogą elektroniczną, gdyż umowa sprzedaży, która stanowi główny element takiej usługi, jest zawierana drogą elektroniczną.

Po drugie, dla ostatecznego wniosku należy zbadać, czy taka złożona usługa, w części nieświadczona drogą elektroniczną, jest w części „nieelektronicznej” niezależna gospodarczo od usługi świadczonej drogą elektroniczną i ma charakter samodzielny. Przykładem podnoszonym w opinii M. Szpunara do sprawy C-434/15 jest relacja pomiędzy liniami lotniczymi czy hotelami a pośrednikami internetowymi sprzedającymi bilety lotnicze¹⁸. Wówczas należałoby uznać, że linie lotnicze czy hotele, których działalność jest niezależna od funkcjonowania platform internetowych i którzy wykorzystują platformy sprzedażowe pośredników jako jedno z form sprzedaży swoich usług, nie będą stanowić usługi zależnej gospodarczo od usługi świadczonej drogą elektroniczną.

Warty zaznaczenia w zakresie niniejszych rozważań jest także podkreślany w omawianym wyroku cel Dyrektywy 2015/1535, zauważany także w opinii M. Szpunara do wyroku TSUE w sprawie C-434/15¹⁹. Zasada liberalizacji usług społeczeństwa informacyjnego obecna w Dyrektywie 2015/1535 stałaby w sprzeczności z koniecznością objęcia zakresem zastosowania Dyrektywy części usług mieszanych, w zakresie których przeważająca część usługi mieszanej nie spełniałaby definicji usługi społeczeństwa informacyjnego. Inna wykładnia prowadziłaby do konieczności objęcia zakresem zastosowania Dyrektywy także tej części usługi mieszanej, która nie jest świadczona drogą elektroniczną.

¹⁷ *Ibidem*, pkt 35.

¹⁸ E. Bagińska, S. Majkowska-Szulc, *Granice prawne „uberyzacji”*. Glosa do wyroku TS z dnia 20 grudnia 2017 r., C-434/15, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 5, s. 32, za opinią rzecznika generalnego TSUE, M. Szpunara, przedstawioną 11 maja 2017 r., sprawa C-434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi przeciwko Uber Systems Spain SL*, pkt 32-35 oraz 57-60.

¹⁹ Opinia rzecznika generalnego TSUE, M. Szpunara, przedstawiona w dniu 11 maja 2017 r., sprawa C-434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi przeciwko Uber Systems Spain SL*, pkt 31.

Jak skonkludował M. Szpunar w opinii do przywoływanego wyroku TSUE w sprawie C-434/15, nie każda działalność online związana z transakcjami handlowymi sama w sobie stanowi usługę społeczeństwa informacyjnego, w szczególności, gdy ma ona charakter jedynie pomocniczy, drugorzędny lub przygotowawczy i nie jest gospodarczo samodzielna²⁰. W tym kontekście usługa świadczona przez Uber, która została zakwalifikowana jak usługa przewozu, oderwana od usługi samego zamawiania pojazdu przez aplikację online, została zakwalifikowana w wyroku TSUE 434/15 jako niewchodząca w zakres pojęcia usługi społeczeństwa informacyjnego.

W kontekście wąskiej granicy wyznaczonej wyrokiem w sprawie Uber co do rozumienia pojęcia usługi społeczeństwa informacyjnego warto przywołać wyrok TSUE z dnia 19.12.2019 r., C-390/18 w sprawie *Airbnb Ireland*. TSUE w przedmiotowym wyroku argumentuje, że platforma Airbnb Ireland oferująca usługi pośrednictwa w zakwaterowaniu nie ma decydującego wpływu na warunki świadczenia usług zakwaterowania, do których odnosi się jej usługa pośrednictwa, ponieważ Airbnb Ireland nie ma wpływu na ceny czynszów, wybór wynajmujących czy nieruchomości, które są oferowane na platformie, w przeciwieństwie do wpływu, jaki Uber ma na usługi, w których pośredniczy. Oceniając powyższy wyrok, po lekturze jego uzasadnienia, nie sposób nie zgodzić się z przedstawianą tam argumentacją. Jednak z drugiej strony, z łatwością można wyobrazić sobie zupełnie inne rozłożenie akcentów niż w prezentowanych uzasadnieniach, które mogłyby prowadzić do zupełnie odmiennych wniosków, tj. tych, które byłyby bliższe prezentowanym w sprawie Uber. W zakresie wyroku dot. Airbnb mogłoby to być zwrócenie większej uwagi na usługi dodatkowe oferowane przez Airbnb, które są charakterystyczne dla usług pośrednika nieruchomości regulowanej innymi przepisami²¹, czy też możliwości wykluczania użytkowników z platformy, na co wskazuje się w doktrynie²².

Mając na uwadze powyższe rozumienie usługi społeczeństwa informacyjnego, należy powziąć następujące wnioski na gruncie DSA. W przypadku gdy dana usługa nie będzie mogła zostać uznana za usługę społeczeństwa informacyjnego, będzie pozostawać poza zakresem DSA²³. Oznacza to dla przykładu, że usługa oferowana przez Uber nie będzie mogła zostać uznana za usługę pośrednią, a co za tym idzie

²⁰ *Ibidem*, pkt 37.

²¹ Wyrok TS z dnia 19 grudnia 2019 r., C-390/18, *Postępowanie Karne Przeciwko X*, LEX nr 2753786, pkt 23.

²² A. Jabłonowska, *Pośrednictwo w zawieraniu umów najmu krótkoterminowego jako świadczenie usług społeczeństwa informacyjnego. Glosa do wyroku TS z dnia 19 grudnia 2019 r., C-390/18*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 4, s. 37.

²³ F. Hofman, B. Raue, *op. cit.*, s. 65.

usługę platformy internetowej²⁴. Za tym podąża kolejny wniosek: zasady z art. 28 DSA dotyczące projektowania i organizacji interfejsów internetowych nie będą miały zastosowania do aplikacji oferowanych przez Uber, gdyż usługa świadczona przez Uber została w sposób jednoznaczny zakwalifikowana jako niewchodząca w zakres pojęcia usługi społeczeństwa informacyjnego. W każdym przypadku zatem, aby określić zakres zastosowania DSA, należy na wstępie stwierdzić, czy usługodawca, który taką analizę wobec swoich usług przeprowadza, świadczy usługi społeczeństwa informacyjnego. Jeśli wniosek będzie negatywny, będzie to oznaczać, że zapisy DSA nie będą miały do takich usług zastosowania.

Do wskazanego wniosku należy dodać na marginesie kolejne zawężenie zastosowania przepisów DSA, które jednak należy oceniać pozytywnie. Art. 2 ust. 2 DSA, a szerzej motyw 6 preambuły DSA precyzuje: „W praktyce niektórzy dostawcy usług pośrednich pośredniczą w zakresie usług, które mogą, ale nie muszą być świadczone drogą elektroniczną, takich jak zdalne usługi technologii informacyjnej, transport, zakwaterowanie lub usługi doręczeń”.

4. Wnioski

Mając na uwadze poczynione rozważania, wydaje się, że DSA odnosi się we wskazanym zakresie do usług mieszanych, które w części stanowią usługę świadczoną drogą elektroniczną i mogą być uznane za taką usługę, lecz w części faktycznie jej nie stanowią, ale wobec właściwej wykładni prowadzonej w sposób jak wskazano powyżej, stosuje się do nich przepisy Dyrektywy E-commerce dot. usług społeczeństwa informacyjnego. Wobec tego w dalszej części motywu 6 preambuły DSA wprost stanowi: „Niniejsze rozporządzenie powinno mieć zastosowanie wyłącznie do usług pośrednich i nie powinno mieć wpływu na wymogi określone w prawie Unii lub prawie krajowym dotyczące produktów lub usług, których świadczenie odbywa się poprzez usługi pośrednie, w tym w sytuacjach, w których usługa pośrednia stanowi integralną część innej usługi, która nie jest usługą pośrednią zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”. W omawianym motywie ustawodawca europejski zakreśla zatem zakres zastosowania DSA wyłącznie do części usługi, która będzie usługą pośrednią na gruncie DSA, stano-

²⁴ Tak: C. Cauffman, C. Goanta, *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, „European Journal of Risk Regulation” 2021, vol. 12, s. 764, w odniesieniu do możliwości skorzystania z wyłączeń określonych w art. 5 ust. 1 DSA, jednak wniosek ten można rozumieć szerzej, także w odniesieniu do zastosowania DSA *per se*.

wiąć, że do innych usług wchodzących w zakres usługi mieszanej DSA nie będzie miało zastosowania. Jako implikację w praktyce można przytoczyć przykład usługi *marketplace* i jej pobocznej usługi dostawy produktu do kupującego. Oczywisty jest wobec poczynionego wyводу wniosek, że choć możliwość korzystania z *marketplace* będzie usługą pośrednią, do części tej usługi dotyczącej dostawy nie będzie można zastosować przepisów DSA.

Bibliografia

I. Źródła (spis aktów prawnych, orzeczeń sądowych, trybunałów)

A. Akty prawne

Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz. Urz. WE L 167/10 z 22.06.2001 r. późn. zm.).

Zalecenie Komisji z dnia 6 maja 2003 r. dotyczące definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (Tekst mający znaczenie dla EOG) (notyfikowane jako dokument nr C(2003) 1422).

Dyrektywa (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119/1 z 4.05.2016 r. z późn. zm.).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2065, z dnia 19 października 2022 r., w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych oraz zmiany dyrektywy 2000/31/WE (akt o usługach cyfrowych), (Dz. Urz. UE L 277/1 z 27.10.2022 r.).

Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), (Dz. Urz. WE L 178/1 z 17.07.2000 r.).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/2394 z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów i uchylające rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 (Dz. Urz. UE L 345/1 z 27.12.2017 r. z późn. zm.).

B. Orzeczenia TSUE oraz opinia rzecznika generalnego TSUE

Wyrok TSUE z dnia 20 grudnia 2017 r., C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi V. Uber Systems Spain SL*, ZOTSiS 2017, nr 12, poz. I-981.

Wyrok TSUE z dnia 10 kwietnia 2018 r., C-320/16, *Uber France*.

Wyrok TSUE z dnia 19 grudnia 2019 r., C-390/18, *Postępowanie Karne Przeciwko X przy udziale YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP), Valhotel*.

Opinia rzecznika generalnego TSUE, M. Szpunara przedstawiona w dniu 11 maja 2017 r., sprawa C-434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi przeciwko Uber Systems Spain SL*.

II. Literatura (opracowania o charakterze naukowym)

Bagińska E., Majkowska-Szulc S., *Granice prawne „uberyzacji”*. Glosa do wyroku TS z dnia 20 grudnia 2017 r., C-434/15, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 5.

Cauffman C., Goanta C., *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, „European Journal of Risk Regulation” 2021, vol. 12.

Hofman F., Raue B., *Digital Services Act: Gesetz über digitale Dienste*, Baden-Baden 2023.

Jabłonowska A., *Pośrednictwo w zawieraniu umów najmu krótkoterminowego jako świadczenie usług społeczeństwa informacyjnego*. Glosa do wyroku TS z dnia 19 grudnia 2019 r., C-390/18, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 4.

Konarski X., *Status prawny platform internetowych na podstawie projektu Aktu o usługach cyfrowych (AUC)*, „Prawo Nowych Technologii” 2021, nr 1.

Lost opportunities of the Digital Services Act? – considerations on the definition of an online platform – part I

Abstract

The article is divided into two parts. In the first one, the author discusses the objectives of the Digital Services Act, which are relevant to understanding the definition of an “online platform” and evaluating the regulations introduced. The author then begins to analyze the component definitions of an “online platform”, which include the concepts of an information society service (1) and a hosting service that stores and disseminates information to the public (2). The second of the component definitions of an “online platform”, is discussed in detail in the next part of the article. The meaning of the concept of dissemination to the public of information within the meaning of the DSA and the provision of a service at the “individual request of the recipient” of this service was developed. For a comprehensive analysis, it was also necessary to look at the exclusion implicit in the definition of an „online platform” in Article 3(i) of the DSA, concerning the minor and purely ancillary feature of the service of storing and disseminating information to the public at the request of the recipient of the service comparing to other services offered by the provider in question. At the end of the second part of the article, the author draws conclusions about the whole two parts of the article.

Keywords

Digital Services Act, DSA, online platform, intermediary service, hosting service