

nr 4/2011



KWARTALNIK NAUKOWY

**PRAWO
MEDIÓW
ELEKTRONICZNYCH**

42,00 PLN W TYM 5%

ISSN 2082-100X

W NUMERZE M.IN.:

Marcin Podleś

**Zagadnienie przejścia ryzyka przypadkowej utraty lub
uszkodzenia towaru konsumpcyjnego przy sprzedaży
towarów za pośrednictwem Internetu**

Izabela Wróbel

**Sprzedaż wyrobów medycznych przez internet w świetle
prawa unii europejskiej**



Redakcja:

Redaktor naczelny – prof. dr hab. Jacek Gołaczyński

Sekretarz redakcji – dr Marek Leśniak

Redaktor numeru – dr Dariusz Szostek

Rada programowa:

dr hab. prof. nadzw. UMK Andrzej Adamski

dr hab. prof. UKSW Grażyna Szpor

dr Marek Świerczyński, UKSW

dr Wojciech Wiewiórowski, UG

dr Grzegorz Sibiga, INP PAN

adwokat Xawery Konarski

dr hab. prof. nadzw. UW. Włodzimierz Gromski

dr hab. prof. nadzw. UW. Krzysztof Wójtowicz

prof. dr hab. Ryszard Jaworski, UW

radca prawny Jacek Wilczewski,

Kancelaria Prawna Grynhoff Woźny Wspólnicy

adwokat Artur Kmiecik

sędzia Jacek Czaja

Recenzent numeru:

prof. UMK, dr hab. Andrzej Adamski

Korekta językowa:

dr Agnieszka Kulik-Jęsień

Okładka, skład i łamanie:

Kamil Ligienza

© Copyright by Uniwersytet Wrocławski Wydział
Prawa, Administracji i Ekonomii,
Centrum Badań Problemów Prawnych
i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej,
ul. Uniwersytecka 22/26, 51-145 Wrocław

ISSN 2082-100X

Adres redakcji:

Uniwersytet Wrocławski Wydział Prawa,

Administracji i Ekonomii,

Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych

Komunikacji Elektronicznej,

ul. Uniwersytecka 22/26, 51-145 Wrocław

e-mail: ebiuletynbke@prawo.uni.wroc.pl

Produkcja:

VNT Law & Communications Sp. z o.o.

ul. Norblina 84, 40-748 Katowice,

tel.: 32 352 42 00, faks: 32 352 42 01

mob.: 0 602 334 664, 0 660 530 054

e-mail: vnt@vnt.com.pl, szkolenia@vnt.com.pl

www.vnt.com.pl

Szanowni Państwo,
Mam przyjemność przedstawić Państwo 4 numer Kwartalnika Naukowego „Prawo Mediów Elektronicznych”. W tym numerze przedstawimy poglądy odnoszące się do prawa cywilnego, karnego, administracyjnego, europejskiego.

W części obejmującej prawa prywatne publikujemy artykuł dra Marcina Podlesia pt. *„Zagadnienie przejścia ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru konsumpcyjnego przy sprzedaży towarów za pośrednictwem Internetu”*, mgr Adamskiej-Woźniak na temat *„Ustalanie wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych oraz praktyki organizacji zbiorowego zarządzania w odniesieniu do zasad konstytucyjnych i praktyk zakazanych przez prawo konkurencji”* i w końcu artykuł mgr Katarzyny Otręby na temat *„Zmiany warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w świetle praw konsumenta tych usług”*.

W części dotyczącej prawa karnego przedstawiamy Państwo wypowiedź na temat *„Przesłanek wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego autorstwa”* mgr Kamili Mrozek i mgr Katarzyny Sitnik.

Prawu administracyjnemu poświęcony został artykuł mgr inż. Tomasz Radziszewskiego pt. *„Perspektywa informatyzacji działalności podmiotów przetwarzających dane osobowe pacjentów”*.

Prawu Unii Europejskiej poświęcony został artykuł dr Izabelli Wróbel na temat *„Sprzedaży wyrobów medycznych przez Internet w świetle prawa Unii Europejskiej”*.

W numerze przedstawiamy także wypowiedź o ochronie informacji, w systemach kryptografii dynamicznej inspektora Mariusza Dożdża.

Zachęcam Państwa do lektury
prof. dr hab. Jacek Gołaczyński

Zasady publikacji:

Redakcja prosi o przysyłanie materiałów do publikacji w biuletynie zarówno w formie elektronicznej: pocztą elektroniczną lub na dyskietkach, jak również w formie wydruku. Tekst powinien być podpisany własnoręcznie przez autora. Tekst powinien być sporządzony w formacie MS Word, z zachowaniem interlinii oraz marginesów szerokości 3 cm. Tekst nie powinien przekraczać 15 stron znormalizowanego formatu A-4. Redakcja zastrzega sobie możliwość dokonywania skrótów, poprawek stylistycznych, językowych interpunkcyjnych. Prosimy autorów o podawanie także swoich adresów prywatnych, numerów telefonów, adresów poczty elektronicznej, tytułów naukowych, zajmowanych stanowisk lub pełnionych funkcji, a także adresów właściwych urzędów skarbowych, numerów kont bankowych tych urzędów oraz danych osobowych potrzebnych do deklaracji podatkowej. Artykuły i recenzje niesamodzielnym pracownikom naukowym będą poddawane recenzji.

SPIS TREŚCI

REFERATY

MGR Kamila Mrozek, MGR Katarzyna Sitnik Przesłanki wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego	3
DR Marcin Podleś Zagadnienie przejścia ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru konsumpcyjnego przy sprzedaży towarów za pośrednictwem Internetu	9
INSPEKTOR Mariusz Drożdż Nowa jakość w ochronie informacji, czyli usługi w systemach kryptografii dynamicznej	14
DR Izabela Wróbel Sprzedaż wyrobów medycznych przez Internet w świetle prawa unii europejskiej	18
MGR Edyta Adamczyk-Woźniak Ustalanie wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych oraz praktyki organizacji zbiorowego zarządzania w odniesieniu do zasad konstytucyjnych i praktyk zakazanych przez prawo konkurencji	26
MGR Katarzyna Otręba Zmiana warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w świetle praw konsumenta tych usług	33
MGR INŻ. Tomasz Radziszewski Perspektywa informatyzacji działalności podmiotów przetwarzających dane osobowe pacjentów	37

MGR KAMILA MROZEK, MGR KATARZYNA SITNIK

PRZESŁANKI WYKONYWANIA KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI W SYSTEMIE DOZORU ELEKTRONICZNEGO

Nieustająca krytyka dominującej w systemie sankcji karnych kary pozbawienia wolności skłania penologów do poszukiwań kar mogących stanowić dla niej racjonalną i skuteczną alternatywę¹. Polski ustawodawca², ustawą z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego³ ustanowił nowy sposób wykonywania krótkoterminowej kary pozbawienia wolności. Wprowadzony do katalogu systemów wykonywania kary pozbawienia wolności elektroniczny dozór umożliwia skazanemu odbycie kary poza zakładem karnym, jednocześnie ograniczając jego swobodę poprzez kontrolę przebywania przez niego w wyznaczonym miejscu oraz czasie⁴.

Institucja elektronicznie monitorowanego aresztu domowego, będącego nie tylko formą kontroli skazanego, ale także rodzajem samoistnej sankcji, została ustanowiona, aby dać wymiarowi sprawiedliwości możliwość uprzywilejowania niektórych kategorii przestępców, dla których kara pozbawienia wolności ze względu na jej cechy mogłaby zostać uznana za środek zbyt dotkliwy⁵. Doświadczenia krajów, gdzie dozór elektroniczny jest już stosowany, niewątpliwie świadczą o tym, że jest on potrzebną instytucją prawno-karną. Przede wszystkim przez jego wprowadzenie rozszerzony został wachlarz sankcji karnych, będących do sędziowskiej dyspozycji. Jest to zawsze rozwiązanie korzystne, gdyż pozwala na daleko posuniętą indywidualizację kary⁶.

System dozoru elektronicznego daje szansę na stosowanie ważonej represji karnej wobec sprawców tzw. „drobnych przestępstw”. Jest on niewątpliwie na tyle dolegliwy, aby spełnić postulat sprawiedliwej odpłaty, a z drugiej strony – nie niesie za sobą negatywnych skutków, które towarzyszą nawet krótkiej izolacji więziennej (wzajemna demoralizacja skazanych, osłabienie

więzi z rodziną itp.)⁷. T. Szymanowski, próbując odpowiedzieć na pytanie, czym może być dozór elektroniczny dla polityki karnej, słusznie jego rolę określa jako alternatywę dla kary pozbawienia wolności, wskazując jednocześnie na takie elementy jak:

- niewyłączanie skazanego z życia społecznego (możliwość przebywania w rodzinie, wykonywania pracy lub kształcenia się);
- unikanie często demoralizującego wpływu współskazanych;
- niższe koszty wykonywania dozoru elektronicznego, aniżeli w przypadku pozbawienia wolności pod warunkiem, że byłby on stosowany wobec sprawców, którzy jeśli nie byłiby objęci dozorem elektronicznym musieliby odbywać karę w zakładzie karnym (ujemna prognoza społeczna i zagrożenie popełnieniem przestępstwa o znacznej szkodliwości społecznej)⁸.

Kolejno, wprowadzenie tego systemu ma na celu zmniejszenie przeludnienia w zakładach karnych. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że „projektowana ustawa wychodzi naprzeciw potrzebie zmniejszenia populacji osadzonych w zakładach karnych przez wprowadzenie alternatywnego do izolacji więziennej systemu wykonywania krótkoterminowej kary pozbawienia wolności- systemu dozoru elektronicznego”⁹.

Zjawisko przeludnienia więzień stopniowo narasta i bezsporny jest fakt, że taka sytuacja może rzutować na warunki, w jakich przebywają skazani. Podnoszone są jednak głosy, że w bezpośredniej perspektywie wprowadzenie dozoru elektronicznego rzeczywiście nie wpłynie istotnie na zmniejszenie liczby osób osadzonych w więzieniach (nie dość że liczba osób wykonujących obecnie karę pozbawienia wolności poniżej 1 roku nie jest wielka, to również przyjąć należy, że dozór elektroniczny nie zostanie orzeczony wobec 100% takich skazanych)¹⁰.

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż ustawa o dozorze elektronicznym obowiązuje do 31 sierpnia 2014 roku, co świadczy o tym, że system ten został wprowadzony na próbę. Ustawodawca (nadając ustawie charakter epizodyczny) dał wyraz eksperymentalnego charakteru tej regulacji. Doświadczenia zgromadzone

¹ M. Tonry, *Sentencing Matters*, New York 1996, s. 173 in.

² Pomyśl na wykorzystanie nowoczesnej technologii do kontroli zachowań osób, którymi interesował się wymiar sprawiedliwości pojawił się w Stanach Zjednoczonych w latach sześćdziesiątych, a praktyczne zastosowanie koncepcja ta znalazła w 1983 roku. W ślad za Stanami Zjednoczonymi poszły takie kraje jak: Kanada, Australia, Singapur, Izrael, Wielka Brytania czy Szwecja. Por. D. Sielicki, *Elektroniczne monitorowanie przestępców- nowoczesna alternatywa pozbawienia wolności*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2005, nr 47-48, s. 15-17.

³ Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, (Dz.U. Nr 191, poz 1366 z późn. zm.).

⁴ Ograniczenie stosowania bezwzględnej kary pozbawienia wolności jest podnoszone od wielu lat zarówno w Polsce, jak i w ustawodawstwie karnym państw obcych. Zachęcają do tego również postanowienia dokumentów międzynarodowych, np. Zalecenie nr R (96)8 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich, dotyczące polityki karnej w Europie w okresie przemian; Zalecenie nr R (99)22 dotyczące przeludnienia więzień i nadmiernego wzrostu liczby więźniów.

⁵ A. Litwinowicz, *Dozór elektroniczny a wymiar sprawiedliwości karnej w Polsce – próba oceny z perspektywy celów kary kryminalnej*, „Edukacja Prawnicza” 2006, nr 5 (80), s. 40.

⁶ A. Omowska, *Wybrane aspekty z praktyki stosowania dozoru elektronicznego w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii*, „Probacja” 2010 nr 3-4, s. 75.

⁷ Uzasadnienie projektu ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, druk sejmowy nr 1237 z dnia 6 grudnia 2007 r., s. 1.

⁸ T. Szymanowski, *Opinia o poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy, ustawy Kodeks postępowania karnego, ustawy Kodeks wykroczeń oraz ustawy Kodeks karny*, druk sejmowy nr 338 z dnia 31 maja 2006 r., s. 2.

⁹ Uzasadnienie projektu ustawy..., s. 1.

¹⁰ Por. J. Lipski, *Opinia na temat projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks karny wykonawczy, ustawy kodeks wykroczeń oraz ustawy kodeks karny*, druk sejmowy nr 25 kwietnia 2006 r., s. 6.

w czasie obowiązywania wspomnianej ustawy pozwolą na podjęcie ostatecznej decyzji dotyczącej kształtu tej instytucji.

Z uwagi na nowatorski charakter regulacji, nie została ona wprowadzona do kodeksu karnego wykonawczego, co jest dobrym rozwiązaniem. Po pierwsze, w miarę nowych doświadczeń, regulacja będzie wymagała częstych korekt legislacyjnych, co (w przypadku ustawy szczególnej) ma mniej negatywnych konsekwencji dla spójności systemu niż w przypadku regulacji kodeksowej. Po drugie, umieszczenie omawianej regulacji w odrębnej ustawie lepiej odpowiada jej czasowemu charakterowi. W przypadku rezygnacji ze stosowania instytucji systemu dozoru elektronicznego, nie będzie wymagana nowelizacja kodeksu karnego wykonawczego, a nastąpi samoczynnie z dniem wygaśnięcia mocy ustawy¹¹. Z całą pewnością decyzja o wprowadzeniu dozoru elektronicznego w formie odrębnej ustawy o charakterze epizodycznym zasługuje na pełną aprobatę. Należy zwrócić uwagę, że nawet w państwach, w których wprowadzony został przed kilku czy kilkunastu laty, wciąż uważnie bada się jego funkcjonowanie oraz udoskonala się jego kształt. Między innymi z tych względów jego wprowadzenie do kodeksu karnego wykonawczego wydało się przedwczesne¹².

Ustawa wprowadzająca system dozoru elektronicznego określa: warunki odbywania kary przez skazanego w systemie dozoru elektronicznego, warunki i tryb orzekania o udzieleniu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, organizowania i kontrolowanie wykonywania kary pozbawienia wolności w tym systemie, a także nadzór nad wykonywaniem kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego (art. 1).

O odbywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego przez skazanego orzeka sąd penitencjarny, w którego okręgu skazany przebywa na wniosek skazanego lub na wniosek jego: obrońcy, prokuratora, sądowego kuratora zawodowego lub dyrektora zakładu karnego (art. 39-40). Sąd orzeka postanowieniem w terminie 14 dni od wpłynięcia wniosku w przedmiocie zastosowania systemu dozoru elektronicznego (art. 40). W przypadku odmowy udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego skazanemu, jego obrońcy, prokuratorowi, a także sądowemu kuratorowi zawodowemu lub dyrektorowi zakładu karnego przysługuje zażalenie, jeżeli składali wniosek o udzielenie zezwolenia (art. 51). Ponowny wniosek złożony w tej samej sprawie przed upływem 3 miesięcy pozostawia się bez rozpoznania (art. 54).

Obecnie o wykonaniu kary pozbawienia wolności w określonym systemie decyduje bądź sąd wydający wyrok w sprawie (na podstawie art. 62 k.k. można orzec system terapeutyczny), bądź, jeśli sąd nie orzekł w tej mierze (co ma miejsce najczęściej) – działające w zakładach karnych komisje penitencjarne (art. 76 k.k.w.).

Niewątpliwie prawidłowe funkcjonowanie dozoru elektronicznego jako systemu wykonywania kary pozbawienia wolności jest zależne od doboru skazanych, którzy mają odbywać karę w tym systemie. Po pierwsze, z uwagi na to, że polega on na odbywaniu kary w warunkach wolnościowych, konieczna jest eliminacja skazanych, którzy wymagają izolacji. Po drugie, przed podjęciem decyzji o zastosowaniu dozoru należy dokonać analizy: cech osobowości skazanego, jego sytuacji życiowej, warunków rodzin-

nych czy mieszkaniowych¹³. Ze względu na to ustawa wprowadza wiele warunków, od których uzależnione jest zastosowanie dozoru elektronicznego.

Artykuł 6 omawianej ustawy stanowi, że sąd penitencjarny może udzielić zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, jeżeli spełnione zostaną następujące przesłanki ustawowe jej zastosowania:

- orzeczona kara pozbawienia wolności nie przekracza roku, a w przypadku wymierzenia dwóch lub więcej niepodlegających łączeniu kar pozbawienia wolności, w sumie nie przekraczają one roku¹⁴;
- skazany posiada określone miejsce stałego pobytu;
- osoby pełnoletnie, zamieszkujące ze skazanym wyrażą zgodę na odbywanie kary przez skazanego w systemie dozoru elektronicznego;
- warunki mieszkaniowe skazanego umożliwiają zainstalowanie i funkcjonowanie systemu;
- zastosowanie systemu dozoru elektronicznego jest wystarczające do osiągnięcia celów kary,
- względy bezpieczeństwa i stopień demoralizacji oraz inne szczególne okoliczności nie przemawiają za potrzebą osadzenia skazanego w zakładzie karnym;
- w przypadku skazanego odbywającego już karę pozbawienia wolności w zakładzie karnym należy brać pod uwagę dotychczasowe zachowanie skazanego w czasie odbywania kary;
- kara pozbawienia wolności nie została orzeczona w warunkach recydywy wielokrotnej, określonej w art. 64 § 2 Kodeksu karnego¹⁵.

Ogólnie można stwierdzić, że ustawa uzależnia wykonywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego od rozmiaru kary i okoliczności związanych ze skazanym (kryterium przedmiotowe) oraz właściwości skazanego (kryterium podmiotowe)¹⁶.

Na początku należy się zastanowić nad kręgiem skazanych, który jest zdeterminowany przez cel nowej regulacji, mianowicie zmniejszenie populacji skazanych osadzonych w zakładach karnych. System dozoru elektronicznego ma więc dotyczyć skazanych, którzy dotychczas trafiali do zakładów karnych. Jednocześnie z uwagi na specyfikę dozoru elektronicznego, może on odnosić się tylko do skazanych, którzy nie są niebezpieczni. Dlatego też w tym systemie może być wykonywana tylko krótkoterminowa kara pozbawienia wolności. Ustawodawca przyjął, że zastosowanie dozoru elektronicznego jest możliwe w stosunku do skazanych na karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku. Mowa jest tutaj o bezwarunkowej karze pozbawienia wolności, jak i karze orzeczonej w zawieszeniu, której wykonanie zarządzono w późniejszym czasie. Należy również pamiętać, że

¹³ Ibidem, s. 45.

¹⁴ Artykuł 6 ustawy o dozorcze elektronicznym w wersji pierwotnej stanowił, że o odbywaniu kary w SDE mogli ubiegać się skazani na karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą 6 miesięcy (którzy nie zaczęli jej odbywać, a nie minął im termin stawiennictwa do zakładu karnego) oraz skazani na karę pozbawienia wolności, która nie przekraczała 1 roku, jeżeli czas do odbycia tej kary nie przekraczał 6 miesięcy. Można stwierdzić, że zmiana tego przepisu była potrzebna i jest jak najbardziej uzasadniona. Głównym celem wprowadzenia elektronicznego dozoru było zmniejszenie przeludnienia zakładów karnych, biorąc pod uwagę, że wspomniana nowelizacja rozszerzyła możliwość wykonywania kary w tym systemie, nie można ocenić jej inaczej.

¹⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks Karny, (Dz.U. Nr 88, poz. 533 z późn. zm.).

¹⁶ R. A. Stefański, *Kara pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, „Wojakowski Przegląd Prawniczy” 2007, nr 4 (244), s. 35.

¹¹ M. Rusinek, *Ustawa o dozorcze elektronicznym. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 14.

¹² M. Rusinek, *Krytycznie o przyjętym kształcie dozoru elektronicznego*, „Przegląd Wiadomości Polskiego” 2008, nr 60, s. 52.

warunek jednego roku dotyczy również sumy dwóch lub więcej niepodlegających łączeniu kar pozbawienia wolności, które skazany ma odbyć kolejno.

Jak już zostało wspomniane, pierwotnie w systemie dozoru elektronicznego mogli odbywać karę skazani na karę nieprzekraczającą 6 miesięcy oraz skazani na karę pozbawienia wolności, która nie przekraczała 1 roku, jeżeli czas do odbycia tej kary nie przekraczał 6 miesięcy. Niewątpliwie to unormowanie było zbyt wąskie i w dużym stopniu ograniczało możliwość skorzystania z tej instytucji. Słusznie podkreśliła B. Stańdo-Kawecka, że pierwotny zakres stosowania dozoru elektronicznego budził wątpliwości, gdyż liczba skazanych w ciągu roku na bezwzględną karę pozbawienia wolności do 6 miesięcy jest niewielka. Skoro Sąd w takim przypadku nie zawiesił warunkowo wykonania tej kary, to widocznie miał jakieś powody¹⁷. Obecnie, po nowelizacji omawianej ustawy, szansę na odbywanie kary w omawianym systemie mają skazani, których kara nie przekracza jednego roku. Warto również wspomnieć, że do dnia 31 lipca 2011 roku karę odbyło 1040 skazanych, a system objął łącznie 2454 osób¹⁸.

Należy mieć na uwadze art. 7 omawianej ustawy, który stanowi, że przepisy tejże ustawy stosuje się również do skazanego, wobec którego orzeczono zastępczą karę pozbawienia wolności za przestępstwo bądź przestępstwo skarbowe. Wobec tego uregulowania zgłaszane są zarzuty, że objęcie tym systemem kary zastępczej pozbawienia wolności godzi w jej istotę, bo jej celem jest przymuszenie skazanego do wykonywania kary grzywny lub ograniczenia wolności pod rygorem osadzenia w zakładzie karnym i taka możliwość bardzo często powoduje, że skazani uiszczają należności i podejmują wykonywanie kary ograniczenia wolności. Zastępcza kara pozbawienia wolności odbywana w systemie dozoru elektronicznego straci na swojej surowości i roli czynnika wymuszającego na skazanych określone zachowanie¹⁹. Odmienne uważa R. A. Stefański, który twierdzi, że powyższe zarzuty nie są trafne²⁰.

Posiadanie przez skazanego stałego miejsca pobytu, jest jednym z warunków, od którego uzależnione jest zastosowanie dozoru elektronicznego. W literaturze można zauważyć dość odmienne poglądy dotyczące tej przesłanki. Spotykamy się z opinią, że stałym miejscem pobytu skazanego jest miejscowość, w której faktycznie skazany koncentruje swoje życie, gdzie istotny jest fakt przebywanie w tej miejscowości. Miejsce pobytu to miejscowość, w która jest głównym ośrodkiem działalności skazanego, centrum jego spraw osobistych i majątkowych²¹. Nieco inaczej uważa M. Rusinek. Autor ten nie zgadza się z wyżej wyrażonym poglądem. Jego zdaniem miejsce ma być takim obszarem, w którym skazany jest obowiązany pozostawać w wyznaczonych dniach i porach. Gdyby przyjąć, że jest nim miejscowość, dozór elektroniczny stałby się zakazem opuszczania miejscowości, a nie to jest celem tego środka. Miejsce pobytu to lokal mieszkalny, w którym skazany będzie dozorowany²².

Mimo, że ustawa nie wymaga, aby skazany posiadał tytuł prawny do lokalu, w którym zamieszkuje, to należy mieć na uwadze art. 20 omawianej ustawy, który stanowi, że tylko w wyjątkowych przypadkach, które są uzasadnione szczególnymi przypadkami, sąd może zmienić miejsce, w którym skazany ma przebywać odbywając karę w systemie dozoru elektronicznego. Wynika z tego, że musi istnieć stabilna perspektywa zamieszkiwania w lokalu zajmowanym przez skazanego. Można wywnioskować, że skazany, który zamieszkuje w domu pomocy społecznej czy hotelu również może być objęty systemem dozoru elektronicznego²³. Za takim rozumowaniem przemawiać może treść art. 11, który dopuszcza możliwość zamieszkiwania innych osób wraz ze skazanym.

Warto pamiętać, że pierwotna wersja omawianej ustawy stanowiła, że do odbycia kary w systemie dozoru elektronicznego wymagana jest zgoda skazanego (obecnie ustawodawca zrezygnował ze zgody skazanego). Było to dość oczywiste, skoro wykonanie kary w tym systemie wymaga współdziałania skazanego. Zgoda ta musiała być wyrażona swobodnie i świadomie. Niemniej jednak przepisy nie wymagały dla zgody formy szczególnej. Mogła więc być ona wyrażona na piśmie (bądź ustnie) do protokołu posiedzenia sądu penitencjarnego. W literaturze podkreśla się, że powodzenie dozoru w dużym stopniu zależy od wyczerpującego, dokładnego pouczenia skazanego o: warunkach dozoru elektronicznego, konsekwencjach ich naruszenia, a także zasadach działania technicznych środków monitorowania²⁴.

Słusznie podkreśla K. Postulski, że zgoda skazanego na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego pozwala na przyjęcie istnienia pozytywnej prognozy, iż w okresie odbywania kary skazany będzie poddawał się wszystkim rygorom z nią związanym oraz będzie przestrzegał porządku prawnego i współpracował z organami wykonującymi orzeczenie (podobnie jak w przypadku zamiany kary grzywny na pracę społecznie użyteczną – art. 45 k.k.w., czy obowiązku poddania się leczeniu – art. 72 § 1 pkt 6 k.k.w., w tych wypadkach również jest potrzebna zgoda skazanego). Wydanie zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego bez zgody skazanego nie pozwalałoby na jednoznaczne sformułowanie pozytywnej prognozy. Brak zgody skazanego mógłby prowadzić do dużej ilości skazanych uchylających się od odbywania kary, co w konsekwencji prowadziłoby do wydłużenia postępowania wykonawczego, wzrostu jego kosztów oraz uniemożliwienia, przy ograniczonych warunkach technicznych, zezwalania na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego skazanym, którzy wyrażają na to zgodę²⁵.

We wszystkich krajach, w których stosuje się system dozoru elektronicznego przy wykonywaniu kary pozbawienia wolności nie występuje warunek przymusu jego odbywania. Dobrowolność odbycia kary pozbawienia wolności w tym systemie jest warunkiem *sine qua non* jego skuteczności. Ta uprzednia zgoda skazanego ma na celu wzbudzenie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanego postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania

¹⁷ B. Stańdo-Kawecka, *Opinia do poselskiego projektu o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy Kodeks postępowania karnego, ustawy Kodeks wykroczeń oraz ustawy Kodeks karny*, druk sejmowy nr 338 z dnia 31 maja 2006 r., s. 24.

¹⁸ Dane z CZSW, stan na 27.08.2011 r.

¹⁹ Opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 17 marca 2005 r. w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks Karny Wykonawczy oraz niektórych innych ustaw, s. 1.

²⁰ R. A. Stefański, *op.cit.*, s. 35.

²¹ Tak uważa R.A. Stefański, *por.* R.A. Stefański, *op.cit.*, s. 36.

²² *Por.* M. Rusinek, *Ustawa o dozorcze...*, s. 47.

²³ *Por.* *Ibidem*, s. 48.

²⁴ *Ibidem*, s. 46.

²⁵ K. Postulski, *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego* (wersja z dnia 21 stycznia 2010 r.), s. 3-4.

na wolności porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do popełnienia przestępstwa²⁶.

Mimo, że zgoda skazanego na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego wydaje się być elementem obowiązkowym, to zaznaczyć należy, że podnoszone były głosy, proponujące rezygnację ze zgody skazanego na odbywanie kary w tym systemie. W uzasadnieniu rządowego projektu o zmianie omawianej ustawy czytamy, że: „za nieuzasadnione uznano bowiem utrzymywanie wyłomu w całym systemie prawa karnego wykonawczego, polegającego na oddaniu swobodnej ocenie skazanego, w jakim systemie ma on odbywać karę. Przecież w przypadku skierowania prawomocnie skazanej osoby do odbywania kary w warunkach izolacji w zakładzie karnym organ wymiaru sprawiedliwości nie pyta się jej o zgodę na przebywanie w jednostce penitencjarnej. Podobnie powinno być w odniesieniu do skazanych kierowanych do systemu dozoru elektronicznego”²⁷. Z poglądem tym nie należy się jednak zgodzić, choćby nawet z tych powodów, które wcześniej zostały poruszone. Z całą pewnością aprobatę wyrazić trzeba dla opinii J. Jasińskiego, który pisze, że dla akceptowalności kontroli zachowania, czy stanów organizmu kontrolowanego, zasadnicze znaczenie ma jego zgoda. Bowiem *volenti non fit iniuria*²⁸.

Co więcej, wbrew twierdzeniu Projektodawcy, znane są przypadki na podstawie Kodeksu karnego wykonawczego, gdy zgoda skazanego decyduje o: wyborze zakładu karnego (art. 84 § 2 k.k.w.), systemu wykonywania kary pozbawienia wolności (art. 95 § 1 k.k.w.), bądź odbywania kary w oddziale terapeutycznym (art. 96 § 3 k.k.w.). Poza tym zgoda skazanego ma istotne znaczenie, gdy chodzi o efektywność odbycia kary w ramach tego systemu. Wątpliwym jest, aby „przymusowe” odbycie kary w SDE wzmogło u skazanego „poczucie odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania na wolności porządku prawnego i tym samym – powstrzymania się od powrotu do popełnienia przestępstwa”, czy też pozwalało przyjąć istnienie pozytywnej prognozy²⁹.

Mimo przytoczonych powyżej argumentów, ustawodawca zrezygnował z wyrażenia zgody przez skazanego, która poprzedzała zezwolenie na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Nie jest jednak obojętny jego stosunek do możliwości odbywania kary pozbawienia wolności w tym systemie, trudno sobie bowiem wyobrazić skuteczne odbywanie takiej kary bez akceptacji jej warunków ze strony skazanego. Jeżeli skazany nie akceptuje wykonania kary w systemie dozoru elektronicznego, to istnieje duże prawdopodobieństwo, że w przyszłości złamie ustalone warunki odbywania kary, co zniweczy dotychczasową pracę sądu³⁰.

Jedną z przesłanek zastosowania dozoru elektronicznego jest również zgoda osób pełnoletnich, zamieszkujących wspólnie ze skazanym. W tym miejscu nasuwają się wątpliwości, czego zgoda ma dotyczyć. Niejasne sformułowanie tej przesłanki do-

prowadziło do wielu różnych opinii dotyczących charakteru i istoty owej zgody. W literaturze wyrażane są poglądy, że zgoda ma dotyczyć nałożenia na skazanego obowiązku pozostawania w danym miejscu pobytu, a nie – udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Z kolei można też spotkać się z głosami, że zgoda dotyczy zastosowania systemu dozoru elektronicznego albo aparatury monitorującej³¹. Nie wdając się w polemikę, czego zgoda osób pełnoletnich zamieszkujących wraz ze skazanym ma dotyczyć, należy stwierdzić, iż jej wyrażanie jest jak najbardziej uzasadnione, wręcz pożądane. W większość przypadków skazany nie mieszka sam, a odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego niewątpliwie narusza prawo do prywatności. Osoby wspólnie z nim zamieszkujące muszą mieć pełną świadomość, że skazany będzie opuszczał lokal tylko w wyznaczonym czasie, a wizyty podmiotu dozorcęgo stan techniczny aparatury monitorującej są nieodzownym elementem odbywania kary w tym systemie. Należy však pamiętać, że art. 8 ust. 1 pkt 1 zobowiązuje skazanego do pozostawania we wskazanym przez sąd penitencjarny miejscu w wyznaczonym czasie. Obowiązek ten obejmuje pozostawanie skazanego w miejscu stałego pobytu lub w innym wskazanym miejscu w wyznaczonym czasie. Aby skonkretyzować ten obowiązek sąd penitencjarny określa przedziały czasu w ciągu doby i w poszczególne dni tygodnia, w których skazany ma prawo oddalać się na okres nieprzekraczający 12 godzin, np. w celu świadczenia pracy, wykonywania praktyk religijnych lub korzystania z posług religijnych, sprawowania opieki nad osobą małoletnią, niedołączna lub chorą, kształcenia i samokształcenia oraz wykonywania twórczości własnej, korzystania z urządzeń lub zajęć kulturalno-oświatowych i sportowych, komunikowania się z obrońcą, pełnomocnikiem oraz wybranym przez siebie przedstawicielem, o którym mowa w art. 42 kodeksu karnego wykonawczego, a także komunikowania się z podmiotami, o których mowa w art. 38 § 1 kodeksu karnego wykonawczego, utrzymywania więzi z rodziną lub osobami bliskimi, korzystania z opieki medycznej lub udziału w terapii czy dokonania niezbędnych zakupów. Zwrócić należy uwagę, że powyższe wyliczenie sytuacji, w których skazany ma prawo oddalić się z miejsca pobytu, jest przykładowe. Przepis wyraźnie wskazuje, że są to tylko niektóre z możliwych okoliczności, za pomocą użytego zwrotu „w szczególności”.

Na podstawie powyższych rozważań, można z pewnością stwierdzić, iż zastosowanie systemu dozoru elektronicznego wpływa również na życie osób zamieszkujących wraz ze skazanym, który został objęty tym systemem. Dlatego też wyrażanie przez te osoby zgody nie powinno być w żadnym wypadku kwestionowane. Zgodę osób zamieszkujących wraz ze skazanym dołącza się do wniosku skazanego o udzielenie zgody na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego.

Warunkiem koniecznym zastosowania omawianego systemu jest wymóg, aby predyspozycje mieszkaniowe skazanego umożliwiały zainstalowanie aparatury monitorującej i funkcjonowanie tego systemu. Artykuł 6 ust. 1 między innymi stanowi, że sąd penitencjarny może udzielić zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, jeżeli udzieleniu takiego zezwolenia nie stoją na przeszkodzie warunki

²⁶ Z. Siwik, *Opinia z dnia 22 lutego 2010 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego*.

²⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, druk sejmowy nr 2855 z dnia 26 lutego 2010 r., s. 3.

²⁸ Tak uważa J. Jasiński, *Areszt domowy*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga Pamiątkowa ku czci Prof. M. Cieślaka red.*, Kraków 1993.

²⁹ A. Sakowicz, *Opinia prawna o zmianie o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego*, druk sejmowy nr 2855, s. 4.

³⁰ A. Kiełtyka, A. Ważny, *Ustawa o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 83-84.

³¹ Por. M. Rusinek, *Ustawa o dozorcze...*, s. 46; Por. R.A. Stefański, *op.cit.*, s. 37.

mieszkaniowe skazanego umożliwiające funkcjonowanie systemu dozoru elektronicznego, a także możliwości techniczno-organizacyjnego wykonywania tego dozoru przez upoważniony podmiot dozoru. W tym miejscu należy również wskazać art. 42 omawianej ustawy, który mówi, że przed wydaniem postanowienia o udzieleniu skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego sąd penitencjarny ustala, czy na przeszkodzie udzieleniu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie stoją warunki techniczne. W tym celu sąd żąda nadesłania informacji od upoważnionego podmiotu dozoru. Natomiast jeżeli udzieleniu zezwolenia na odbycie kary w systemie dozoru elektronicznego stoją na przeszkodzie warunki techniczne, sędzia penitencjarny pozostawia wniosek bez rozpoznania.

W toku prac legislacyjnych zakwestionowany został ten warunek, podnosząc, że wyłączenie to związane z niedoskonałością organizacyjną systemu lub brakiem środków technicznych, prowadzi do nierównego traktowania obywateli i w gruncie rzeczy – uzależnia stosowanie tej instytucji od spełnienia przez wymiar sprawiedliwości określonych warunków organizacyjnych i technicznych. Tymczasem od podmiotu dozoru można wymagać odpowiednich warunków wykonywania dozoru na powierzonym obszarze, a w razie naruszenia tego obowiązku organy wykonujące dozór elektroniczny powinny podjąć odpowiednie kroki w ramach nadzoru nad podmiotem dozoru. Zapewnienie odpowiednich warunków technicznych obciążać powinno organy wykonujące karę w omawianym systemie i niedociągnięcia w tym zakresie, niezależnie od tego, czy wynikają z niedoskonałej organizacji czy niedostatku środków, nie mogą mieć wpływu na decyzję o zastosowaniu dozoru wobec konkretnego skazanego³².

Niewątpliwie, sformułowanie tej przesłanki jest nieco niefortunne, gdyż warunki umożliwiające funkcjonowanie systemu, nie stoją na przeszkodzie jego stosowania. Należy uznać, że ustawodawcy chodziło o brak przeszkód w postaci czynników uniemożliwiających funkcjonowanie systemu. Dotyczy to przede wszystkim warunków o charakterze technicznym, np. dostęp do energii elektrycznej, niezbędnej do zasilania stacjonarnego urządzenia monitorującego. Natomiast uzależnienie zastosowania dozoru elektronicznego od techniczno-organizacyjnych możliwości dotyczy ograniczeń, które dotyczą środków technicznych, wykorzystywanych do monitorowania skazanych. Dla przykładu można wymienić brak zasięgu bezprzewodowej sieci telefonicznej, wykorzystywanej do kontaktu między stacjonarnym urządzeniem monitorującym a centralą monitorowania. Wskazać należy, że jako negatywną przesłankę dozoru można zaakceptować tylko obiektywne, niezależne od podmiotu dozoru ograniczenia systemu³³.

Artykuł 6 omawianej ustawy stanowi, że wykonanie kary w systemie dozoru elektronicznego jest możliwe, jeżeli wystarcza do osiągnięcia celów kary. Przesłanka „osiągnięcia celów kary” jest w literaturze nieco krytykowana. Zaznaczyć należy, że kara pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia może być przez sąd orzekana tylko wtedy, gdy inne sankcje wolnościowe

nie mogą spełnić celów kary. Powyższy wniosek wynika bezpośrednio z art. 58 kodeksu karnego³⁴, który dotyczy zasady *ultima ratio*. Nasuwa się od razu myśl, że skoro sąd w postępowaniu rozpoznawczym wymierzył skazanemu właśnie karę pozbawienia wolności bez zawieszenia, bo właśnie takie kary mają być wykonywane w systemie dozoru elektronicznego, to znaczy, że w jego ocenie żadna z sankcji wolnościowych nie może zrealizować celów kary. Jednocześnie ustawodawca oczekuje, że względem tego samego skazanego sąd penitencjarny uzna dozór elektroniczny za środek wystarczający dla realizacji celów kary. Mało prawdopodobne jest, aby sąd w postępowaniu wykonawczym uznał odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego za wystarczające do osiągnięcia tych celów. Takie przypadki nie będą zdarzały się często, a po drugie – stwarzać będą wrażenie niekonsekwencji ustawodawcy. Warto również wskazać, że art. 6 ust. 1 ustawy o dozorze elektronicznym nie daje pierwszeństwa żadnemu z celów kary, o których mowa w art. 53 kodeksu karnego³⁵, co prowadzi do wniosku, że dozór elektroniczny ma realizować zarówno cele zapobiegawcze i wychowawcze względem skazanego, jak i cele w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa³⁶.

System dozoru elektronicznego można zastosować, jeżeli względy bezpieczeństwa i stopień demoralizacji oraz inne szczególne okoliczności nie przemawiają za potrzebą osadzenia skazanego w zakładzie karnym. Niewątpliwie wymóg ten ma zagwarantować wyeliminowanie skazanych, którzy ze względu na stopień demoralizacji będą na wolności stanowić niebezpieczeństwo dla społecznie chronionych wartości³⁷. Należy jednakże zauważyć, że sprawcy o pozytywnej prognozie kryminologicznej rzadko skazywani są na bezwzględną karę pozbawienia wolności, gdyż wobec nich stosuje się z reguły warunkowe umorzenie postępowania lub warunkowe zawieszenie wykonania kary.

Z całą pewnością powyższa przesłanka ma charakter ochronny. Na pełną aprobatę zasługuje fakt, że ustawodawca wyklucza stosowanie dozoru względem skazanych, co do których zachodzi potrzeba izolacji w zakładzie karnym. Warto zauważyć, że polski ustawodawca dopuszcza stosowanie dozoru, niezależnie od typu popełnionego przestępstwa, pozostawiając eliminację sprawców niebezpiecznych decyzji sądu penitencjarnego, który opiera się na wyżej wymienionej przesłance³⁸.

Ustawa nie wskazuje okoliczności, na których opierać ma się pozytywna prognoza kryminologiczna. Ze względu na to, że decyzja w przedmiocie zastosowania tego systemu zapada po uprawomocnieniu się wyroku, decydują okoliczności zaistniałe po wydaniu wyroku. Należy przyznać, że na decyzje sądu penitencjarnego nie mogą wpływać takie okoliczności, jak: stopień społecznej szkodliwości czynu, motywacja, sposób zachowania sprawcy, rodzaj ujemnych następstw przestępstwa, właściwości osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa, jak i po popełnieniu przestępstwa, gdyż były one brane

³² M. Rusinek, Opinia na temat rządowego projektu ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, druk sejmowy nr 1237.

³³ M. Rusinek, *Ustawa o dozorze...*, s. 48.

³⁴ Artykuł 58 § 1 Kodeksu karnego stanowi, że jeżeli ustawa przewiduje możliwość wyboru rodzaju kary, sąd orzeka karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania tylko wtedy, gdy inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary.

³⁵ W art. 53 § 1 obowiązującego Kodeksu karnego wskazano cztery ogólne dyrektywy wymiaru kary: współmierność kary do stopnia winy, współmierność kary do stopnia społecznej szkodliwości, cele zapobiegawcze i wychowawcze wobec sprawcy (prewencja szczególna) oraz kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa (pozytywna prewencja ogólna).

³⁶ M. Rusinek, *Ustawa o dozorze...*, s. 50-51; M. Rusinek, *Krytycznie o przyjętym...*, s. 57.

³⁷ R.A. Stefański, *op.cit.*, s. 38.

³⁸ M. Rusinek, *Ustawa o dozorze...*, s. 51-52.

pod uwagę przy wymiarze kary i to one przesądziły o konieczności orzeczenia bezwzględnej kary pozbawienia wolności. Okolicznościami zaistniałymi po orzeczeniu kary, które mogą wskazywać na niecelowość jej odbycia poza zakładem karnym są między innymi: naprawienie szkody po wyroku lub pojednanie się w tym czasie z pokrzywdzonym, znaczne pogorszenie stanu zdrowia skazanego lub warunków jego życia lub jego rodziny³⁹.

W tym miejscu wspomnieć należy, że jeżeli skazany rozpoczął już odbywanie kary pozbawienia wolności w zakładzie karnym, należy ponadto mieć na względzie dotychczasowe zachowanie skazanego w czasie odbywania kary. W tym przypadku pozytywna prognoza kryminologiczna również ma istotne znaczenie. Zachowanie skazanego w czasie odbywania kary powinno uzasadniać przekonanie, że w czasie pobytu poza zakładem karnym nie popełni on ponownie przestępstwa oraz będzie przestrzegał porządku prawnego.

Przesłanką negatywną zastosowania systemu dozoru elektronicznego jest orzeczenie kary pozbawienia wolności w warunkach recydywy wielokrotnej, określonej w ramach art. 64 § 2 kodeksu karnego⁴⁰. Jest to formalne wyłączenie skazanych w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej z możliwości zastosowania dozoru elektronicznego.

W wersji pierwotnej ustawa o dozorcze elektronicznym formalnie eliminowała skazanych za umyślnie popełnione przestępstwo lub przestępstwo skarbowe na karę pozbawienia wolności, którzy uprzednio byli skazani na taką karę, poza tymi, wobec których zachodziły warunki do orzeczenia wyroku łącznego. Zakładane ograniczenie stosowania systemu wyłącznie do osób, które uprzednio nie były skazane na karę pozbawienia wolności za umyślnie przestępstwo lub umyślnie przestępstwo skarbowe było racjonalne, biorąc pod uwagę, fakt że system ten funkcjonuje w gruncie rzeczy na wolności. Odstępstwem od tej zasady była sytuacja, gdy zaistniały warunki do wydania wyroku łącznego. Ustawodawca uznał tym samym, że stosowanie wspomnianego ograniczenia także w wypadku wykonywania kary w tym systemie sytuowałoby skazanego w gorszej sytuacji niż orzeczenie kary łącznej jednym wyrokiem. Niezależnie od tego, czy przeciwko sprawcy toczyło się jedno czy kilka postępowań, możliwość skorzystania przez niego z systemu była identyczna⁴¹.

Formalne wyłączenie skazanych w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej jest niewątpliwie racjonalnym rozwiązaniem, gdyż wobec sprawcy określonego w art. 64 § 2 k.k. nie można konstruować pozytywnej prognozy kryminologicznej. Należy zaznaczyć, że wobec tej kategorii skazanych, jeżeli nie zachodzi wypadek uzasadniony szczególnymi okolicznościami, wykluczone jest warunkowe zawieszenie wykonania kary (art. 69 § 3 k.k.).

Należy mieć na uwadze również fakt, że systemem tym nie mogą być objęte osoby, wobec których orzeczono: karę aresztu lub zastępczą karę aresztu za wykroczenie, zastępczą karę pozbawienia wolności za wykroczenie skarbowe, karę porządkową lub środek przymusu skutkujący pozbawieniem wolności oraz osoby skazane na karę aresztu wojskowego.

Podsumowując rozważania dotyczące przesłanek, które warunkują zastosowanie systemu dozoru elektronicznego, stwierdzić należy, iż wymagają one dopracowania, a ostateczny kształt nada im praktyka stosowania tej instytucji. Warto jednak podkreślić, że system dozoru elektronicznego jest potrzebną instytucją prawno-karną. Poszukiwanie nowych rozwiązań i ich doskonalenie jest wynikiem dostosowywania systemu prawa karnego do nowych realiów, wynikających między innymi z postępu techniki. Stosowanie dozoru elektronicznego niewątpliwie umożliwia daleko idącą indywidualizację kary. Z uwagi na to, że jest to instytucja nowa, wymaga ciągłej poprawy oraz dostosowywania do rzeczywistości. Świadczy o tym chociażby liczba nowelizacji omawianej ustawy. Obecny kształt ustawy niewątpliwie będzie jeszcze w większym stopniu oddziaływać na populację osadzonych w zakładach karnych i będzie mieć wpływ na ich aktywność własną. Umożliwi skazanym przygotowanie się do życia po odbyciu kary przez utrzymywanie systematycznych kontaktów z rodziną i osobami bliskimi oraz znalezienie sobie pracy w czasie odbywania kary. O tym, czy tak faktycznie stanie się – pokażą praktyczne efekty stosowania tej instytucji przez sądy penitencjarne. Można stwierdzić, że wszelkie zmiany ustawy zmierzają we właściwym kierunku. Skoro bowiem władze resortu sprawiedliwości oraz ustawodawca zdecydowały się na wprowadzenie dozoru elektronicznego do katalogu sposobów wykonania kary pozbawienia wolności, inwestując niemałe społeczne przecież środki finansowe na jego przygotowanie i uruchomienie, to należy zrobić wszystko, aby dotychczasowe rozwiązania legislacyjne nie utrudniały pełnego wykorzystania możliwości, jakie daje ta instytucja⁴².

System dozoru elektronicznego jest bodźcem do wypracowania samokontroli i tym samym przestrzegania porządku prawnego oraz przeciwdziałania demoralizacji skazanego przez pozbawienie kontaktu ze środowiskiem więziennym. Wprowadzenie tego systemu zasługuje na pełną aprobatę, a praktyczna weryfikacja będzie miała decydujący wpływ na podjęcie decyzji o ostatecznym wprowadzeniu dozoru elektronicznego do polskiego prawa karnego. Mimo, że na pierwszy rzut oka instytucja ta nie wydaje się być karą kryminalną, to jednak można stwierdzić, że spełnia ona wymogi celu indywidualno-prewencyjnego, a także prewencji ogólnej.

W literaturze poświęconej zastosowaniu monitoringu elektronicznego, przytacza się wiele argumentów przemawiających za, jak i przeciw stosowaniu tego systemu. Zaznaczyć jednak należy, że w trakcie tak krótkiego okresu obowiązywania ustawy o dozorcze elektronicznym, niezwykle ciężko jest obiektywnie wyrazić sądy o tej instytucji. Aby były one jak najbardziej uzasadnione, należy poczekać dłuższy czas i dopiero wtedy racjonalnie zwerifikować praktykę stosowania tej instytucji. Z całą pewnością można jednak stwierdzić, że wprowadzenie tego systemu zbliża polski system prawny do światowych standardów wykonywania kary pozbawienia wolności.

³⁹ R.A. Stefański, *op.cit.*, s. 38-39.

⁴⁰ Zgodnie z art. 64 § 2 k.k. recydywa wielokrotna zachodzi, gdy: sprawca był już uprzednio skazany w warunkach recydywy podstawowej – czyli był już co najmniej dwukrotnie skazany; łącznie odbył co najmniej rok kary pozbawienia wolności; nowe przestępstwo popełnił przed upływem 5 lat po odbyciu ostatniej kary (w całości lub części); nowe przestępstwo jest umyślne; sprawca ponownie popełnia przestępstwo, które skierowane jest przeciwko życiu lub zdrowiu bądź stanowi przestępstwo zwałowania, rozboju, kradzieży z włamaniem lub inne przestępstwo przeciwko mieniu popełnione z użyciem przemocy lub groźby jej użycia. Sformułowanie „sprawca ponownie popełnia przestępstwo” należy rozumieć zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwem Sądu Najwyższego: uprzednie przestępstwo jest takie samo jak nowe bądź należy do tej samej grupy przestępstw, czyli między uprzednim przestępstwem a nowym zachodzi tożsamość jednostkowa lub tożsamość rodzajowa. Uchwała SN z 25 kwietnia 1996 r., I KZP 3/96, OSNKW 1996, nr 5-6, poz. 23.

⁴¹ W. Kotowski, B. Kurzępa, *Dozór elektroniczny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2009, s. 34-35.

⁴² W. Kotowski, M. B. Kurzępa, *Projektowane rozwiązania w systemie dozoru elektronicznego*, Probacja 2010, nr 3-4, s. 149.

DR MARCIN PODLEŚ

ZAGADNIENIE PRZEJŚCIA RYZYKA PRZYPADKOWEJ UTRATY LUB USZKODZENIA TOWARU KONSUMPCYJNEGO PRZY SPRZEDAŻY TOWARÓW ZA POŚREDNICTWEM INTERNETU

1. Wprowadzenie¹

Za pośrednictwem Internetu wielu przedsiębiorców oferuje konsumentom różnorodne towary. W sensie prawnym umowy zawierane przy jego wykorzystaniu kwalifikowane są zwykle jako tzw. umowy zawierane na odległość². Bardzo często powodują one konieczność przekazania towaru konsumpcyjnego przez przedsiębiorcę do konsumenta z wykorzystaniem osoby trzeciej (operatora pocztowego), ponieważ strony nie mają osobistej styczności, a dzielący je dystans lub nawet już sam sposób zorganizowania działalności przez sprzedawcę to wymusza³. Z kolei wysyłka (transport) towaru i powierzenie go w tym celu osobie trzeciej stwarza zawsze ryzyko, że w tym czasie towar zostanie utracony lub zniszczony, czy też uszkodzony. Pojawia się zatem pytanie, której ze stron umowy sprzedaży konsumenckiej – sprzedawcy czy kupującemu – i od jakiego momentu, przypisuje się negatywne następstwa takiego zdarzenia, w szczególności z punktu widzenia odpowiedzialności za powstałą w ten sposób niezgodność towaru z umową.

2. Pojęcie przypadkowej utraty oraz przypadkowego uszkodzenia rzeczy

Zanim zostaną zaprezentowane rozważania dotyczące momentu przejścia ryzyka ze sprzedawcy na kupującego i jego skutków, warto podjąć próbę określenia znaczenia pojęcia „przypadkowej utraty oraz przypadkowego uszkodzenia rzeczy”. Chociaż ustawodawca pojęciem tym posługuje się w kodeksie cywilnym w kilku miejscach⁴, to nie została stworzona jego definicja legalna. W doktrynie przyjmuje się, że przypadkowa utrata lub uszkodzenie rzeczy odnosi się do sytuacji, gdy strona ponosząca w danym momencie ryzyko nie odpowiada za okoliczności, które

spowodowały utratę lub uszkodzenie rzeczy⁵, a jednocześnie odpowiedzialność za utratę lub uszkodzenie rzeczy nie jest wynikiem okoliczności, za które odpowiadałaby druga strona umowy. Chodzi zatem o sytuację, gdy sprzedawana rzecz ulega uszkodzeniu, zniszczeniu lub utracie na drodze między sprzedawcą a kupującym w wyniku okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi: ani sprzedawca, ani kupujący, ani żadna osoba, którą posługują się oni w wykonaniu swoich własnych zobowiązań⁶. Przykładowo, nie może być źródłem przypadkowego uszkodzenia rzeczy jej niewłaściwe opakowanie, wbrew obowiązkowej ciążącemu na sprzedawcy. Jednocześnie wydaje się, że nie ma podstaw do zawężania zakresu pojęcia przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy wyłącznie do sytuacji działania siły wyższej, ponieważ pojęcie to jest szersze i obejmuje także inne przyczyny, byle tylko nie można było ich przypisać sprzedawcy ani kupującemu. Z kolei, jeśli dojdzie do przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru, to strona w której obszarze ryzyka to zdarzenie nastąpiło nie może obciążać skutkami takiego zdarzenia drugiej strony.

3. Moment przejścia ryzyka ze sprzedawcy na kupującego w ramach sprzedaży konsumenckiej a przepisy kodeksu cywilnego

Przepisy ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie kodeksu cywilnego⁷, ani przepisy ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów, nie zawierają szczególnej regulacji, normującej przejście ze sprzedawcy (przedsiębiorcy) na kupującego (konsumenta) ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru. Co więcej, prawodawca europejski w punkcie 14 preambuły do dyrektywy 1999/44 podkreślił, że dzięki powiązaniu oceny zgodności towaru z umową z momentem „dostawy towaru”, w prawach krajowych państw członkowskich nie muszą zostać zmienione reguły, określające przejście ryzyka⁸. Dyrektywa nie ingeruje zatem w regulację państw członkowskich, dotyczącą przejścia ryzyka, ani w określe-

¹ Artykuł powstał w ramach projektu pt. „Potencjał naukowo-dydaktyczny Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego w służbie ochrony prawnej konsumenta” współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

² Zob. art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności wyrządzonej przez produkt niebezpieczny (Dz. U. nr 22, poz. 271 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą o ochronie niektórych praw konsumentów.

³ Warto podkreślić, że dla kwalifikacji danej umowy jako „umowy zawieranej na odległość” kluczowy jest fakt jej zawarcia bez jednoczesnej obecności stron, a nie konieczność wysyłki towaru przez przedsiębiorcę do konsumenta. Zgodnie bowiem z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów jako „umowy zawierane na odległość” kwalifikowane są umowy zawierane bez jednoczesnej obecności stron pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą, jeżeli dany przedsiębiorca w taki sposób zorganizował swoją działalność.

⁴ Zob. art. 548 § 1, art. 580 § 3, art. 641, art. 714, art. 739, art. 841 oraz art. 1057 k.c.

⁵ W.J. Katner [w:] J. Rajski (red.) *System prawa prywatnego*, Tom 7, Warszawa 2010, s. 122.

⁶ Zob. również: W. Górski / K. Wesołowski, *Umowy obrotu towarowego a przewóz przesyłek*, Radca Prawny nr 5, 1998, s. 25. Autorzy ci stwierdzają, że art. 548 k.c. obejmuje również ryzyko ubytku rzeczy.

⁷ Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. (Dz. U. nr 141, poz. 1176 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej.

⁸ W doktrynie prezentowane jest stanowisko, że dyrektywa 1999/44 pozostawia prawo krajowemu kwestię określenia momentu dostarczenia (wydania) towaru – zob. R. Stefancki, *Ochrona konsumenta w świetle ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej*, Zakamycze 2006, s. 241.

nie miejsca spełniania świadczenia⁹. Dlatego też jako punkt wyjścia dla prowadzonej analizy należy przyjąć regulację zawartą w kodeksie cywilnym.

Centralnym przepisem prawa zobowiązań, odnoszącym się do przypadkowej utraty oraz przypadkowego uszkodzenia sprzedawanej rzeczy jest art. 548 k.c. Przepis ten ustanawia regułę, że ryzyko przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy przechodzi ze sprzedawcy na kupującego z chwilą wydania rzeczy. Nie ma natomiast z tego punktu widzenia znaczenia moment, kiedy kupujący stanie się właścicielem tej rzeczy¹⁰. Samo rozumienie pojęcia „wydanie rzeczy” bywa jednak sporne. W doktrynie trafnie pod pojęciem „wydania” rozumie się wszelkie sposoby przeniesienia posiadania, a ponadto postrzega się je „w każdym zachowaniu sprzedawcy, które aprobuje kupujący”¹¹. Słusznie formułuje się też pogląd uzupełniający, że wydaniem jest czynność konwencjonalna, z którą ustawodawca łączy przejście na kupującego korzyści i ciężarów związanych z rzeczą oraz ryzyka przypadkowej utraty i uszkodzenia towaru¹². Jednocześnie pojęcie wydania rzeczy przez sprzedawcę nie jest tożsame z jej odbiorem przez kupującego – może się zdarzyć, że dojdzie w sensie prawnym do wydania rzeczy, pomimo że kupujący nie przejął jej w swoje władanie¹³. Nie jest zatem uprawnione katygoryczne wiązanie skutków prawnych w zakresie przejścia ryzyka dopiero z momentem faktycznego odebrania towaru przez kupującego. W orzecznictwie trafnie wskazuje się, że sposób „wydania” zależy od okoliczności i woli stron, przykładowo, poza wydaniem w rozumieniu art. 348 k.c., może ono także polegać na powierzeniu rzeczy osobie trzeciej (np. przechowawcy)¹⁴. Obowiązek wydania rzeczy przez sprzedawcę uznaje się za wykonany również w sytuacjach, gdy kupujący wyraził zgodę na pozostawienie tej rzeczy we władaniu sprzedawcy lub osoby trzeciej¹⁵. Natomiast za zbyt daleko idący należy uznać wyrażony w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 1999 r.¹⁶ pogląd, o zaistnieniu wydania rzeczy w wyniku samego jej zaoferowania przez sprzedawcę w czasie i miejscu uzgodnionym przez strony, w sytuacji, gdy kupujący nigdy tej rzeczy nie odebrał, a samo zaoferowanie odbyło się pod nieobecność kupującego (oraz jego przedstawicieli)¹⁷. Sam Sąd Najwyższy krytycznie odniósł się do tego poglądu w późniejszym swym orzeczeniu, stwierdzając, że pod pojęciem „wydania rzeczy sprzedanej” (według art. 548 k.c.) nie można rozumieć samego tylko zapewnienia kupującemu możliwości odebrania nabytej rzeczy, ponieważ jest on sprzeczny

z językowym znaczeniem pojęcia „wydania rzeczy”, oraz prowadziłby do nieakceptowanego ze względów słusznościowych rezultatu, w postaci przenoszenia ryzyka utraty rzeczy na kupującego w sytuacji, gdy rzecz znajduje się jeszcze we władaniu sprzedawcy¹⁸.

Regułę stanowi wydanie rzeczy w miejscu wykonania zobowiązania, ponieważ wydanie jej w innym miejscu może stanowić nienależyte wykonanie zobowiązania. Trzeba jednak podkreślić, że przepisy kodeksu cywilnego w sposób szczególny określają moment wydania rzeczy i tym samym chwilę przejścia ze sprzedawcy na kupującego ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy w odniesieniu do sytuacji, gdy sprzedawca na życzenie kupującego **dokonuje wysyłki rzeczy do miejsca, które zgodnie z treścią stosunku zobowiązaniowego nie jest miejscem spełnienia świadczenia**. Otóż zgodnie z art. 544 § 1 k.c., jeśli rzecz ma być przesłana przez sprzedawcę do miejsca, które nie jest miejscem spełnienia świadczenia, to poczytuje się w razie wątpliwości, że wydanie zostało dokonane z chwilą, gdy w celu dostarczenia rzeczy na miejsce przeznaczenia sprzedawca powierzył ją przewoźnikowi trudniącemu się przewozem rzeczy tego rodzaju. W rezultacie zaś przewóz, względnie przesyłka rzeczy, odbywa się na ryzyko kupującego w zakresie przypadkowej jej utraty lub uszkodzenia¹⁹. Dla określenia zakresu zastosowania dyspozycji art. 544 § 1 k.c. kluczowe jest zatem ustalenie miejsca spełnienia świadczenia w ramach danego stosunku zobowiązaniowego i dopiero, gdy okaże się, że sprzedawca – na polecenie kupującego – wysłał towar do miejsca, nie będącego miejscem spełnienia świadczenia, dyspozycja art. 544 § 1 k.c. może być zastosowana. Wydaje się zatem, że przepis art. 544 § 1 k.c. ma na celu uwolnienie sprzedawcy od ryzyka transportowego, jednakże nie we wszystkich przypadkach, lecz wtedy, gdy robi on dla kupującego więcej, niż wynika z jego zobowiązania, przesyłając mu towar do miejsca, które nie jest miejscem spełnienia świadczenia²⁰. Chociaż to bowiem sprzedający nadaje przesyłkę, to nie jest dłużnikiem w zakresie transportu towaru, lecz odpowiada wyłącznie za zainicjowanie wysyłki (wydanie towaru do jej transportu)²¹. Przepis art. 544 § 1 k.c. zyskuje istotnie na znaczeniu w związku z istnieniem reguły wyrażonej w art. 454 k.c., stanowiącej, że zobowiązanie niepieniężne – a zatem zobowiązanie do wydania rzeczy – ma charakter długu odbiorczego, stąd winno być ono spełnione w miejscu siedziby sprzedawcy, jako dłużnika²². Reguła ta znajduje jednak dopiero zastosowanie, jeżeli miejsce spełnienia świadczenia nie zostało odmiennie oznaczone przez strony, ani nie wynika ono z samej właściwości zobowiązania.

⁹ Por. S. Lorenz [w:] W. Krüger / H.P. Westermann (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Monachium 2008, s. 447.

¹⁰ Tak m.in.: orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 1999 r., II CKN 552/98, OSNC 2000, nr 2, poz. 24; orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 2005 r., V CK 58/05; A. Szpunar, *Zastrzeżenie własności rzeczy sprzedanej*, PiP z. 6, 1993, s. 29.

¹¹ Tak: W.J. Katner, *O niektórych kwestiach dotyczących wydania i odebrania rzeczy w umowie sprzedaży* [w:] Z. Banaszczyk, *Prace z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Janusza Pietrzykowskiego*, Warszawa 2000, s. 110 – 113.

¹² Tak: S. Buczkowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz, Księga trzecia – zobowiązania*, Warszawa 1972, s. 1273.

¹³ Tak również: W.J. Katner, *O niektórych kwestiach...*, s. 116; natomiast odmiennie Sąd Apelacyjny w Gdańsku w orzeczeniu z dnia 12 kwietnia 1996 r., I ACr 154/96, OSA 1997, nr 1, poz. 3.

¹⁴ Tak: orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia z dnia 23 maja 1997 r., III CZP 18/97, OSNC nr 9, poz. 119, 1997.

¹⁵ Tak: Z. Banaszczyk [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Komentarz do kodeksu cywilnego, tom 2*, Warszawa 1998, s. 14.

¹⁶ Sygn. akt II CKN 552/98, OSN nr 2, poz. 24.

¹⁷ Krytycznie wobec tego orzeczenia wypowiedzieli się m.in. W.J. Katner, *O niektórych kwestiach...*, s. 110 – 113; A. Lutkiewicz-Rucińska, M. Ruciński, *Glosa do wyroku SN z dnia 28 lipca 1999 r.*, II CKN 552/98, PPH nr 8, 2000, s. 43.

¹⁸ Tak: orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2002 r., V CKN 1418/00, LEX nr 77058.

¹⁹ Por. przykładowo J. Skąpski [w:] S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, 1976, s. 104-105.

²⁰ W literaturze wskazano, że praktyce obrotu towarowego wręcz regułą jest przysyłanie przez sprzedawcę, na podstawie dodatkowego porozumienia z kupującym, rzeczy do miejsca, nie zawsze będącego miejscem spełnienia świadczenia; tak: Z. Kwaśniewski, *Wydanie przesyłki stanowiącej przedmiot sprzedaży*, Rejent, nr 3, 1998, s. 87.

²¹ Tak w literaturze niemieckiej na tle analogicznego unormowania: T. Wilmer, H. Hahn, *Fernabsatzrecht mit Finanz-, Dienstleistungs-, Versicherungs- und Haustürgeschäftsrecht*, Heidelberg 2005, s. 28-29.

²² Zamiast wielu por. K. Zagrobelny [w:] E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 784.

4. Skutki regulacji przejścia ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy dla sprzedaży wysyłkowej towarów konsumpcyjnych

4.1. Informacje ogólne

Gdy towar jest wysyłany pomiędzy sprzedawcą a kupującym to w oczywisty sposób nie dochodzi do jego bezpośredniego wydania między stronami umowy. Skoro ani ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej, ani ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów nie zawiera w odniesieniu do umów na odległość przepisów regulujących odpowiedzialność za towar w czasie realizacji wysyłki to dlatego dla oceny sytuacji prawnej konsumenta – nabywcy towaru – należy wyjść od przywołanych wyżej przepisów kodeksu cywilnego. Konieczne wydaje się jednak przy tym uwzględnienie zarówno specyfiki obrotu konsumenckiego i umów zawieranych na odległość, jak i szczególnych uregulowań uprawnień konsumenckich na płaszczyźnie zarówno prawa polskiego, jak i unijnego.

4.2. Umowne oznaczenie miejsca spełnienia świadczenia u kupującego (konsumenta)

Nie następuje większych problemów w zakresie określenia momentu przejścia ryzyka sytuacja, gdy strony umowy określiły jako miejsce spełnienia świadczenia miejsce zamieszkania konsumenta lub inne wskazane przez niego miejsce. Wtedy bowiem w świetle ogólnej reguły z art. 548 k.c. dopiero wydanie przez sprzedawcę konsumentowi towaru w miejscu zamieszkania konsumenta (względnie innym wskazanym przezeń miejscu) stanowi moment przejścia ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru. Wydanie towaru, a co za tym idzie również ryzyko przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru, przejdzie bowiem na konsumenta dopiero z chwilą, gdy towar dotrze do miejsca przeznaczenia. Kwalifikacji tej nie zmienia fakt posłużenia się w takiej sytuacji przez sprzedawcę osobą trzecią, nawet wyspecjalizowaną w doręczaniu przesyłek. Osoba trzecia będzie bowiem występowała jako pomocnik sprzedawcy przy wykonywaniu jego zobowiązania względem kupującego, a sprzedawca będzie za działania takiej osoby trzeciej odpowiedzialny jak za własne zachowanie (art. 474 zd. 1 k.c.). W rozważanej sytuacji ryzyko związane z transportem (przesyłką) towaru ciąży zatem na sprzedawcy, który będzie miał obowiązek dostarczenia innego towaru.

Wątpliwości budzić może sytuacja, gdy towar przesłany przez sprzedawcę konsumentowi do miejsca spełnienia świadczenia nie zostanie w terminie odebrany mimo dokonanej awizacji (potencjalnie zwłoka), co spowoduje zwrot przesyłki do sprzedawcy. Wydaje się, że w takiej sytuacji – chociaż nie doszło do wydania towaru – nastąpić może przejście ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru ze sprzedawcy na konsumenta, a to z uwagi na dokonaną konkretyzację przedmiotu świadczenia oraz zaistniałą zwłokę wierzyciela (kupującego) w odebraniu towaru²³. Przejście ryzyka oznaczałoby wówczas dla kupującego

brak możliwości żądania od sprzedawcy dostarczenia innego towaru w miejsce utraconego, lecz jednocześnie wydaje się, że nie musiałby on również płacić ceny (art. 475 § 1 w zw. z art. 495 § 1 k.c.).

4.3. Umowne oznaczenie miejsca spełnienia świadczenia u sprzedawcy

Jeżeli sprzedawca i konsument w ramach sprzedaży wysyłkowej uzgodnili jako miejsce spełnienia świadczenia siedzibę sprzedawcy, a jedynie dodatkowo zawarli porozumienie, mocą którego sprzedawca zobowiązał się wysłać zakupiony towar do miejsca wskazanego przez kupującego, stanowi to na pierwszy rzut oka klasyczną sytuację zastosowania art. 544 § 1 k.c., czyli uznania za moment wydania towaru i tym samym za moment przejścia ryzyka w chwili, „gdy w celu dostarczenia rzeczy na miejsce przeznaczenia sprzedawca powierzył ją przewoźnikowi trudniącemu się przewozem rzeczy tego rodzaju”, a zatem, gdy powierzył towar przedsiębiorstwu świadczącemu usługi pocztowe. Szczególny reżim prawny zarówno wewnątrzkrajowy, jak i wspólnotowy, regulujący sprzedaż konsumencką a także specyfika tego obrotu, wymagają jednak przy tym dodatkowego rozważenia.

W pierwszym rzędzie analizy wymaga ogólne zagadnienie, czy wysłanie towaru przez sprzedawcę konsumentowi w wykonaniu umowy zawartej na odległość i przekazanie w tym celu towaru operatorowi pocztowemu można zakwalifikować „jako wydanie przesyłki przewoźnikowi”, o którym mowa w art. 544 § 1 k.c. Wydaje się, że chociaż w treści tego przepisu literalnie mówi się wyłącznie o przewoźniku, to na gruncie wykładni celowościowej należy pojęciem tym objąć również przedsiębiorców świadczących usługi pocztowe (operatorów) oraz ewentualnie podmioty, którymi oni się posługują (np. PKP w zakresie przesyłek konduktorskich)²⁴.

Stwierdzenie, że wydanie towaru i jednocześnie przejście ryzyka następuje z momentem przekazania towaru przewoźnikowi, a zatem zanim konsument objął ją w posiadanie, powoduje poważne wątpliwości na tle celu ochronnego przepisów regulujących niezgodność towaru z umową oraz tzw. konsumenckie prawo do namysłu. W świetle ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży z udziałem konsumentów sprzedawca odpowiada za niezgodność towaru z umową istniejącą „w chwili wydania towaru”²⁵.

Ta „konsumencka” reguła ustalania stanu niezgodności towaru z umową na moment wydania towaru wydaje się na pierwszy rzut oka współgrać z uregulowaniem z kodeksu

tylko co do tożsamości art. 478 k.c. (odpowiedzialność za casus mixtus), ponieważ zachodziłaby zwłoka wierzyciela (odbiór świadczenia jako uboczny obowiązek wierzyciela) – zob. m.in. A. Klein, *Skutki prawne braku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem*, Prawo 1990, nr 186, s. 113 i nast.; natomiast odmienne na gruncie kodeksu zobowiązań L. Longchamps de Berier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Wydanie anastatyczne, Poznań 1999, s. 371; oraz na gruncie kodeksu cywilnego m.in. M. Nestorowicz, *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1989, s. 544. W razie zwłoki kupującego z odebraniem rzeczy ryzyko przejdzie na kupującego dopiero w razie i z chwilą oddania jej na przechowanie, ponieważ odbywa się ono nie tylko na jego rachunek, ale również na jego niebezpieczeństwo (art. 551 k.c.).

²⁴ Tak również: orzeczenie Głównej Komisji Arbitrażowej z dnia 23 listopada 1982 r. DO-6420/82, OSPIKA 1983, poz. 238, s. 555. Należy jednak zauważyć, że w orzeczeniu tym oparto się na opisie działalności Poczty Polskiej zawartej nieobowiązującej już ordynacji pocztowej. W świetle obowiązującej ustawy – Prawo pocztowe (ustawa z dnia 12 czerwca 2003, Dz.U. nr 189, poz. 1159, 2008, t.j. z późn. zm.) świadczenie usług pocztowych polega na „przyjęciu przez operatora przesyłki do jej przemieszczenia i doręczenia” (art. 21 ust. 2 pkt 1). Również paczka pocztowa definiowana jest jako „przesyłka rejestrowana zawierająca rzeczy, przyjęta przez operatora publicznego w celu przemieszczenia i doręczenia” (art. 3 pkt 13).

²⁵ Tak: art. 4 ust. 1 ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej.

²³ Por. T. Dybowski [w:] S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1981, s. 116-117. W takiej sytuacji nie ma natomiast podstaw do zastosowania w odniesieniu do rzeczy oznaczonych

cywilnego, stanowiącym, że to właśnie z chwilą wydania rzeczy sprzedanej przechodzą na kupującego korzyści i ciężary związane z rzeczą oraz niebezpieczeństwo przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy (art. 548 § 1 k.c.). Istotna różnica widoczna jest jednak tutaj na tle przepisu kodeksu cywilnego, określającego moment graniczny dla odpowiedzialności z tytułu rękojmi, jako przypadający na przejście ryzyka na kupującego (art. 559 k.c.). Skłania to w odniesieniu do sprzedaży konsumenckiej do interpretacji w kierunku łączenia przejścia ryzyka z przeniesieniem posiadania towaru na kupującego²⁶. Taki kierunek wykładni potwierdza również literalne brzmienie art. 3 ust. 1 dyrektywy 1999/44/WE w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji²⁷. Stanowi on, że „sprzedawca odpowiada przed konsumentem za każdy brak zgodności, który istnieje w momencie **dostawy** towarów”²⁸. Również pojęciem „wydania towaru” posługuje się ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów, przewidując konsumenckie prawo do namysłu w terminie 10 dni, przy czym termin do złożenia oświadczenia o odstąpieniu liczony jest „od dnia wydania rzeczy”²⁹. Z kolei według dyrektywy 97/7/WE³⁰ w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość, termin do skorzystania z prawa odstąpienia od umowy bez podania przyczyny liczony jest od dnia „otrzymania” towaru przez konsumenta (art. 6 ust. 1). Ma to swoje uzasadnienie w tym, że jeśli po przekazaniu towaru przez sprzedawcę przewoźnikowi towar pozostanie w transporcie ponad dziesięć dni, to konsument zostałby pozbawiony swego prawa, a każdy dzień transportu ograniczałby czas konsumenta do skorzystania z jego uprawnienia. Mając na uwadze wskazane wyżej względy trzeba stwierdzić, że szczególna reguła wyrażona w art. 544 § 1 k.c. nie powinna prowadzić do uszczuplenia przewidzianych ustawą uprawnień konsumenta. Dlatego też w doktrynie reprezentowane jest stanowisko, wykluczające stosowanie art. 544 § 1 k.c. w zakresie sprzedaży konsumenckiej³¹. Z drugiej jednak strony, prawo polskie nie przewiduje formalnego wyłączenia stosowania art. 544 § 1 k.c. w zakresie sprzedaży konsumenckiej. Co więcej, w punkcie 14 preambuły do dyrektywy 1999/44 podkreślono, że dzięki powiązaniu oceny zgodności towaru z umową z momentem „dostawy towaru”, w prawach krajowych państw członkowskich nie muszą zostać zmienione reguły, określające

przejście ryzyka³². Przepis art. 544 § 1 k.c. jedną z takich reguł zaś zawiera.

Tytułem przykładu warto – sięgając do prawa niemieckiego – wskazać, że założenie wyrażone w pkt 14 preambuły dyrektywy tamtejszy prawodawca uznał za wystarczające do przyjęcia, że wydanie tej dyrektywy 1999/44 nie powoduje konieczności usunięcia odpowiednika art. 544 § 1 k.c. w niemieckim kodeksie cywilnym³³. Warto jednak dodać, że mimo braku takiej konieczności ostatecznie w prawie niemieckim wyłączono jednak na podstawie § 474 BGB, w stosunku do sprzedaży konsumenckiej, zastosowanie przepisu określającego moment przejścia ryzyka na kupującego z momentem wysłania przez sprzedawcę towaru (t.j. § 447 BGB). Jako uzasadnienie wyłączenia wskazano zaś, że sprzedawca (jako strona umowy z przewoźnikiem) ma większe niż kupujący możliwości oddziaływania w zakresie wyboru przewoźnika i trasy transportu oraz wysuwania względem przewoźnika roszczeń z tytułu niewykonania umowy, a także ubezpieczenia przesyłki³⁴. Ustawodawca niemiecki za istotne uznał również, że w obrocie powszechnie uznaje się, że w takich sytuacjach to sprzedawca powinien ponosić odpowiedzialność za ewentualną utratę lub uszkodzenie towaru w transporcie, a cena powinna być płacona o ile towar dotrze do konsumenta³⁵. Zwrócono też trafnie uwagę, że z uwagi na organizację sprzedaży wysyłkowej i brak możliwości osobistego odbioru to przesłanka przesyłania towaru na odrębne życzenie kupującego do miejsca nie będącego miejscem spełnienia świadczenia staje się fikcją, ponieważ kupujący nie ma innego wyboru³⁶.

Biorąc powyższe pod uwagę należy przyjąć, w związku z brakiem wyraźnego wyłączenia art. 544 § 1 k.c. w stosunku do sprzedaży konsumenckiej, że w razie określenia jako miejsca spełnienia świadczenia z umowy sprzedaży siedziby sprzedawcy, realizowana na podstawie dodatkowego uzgodnienia stron wysyłka towarów odbywa się na ryzyko kupującego³⁷. Nie istnieje przy tym podstawa do uznania takiego porozumienia za nieważne na podstawie art. 58 k.c.

4.4. Brak oznaczenia miejsca spełnienia świadczenia przy sprzedaży na odległość

Wątpliwości może powodować również ocena sytuacji prawnej, w której strony umowy sprzedaży konsumenckiej nie uzgodniły żadnego miejsca spełnienia świadczenia niepieniężnego. Wydaje się, że istnieją względy przemawiające za wyłączeniem w takim przypadku zastosowania art. 544 § 1 k.c. W świetle art. 454 k.c. właściwość zobowiązania zawierane przez przed-

²⁶ Tak m.in. M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, Drugie wydanie, s. 112.

²⁷ Dyrektywa z dnia 25 maja 1999 r., Dziennik Urzędowy L 171, 07/07/1999 P. 0012 – 0016.

²⁸ W wersji niemieckiej dyrektywy „die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsgutes besteht”, a w wersji angielskiej „at the time the goods were delivered”.

²⁹ Tak: art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10 ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów.

³⁰ Dyrektywa z dnia 20 maja 1997 r., Dziennik Urzędowy L 144, 04/06/1997 P. 0019 – 0027.

³¹ Tak m.in. M. Olczyk, *Sprzedaż konsumencka*, Warszawa 2006, s. 104; Autorka postuluje, aby w przypadku umów sprzedaży konsumenckiej zawieranych na odległość przyjmować prokonsumencką wykładnię, iż dopiero faktyczne udostępnienie towaru konsumentowi może oznaczać wydanie; podobnie M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej...*, s. 112. W doktrynie jest jednak reprezentowany pogląd odmienny, zgodnie z którym dozwolone ma być stosowanie art. 544 § 1 k.c. do sprzedaży konsumenckiej, ponieważ dyrektywa 1999/44 nie wymaga, aby o przejściu ryzyka decydowała chwila faktycznego wydania towaru kupującemu – tak: J. Pisuliński [w:] J. Rajska (red.) *System prawa prywatnego, Tom 7*, Warszawa 2010, s. 186; J. Szczotka, *Sprzedaż konsumencka*, s. 47-48. Za stosowaniem art. 544 § 1 k.c. do sprzedaży konsumenckiej opowiedział się również J. Jezioro [w:] J. Jezioro (red.) *Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 141.

³² Motyw ten brzmi następująco: Odniesienie do terminu dostawy nie zakłada, iż Państwa Członkowskie będą musiały zmienić ich zasady dotyczące przejścia ryzyka (j.niem. „Die Bezugnahmen auf den Zeitpunkt der Lieferung bedeuten nicht, daß die Mitgliedstaaten ihre Vorschriften über den Gefährübergang ändern müssen”).

³³ Por. uzasadnienie rządowe do projektu ustawy Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts z dnia 14 maja 2001, BT-Drucks. 14/6040, s. 243; tak również: D. Schmidt [w:] H. Prütting, G. Wegen, G. Wenrich, *BGB Kommentar*, Luchterhand 2010, s. 779 i nast.; F. Faust [w:] H.G. Bamberger, H. Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Monachium 2003, s. 1747 i nast.

³⁴ Por. uzasadnienie rządowe do projektu ustawy Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts z dnia 14 maja 2001, BT-Drucks. 14/6040, s. 243-244; zob. także B. Grünwald, K.N. Pfeifer, *Verbraucherschutz im Zivilrecht*, Kolonia 2011, s. 101-102.

³⁵ Por. uzasadnienie rządowe do projektu ustawy Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts z dnia 14 maja 2001, BT-Drucks. 14/6040, s. 244.

³⁶ Por. ibidem, s. 244.

³⁷ Tak również: J. Pisuliński [w:] J. Rajska (red.) *System...*, s. 186; J. Szczotka, *Sprzedaż...*, s. 47-48 oraz Jezioro [w:] J. Jezioro (red.) *Ustawa...*, s. 141.

siębiorcę z konsumentem na odległość może bowiem przesądzać o tym, że na sprzedawcy ciąży obowiązek spełnienia świadczenia w stosunku do konsumenta w innym miejscu, niż jego własna siedziba³⁸. Skoro dochodzi do zawierania umów bez jednoczesnej obecności obu stron, a przedsiębiorca w taki właśnie sposób organizuje swoją działalność³⁹, to zwykle strony nie zakładają, aby konsument miał towar odbierać w siedzibie sprzedawcy, lecz będzie oczekiwał jego dostarczenia. Przemawiać będzie to za przyjęciem miejsca spełnienia świadczenia u konsumenta, co jednocześnie wykluczałoby stosowanie szczególnej reguły określającej moment wydania rzeczy, a wynikającej z art. 544 § 1 k.c.

5. Podsumowanie

De lege lata formalnie istnieją podstawy do dopuszczenia stosowania art. 544 § 1 k.c. (oczywiście jedynie w zakresie objętym jego hipotezą) także do sprzedaży konsumenckiej. W prawie polskim nie ma bowiem formalnego wyłączenia stosowania tego przepisu w zakresie sprzedaży konsumenckiej, a według punktu 14 preambuły do dyrektywy 1999/44 nie istnieje w związku z dyrektywą potrzeba zmieniania w prawach krajowych państw członkowskich reguł, określających przejście ryzyka. Stosowanie art. 544 § 1 k.c. dotyczy jedynie sytuacji, gdy strony uzgodniły, że miejscem spełnienia świadczenia przez sprzedawcę będzie miejsce jego siedziby, natomiast wysyłka towaru będzie odbywała się na podstawie dodatkowego porozumienia. Skutek w postaci wydania towaru przewoźnikowi nie będzie jednak miarodajny dla obliczania terminu do realizacji konsumenckiego prawa do namysłu, bo prowadziłby to całkowitego zatarcia funkcji tego prawa konsumenta.

Przeprowadzona analiza momentu przejścia ryzyka wskazuje, że istniejący stan prawny może być w obszarze sprzedaży konsumenckiej powodem poważnych wątpliwości, a także prowadzić do wątpliwych aksjologicznie wniosków. Trudno bowiem pogodzić dyspozycję art. 544 § 1 k.c. i wynikającą zeń swoistą fikcją wydania towaru już w chwili przekazania go przez sprzedawcę przewoźnikowi z przyznanymi konsumentom uprawnieniami z tytułu niezgodności z umową oraz wynikającymi z prawa do namysłu. Ocenę tę wzmacnia jeszcze terminologia dyrektyw unijnych, wiążąca uprawnienia konsumenta z momentem dostarczenia i otrzymania towaru, a zatem eksponująca wydanie w rozumieniu przeniesienia posiadania. Nie bez znaczenia jest też to, że sprzedawca, świadomie organizując swoją działalność w taki sposób, że zawiera z konsumentami umowy na odległość, osiąga z tego tytułu zyski i zwykle nie zakłada odbioru osobistego towaru.

Wydaje się, że w obecnej sytuacji w Polsce pożądana byłaby ingerencja ustawodawcy, aby przesądził tę istotną z punktu widzenia praktyki kwestię, gdy przedsiębiorca w wykonaniu umowy zawartej na odległość wysyła towar konsumentowi do

miejsca nie będącego miejscem spełnienia świadczenia. Kwestia ta nabiera o tyle wagi, że przedsiębiorcy w ogólnych warunkach umów czy regulaminach świadczenia usług często celowo określają własną siedzibę jako miejsce spełnienia świadczenia. Wydaje się, że pożądanym byłoby przy tym wyłączenie stosowania art. 544 § 1 k.c. do umów sprzedaży konsumenckiej zawieranych na odległość, a to z uwagi na fakt, że przedsiębiorca organizujący świadomie w taki sposób swoją działalność (ustawowa przesłanka klasyfikacji jako umowy zawieranej na odległość), czerpie korzyści właśnie z takiego sposobu dystrybucji. Wysyłka nie powinna więc odbywać się wyłącznie na ryzyko kupującego. Z punktu widzenia prawa unijnego nie byłoby przeszkód dla takiej regulacji, ponieważ postanowienia dyrektywy 1999/44 mają charakter harmonizacji minimalnej.

Natomiast zarówno w sytuacji, gdy strony ustalą jako miejsce spełnienia świadczenia niepieniężnego (dostarczenia towaru) miejsce zamieszkania konsumenta, jak również gdy nie oznaczą żadnego miejsca spełnienia świadczenia, ryzyko przypadkowej utraty i uszkodzenia towaru obciąża sprzedawcę do momentu przeniesienia posiadania na konsumenta, lub wystąpienia sytuacji z tym przeniesieniem równoważnej. W pierwszej z tych sytuacji zadecydują reguły ogólne związane z obowiązkiem wydania towaru w miejscu określonym jako miejsce spełnienia świadczenia, a w drugiej zaś sytuacji – właściwość zobowiązania (art. 454 k.c.).

³⁸ Na gruncie przepisów kodeksu cywilnego Główna Komisja Arbitrażowa stwierdziła, że z właściwości zobowiązania z umowy sprzedaży nie wynika, aby w braku oznaczenia miejsca spełnienia świadczenia przez strony, miało być nim inne miejsce niż siedziba sprzedawcy, jako dłużnika w zakresie wydania towaru – tak: orzeczenie z dnia 23 listopada 1982 r. DO-6420/82, OSPIKA 1983, poz. 238, s. 555. Ocena ta wydaje się jednak nazbyt generalna, nieuwzględniająca rodzaju, ani sposobu organizacji sprzedaży.

³⁹ Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów, regulacja dotycząca „sprzedaży na odległość” znajduje swoje zastosowanie wyłącznie do przedsiębiorców, którzy w taki sposób zorganizowali swoją działalność, aby możliwe było zawieranie z konsumentami umów bez jednoczesnej obecności stron.

INSPEKTOR MARIUSZ DROŻDŻ

NOWA JAKOŚĆ W OCHRONIE INFORMACJI, CZYLI USŁUGI W SYSTEMACH KRYPTOGRAFII DYNAMICZNEJ

Wprowadzenie

Usługi oferowane przez Centra Certyfikacji Elektronicznej oparte na infrastrukturze PKI¹ już na dobre zadomowiły się w naszym życiu gospodarczym i publicznym. Są to usługi związane z podpisem tj. e-podpis, szyfrowanie, uwierzytelnianie czy z obiegiem dokumentów elektronicznych, tj. e-faktura, e-urząd. Na co dzień korzystamy z rozbudowanej infrastruktury repozytoriów przechowujących nasze klucze publiczne, rejestrujące każde ich użycie oraz pełniących funkcję zaufanej trzeciej strony w różnych sporach. Niestety spotyka nas również wiele uniedogodnień związanych chociażby z koniecznością odnawiania certyfikatów, skomplikowaną i droga procedurą poświadczenia klucza publicznego, wiążącą się niekiedy z wizytą u notariusza – np. w PCCE „Sigillum”. Istnieje też wiele zagrożeń związanych z niebezpieczeństwem: utraty klucza prywatnego, ujawnienia klucza, bądź ryzykiem użycia naszej karty kryptograficznej z podpisem przez kogoś innego. Mało spójny jest też system unieważnienia certyfikatów potrzebnych do weryfikacji. Bardzo istotnym dla wielu przedsiębiorców jest fakt związania podpisu z konkretną osobą. Co się dzieje, gdy chcielibyśmy powiązać go z uprawnieniami, które mogłyby być przydzielane różnym osobom. Istnieje wiele funkcji w organizacji przedsiębiorstwa, które należałoby przypisać grupie osób, na przykład dostęp do różnych dokumentów czy też uprawnienia do wystawiania dokumentów. Niestety w oparciu o usługi PKI nie jest to możliwe do zrealizowania.

W obliczu tych problemów konieczne stało się opracowanie takiego systemu kryptograficznego, który mógłby sobie z nimi poradzić. I tutaj z pomocą przychodzi nam metoda szyfrowania dynamicznego. Przykładem tak opracowanego systemu jest system kryptografii dynamicznej TMW-ULTRA. Oferuje on nam zupełnie odmienną koncepcję usług. Jest to model oparty na bazie kryptografii dynamicznej, gdzie kluczem jest sam szyfrogram. Spróbujmy zatem porównać właściwości tego systemu i wyciągnąć dla nas wnioski w zakresie jego stosowania.

Cechy systemów opartych na kryptografii dynamicznej

Podstawową cechą systemu opartego na kryptografii dynamicznej jest wyeliminowanie wymiany kluczy kryptograficznych pomiędzy nadawcą a odbiorcą wiadomości. Stało się to możliwe poprzez zastosowanie tablic kryptograficznych, wygenerowa-

nych wraz z szyfrogramem po stronie odbiorcy. W trakcie szyfrowania można wygenerować aż pięć różnych rodzajów szyfrów. Umożliwiło to zaszyfrowanie informacji sterującej oraz przekazywanej wiadomości różnymi szyframi. W takim szyfrogramie informacje sterujące nie muszą być już szczególnie utajnione, a więc nie ma konieczności wymiany kluczy. Pozwoliło to na uniknięcie transportu tajnych kluczy do odbiorcy, które to było najsłabszym ogniwem klasycznych systemów opartych na infrastrukturze PKI. Klucze te służące do deszyfracji są generowane w sposób dynamiczny po stronie odbiorcy wraz z odebrany szyfrogramem. Taki klucz dynamiczny tworzy się w zależności od czasu przetwarzania szyfrogramu. Otrzymujemy w ten sposób pierwszą właściwość systemu, a mianowicie niezależność od człowieka, który do tej pory był odpowiedzialny za bezpieczeństwo klucza prywatnego. Systemy oparte na PKI – Infrastrukturze Klucza Publicznego wymagają istnienia skomplikowanej hierarchizowanej struktury związanej z zaufaną trzecią stroną oraz rozbudowanego systemu drzew katalogowych LDAP² i nazw DN centrów certyfikacji.

W systemie kryptografii dynamicznej istnieją jedynie dwa elementy: Standard oraz Supplement. Na tej bazie stało się możliwe uproszczenie wielu usług PKI, na przykład usług notarialnych potwierdzających prawidłowość i ważność podpisu elektronicznego, potwierdzenie złożenia danych, weryfikacja kompletności wniosków itp. Spróbujmy zobaczyć, co wchodzi w skład takiego systemu i jakie są zadania poszczególnych elementów. Na system kryptografii dynamicznej składają się elementy standard oraz suplement.

Standard

Stanowią go: elementy stałe tj. model szyfru i model deszyfracji, tablice kryptograficzne A, A1-A4,5 rodzajów wygenerowanych szyfrów jednocześnie, określenie wymagań dotyczących generatora permutacji

Suplement

Składają się na niego: elementy zmienne tj. generatory permutacji, zmienna TIME i sposób jej wygenerowania, zasada utworzenia tablic kryptograficznych, zasada szyfrowania i deszyfracji strumieni danych.

Wymagania metody szyfrowania są ściśle określone z wymogami generatorów permutacji, które należą do suplementu, więc mogą się zmieniać. W związku z tym zmienia się sposób szyfrowania.

¹ PKI – Infrastruktura Klucza Publicznego szeroko pojęty kryptosystem w skład którego wchodzi urzędy certyfikacyjne (CA), urzędy rejestracyjne (RA), subskrybenci certyfikatów (użytkownicy), oprogramowanie i sprzęt. Infrastruktura klucza publicznego tworzy hierarchiczną strukturę zaufania.

² LDAP wywodzi się w prostej linii z X.500. Ta specyfikacja jest zestawem rekomendacji katalogowych opublikowanych przez ITU (International Telecommunications Union) w listopadzie 1993. Była ona szeroko zalecana przez firmy telekomunikacyjne do tworzenia wzajemnie połączonych ze sobą ogromnych i skomplikowanych serwerów katalogowych.

³ DN – nazwa, która w strukturze katalogów określa położenie węzłów i liści katalogu sieciowego.

Bardzo ważną cechą systemu kryptografii dynamicznej jest **automatyzm**. Cały proces przekazywania, szyfrowania i podpisywania odbywa się bez udziału człowieka. Pozwala to na seryjne zastosowanie szyfrów w wielu obszarach życia gospodarczego. W systemach opartych na PKI jest to niemożliwe. Każda faktura musi być podpisana osobno. Automatyzm pozwala na szyfrowanie transmisji danych w systemach komunikacji głosowej, mapach z systemów geosatelitarnych, wreszcie na systemach architektury klient-serwer, które generują automatyczne raporty. Mogą być one zastosowane na przykład w elektronicznym głosowaniu do generowania automatycznych raportów z przebiegu głosowania i bezpiecznego przekazywania wyników z poszczególnych okręgów wyborczych. Również w bankowości automatyczne raporty generowane w poszczególnych oddziałach na koniec dnia będą mogły być bezpiecznie przekazywane do centrali banku. Możliwości szyfrowania i podpisywania korespondencji seryjnej są nieocenione. Bez konieczności osobnego podpisywania każdej wiadomości będzie możliwe na przykład wysyłanie decyzji zarządu spółki do jej wszystkich członków.

Na bezpieczeństwo systemu bardzo ważny wpływ ma fakt, że klucz kryptograficzny zmienia się w ciągu milisekund i jest ściśle zintegrowany z systemem. Nie ma więc zagrożeń związanych z zarządzaniem kluczami kryptograficznymi. Ścisłe powiązanie z systemem umożliwia akwizycję i dystrybucję wiadomości dla konkretnych węzłów sieci zapewniając przy okazji pełną integrację i niezaprzeczalność. Brak jest usług związanych z zarządzaniem kluczami kryptograficznymi, ponieważ klucze są integralną częścią wiadomości i nie wymagają skomplikowanego mechanizmu dystrybucji. Jest to najważniejsza cecha systemu usług w kryptografii dynamicznej. Zwiększa to bezpieczeństwo związane z ujawnieniem i kompromitacją. Nie jest konieczna do dokonania aktu użycia klucza kryptograficznego obecność człowieka. Generowanie i użycie klucza system dokonuje w sposób automatyczny.

Usługi udostępniane w systemach kryptografii dynamicznej

Staje się możliwa implementacja usług udostępnianych przez system kryptografii dynamicznej w nowych obszarach działalności człowieka, które były poza zasięgiem możliwości PKI – Infrastruktury Klucza Publicznego. Dotyczy to głównie dużych automatycznych systemów gromadzenia i przetwarzania danych. Duże znaczenie ma możliwość szyfrowania całych baz danych zwiększający poziom bezpieczeństwa przechowywanych w nich informacji o danych osobowych, klientów, danych statystycznych i innych.

Usługi niezaprzeczalności

Są dobrze odwzorowane. Identyfikacja nadawcy i odbiorcy jest realizowana poprzez szyfrowanie nagłówka, w którym zawarte są dane identyfikujące, tj. adres, czas nadania itd. Zastosowanie trzech rodzajów tablic kryptograficznych oraz PILOTA³ zmieniającego swą postać szyfru w zależności od czasu i zasad szyfrowania umożliwiło przesyłanie wiadomości w sieciach komputerowych i identyfikację ich w każdym węźle automatycznie. Identyfikacja źródła pochodzenia wiadomości ściśle związana jest z systemem kryptograficznym nadawcy. Dlatego nie ma konieczności realizowania tego poprzez usługi notarialne.

Usługi notarialne

W systemach PKI wymagały istnienia Centrów Certyfikacji, które mogły potwierdzić zdarzenia związane z użyciem kluczy i podpisu elektronicznego. Weryfikacja podpisu oraz źródła nadania wiadomości następuje poprzez ścisłe powiązanie z systemem. Poprawność podpisu określają informacje zaszyfrowane w przekazie. Identyfikacja odbiorcy możliwa jest poprzez adres, który jest jednym z trzech elementów generowanego klucza obok elementu TIME⁴ oraz treści wiadomości.

Usługi znacznika czasu

Dobre znane z PKI wymagały użycia skomplikowanych mechanizmów żądania i odpowiedzi zsynchronizowanych z serwerami czasowymi. Tutaj czas jest elementem szyfru. Jest to ciąg dwunastu bitów na podstawie których tworzy się tablice kryptograficzne. Odbiorca więc automatycznie otrzymuje wiadomości z dokładnym czasem nadania. Każda wiadomość opatrzona jest znacznikiem czasu złożonym z daty oraz godziny, podanej z dokładnością do milisekundy.

Przykład systemu TMW-ULTRA oraz jego właściwości

Opracowany system wykorzystuje odmienne metody od klasycznych algorytmów, opartych na infrastrukturze klucza publicznego PKI. Dzięki wdrożeniu dynamicznych algorytmów szyfrowania otrzymaliśmy nowe usługi, które są niedostępne w systemach opartych na PKI, jak również w znacznym stopniu została uproszczona architektura tych usług. Brak jest na przykład repozytoriów klucza publicznego. System zostaje powiązany z właściwościami sieci komputerowych, nie wymaga więc budowy dodatkowych struktur połączonych z zarządzaniem kluczami. Przyjrzyjmy się zatem, na czym opierają się te podstawowe metody wykorzystywane w systemie.

Metody szyfrowania danych

Zastosowano dwustopniowy mechanizm szyfrowania. Najpierw szyfrowany zostaje nagłówek, który zawiera informację sterującą oraz adres przekazania meldunku. Następnym etapem jest szyfrowanie wiadomości innym rodzajem szyfru. Zaszyfrowany nagłówek zawiera informację o adresie, gdzie ma być przekazany meldunek. Odszyfrowanie adresu następuje w kolejnych węzłach sieci bez konieczności udziału człowieka. W tej metodzie zaszyfrowany znak posiada aż 256 możliwości deszyfracji, czyli tyle, ile znaków zawiera tabela ASCII. Stąd wniosek, że im dłuższy szyfrogram, tym większa jest liczba niewiadomych niezbędnych do odczytania meldunku. Właściwy szyfrogram jest odszyfrowany dopiero w miejscu docelowym po zidentyfikowaniu odbiorcy.

Zarządzanie kluczami

W systemie tym nie ma dystrybucji kluczy. Klucz jest generowany i wysyłany wraz z meldunkiem. Natomiast szyfrogram tego samego meldunku szyfrowany w innym czasie otrzymuje inną postać, co praktycznie uniemożliwia odtworzenie kluczy z przechwyconego meldunku. Bezpieczeństwo wiadomości uzyskano

³ PILOT- zaszyfrowany ciąg innym szyfrem niż wiadomość, który jest przesyłany obok wiadomości i zawiera informację o nadawcy i odbiorcy szyfrogramu.

⁴ TIME – Element nagłówka zaszyfrowanej wiadomości zawierający datę oraz czas nadania szyfrogramu.

przez zastosowanie dwustopniowego szyfrowania informacji. Z tego wynika ważna cecha systemu, jaką jest brak potrzeby budowania repozytoriów przechowujących certyfikaty kluczy. Klucz jest powiązany jedynie z czasem utworzenia szyfrogramu, który jest zawsze niepowtarzalny. Natomiast wygenerowanie go za pomocą przekształceń na tablicach powoduje, że nie posiada on wyraźnego cyklu, co gwarantuje jego niepowtarzalność.

Metody uwierzytelniania

Identyfikacja odbiorcy następuje na podstawie danych umieszczonych w nagłówku wiadomości. Ten sposób uwierzytelniania znakomicie nadaje się do stosowania go do identyfikacji serwerów, czy innych urządzeń będących węzłami sieci, do których jest przesyłana zaszyfrowana wiadomość. W odróżnieniu od metody zastosowanej w podpisie elektronicznym nie ma tu konieczności stosowania certyfikatów dla każdego serwera, który przechowuje klucz prywatny.

Poświadczanie tożsamości

Do odbiorcy obok wiadomości jest przesyłany tzw. PILOT, z zaszyfrowaną informacją. Pilot zawiera zaszyfrowane innym szyfrem niż wiadomość dokładne informacje o nadawcy i odbiorcy szyfrogramu. Odbiorca na tej podstawie jednoznacznie identyfikuje nadawcę, którym może być na przykład węzeł sieci komputerowej. Umożliwia to na jednoznaczną identyfikację nie tylko osoby, która nadała wiadomość, ale również poszczególnych węzłów sieci. Wiadomości te mogą być nadawane automatycznie w postaci komunikatów, czy też raportów. W strukturze przedsiębiorstwa poszczególne węzły mogą odgrywać różne role oraz mogą być powiązane z hierarchią przedsiębiorstwa. W ten sposób do zarządu spływają podpisane elektronicznie raporty, kończące dzień z oddległych oddziałów. Ich identyfikacja jest zawsze jednoznaczna i niezaprzeczalna.

Delegowanie uprawnień

Mamy nową właściwość systemu niedostępną w usługach PKI, polegającą na możliwości przydzielania uprawnień dla więcej niż jednej osoby. W klasycznej metodzie certyfikat klucza publicznego jest przydzielany tylko jednej osobie. Niemożliwe jest więc oddelegowanie uprawnień na kilka osób. Tutaj system kryptograficzny ściśle jest powiązany z systemem, a nie z osobą. W polityce zarządzania i dostępu do elementów systemu możemy przydzielić różne uprawnienia grupie osób. Jeżeli będzie to na przykład system finansowo-księgowy, wtedy podział uprawnień może być przypisany w zależności od stanowiska: księgowy, referent, prezes, płać.

Protokoły komunikacji

Do komunikacji pomiędzy różnymi komponentami PKI używany jest protokół CMP⁵, który jest zbyt skomplikowany. W proces przesyłania wiadomości zostaje zaangażowanych wiele jednostek tj.: urząd rejestracji, urząd generowania kluczy, urząd certyfikacji. W wielu miejscach urzędy te stosują niejasne normy, które nie precyzują wszystkich wymagań. W systemie kryptografii dynamicznej stosuje się jedynie protokół ramowy, który przesyła

zaszyfrowane wiadomości do węzłów sieci. Jest on więc ściśle powiązany z infrastrukturą teleinformatyczną sieci komputerowej. Stosowane tam są dwa rodzaje szyfrów jednocześnie. Upraszcza to znacznie sposób komunikacji, ale przede wszystkim – fakt powiązania ze strukturą sieci zapewnia pełen automatyzm wszystkich usług. Podstawowym elementem systemu PKI jest moduł kryptograficzny, który zawiera: zaimplementowane mechanizmy, procesy i algorytmy kryptograficzne. Stosuje się go do przechowywania kluczy i materiału kluczowego, szyfrowania i deszyfracji, obliczanie i weryfikacji podpisów cyfrowych itd. W systemie kryptografii dynamicznej najistotniejszy element stanowi sam system, w którym zaimplementowano mechanizmy szyfrowania dynamicznego. Zwiększa to bezpieczeństwo dostępu do informacji szyfrowanych oraz ma istotny wpływ na ich właściwości.

Czy mamy nową jakość w usługach elektronicznych?

Teraz możemy podsumować podstawowe właściwości systemów opartych na kryptografii dynamicznej. Jest nią pełna jawność metody ochrony informacji. System umożliwia szyfrowanie dowolnej informacji w różnej postaci, zarówno tekstowej napisanej w dowolnym języku, jak i strumienia danych. Dzięki temu możliwe stało się szyfrowanie: map, planów, zdjęć, jak również dźwięku, a szczególnie mowy ludzkiej przekazywanej w mediach cyfrowych. W szyfrowaniu wyeliminowano człowieka jako operatora systemu kryptograficznego, odpowiedzialnego za przekazywanie i przechowywanie kluczy kryptograficznych. Wpłynęło to w istotny sposób na bezpieczeństwo oraz zmniejszyło prawie do zera ryzyko ujawnienia klucza w trakcie przekazywania szyfrogramu. Stało się możliwe określenie rzeczywistej skuteczności systemu kryptograficznego na podstawie obliczenia mocy kryptograficznej systemu. W tradycyjnych metodach kryptograficznych skuteczność ta była zaniżana ryzykiem kompromitacji kluczy.

Metody szyfrowania należące do części systemu standard są tak opracowane, że osoba mająca zaszyfrowany i rozszyfrowany tekst na tej podstawie nie jest w stanie rozszyfrować żadnej innej zaszyfrowanej części. Systemy oparte na kryptografii dynamicznej dzięki swoim właściwościom dają dostęp do nowych usług, do tej pory nie spotykanych w dziedzinie ochrony informacji elektronicznej. Pozwoli to na rozwiązanie wielu problemów, które pojawiają się w gromadzeniu i przetwarzaniu poufnych danych.

Ochrona baz danych

Podstawą szyfru jest wykorzystanie kolumn tablicy kryptograficznej. Najbardziej istotny jest tutaj fakt, że rodzaj szyfru zmienia się w ułamku sekundy. Dlatego nie jest możliwe stwierdzenie, jaki układ permutacji został stworzony w danej kolumnie tablicy, gdyż jest on generowany w sposób losowy przy pomocy generatora permutacji. Dzięki takiej metodzie możliwe stało się zastosowanie systemu kryptograficznego do ochrony całych baz danych. Główna metoda ochrony baz danych w systemach PKI polega na uwierzytelnieniu. Tutaj możemy szyfrować całą informację zawartą w bazach danych oraz w pełni zautomatyzować proces dostępu do nich. Umożliwi to uchronienie przez dostępem osób nieuprawnionych, ale które mają możliwość zdobycia klucza z racji swoich funkcji.

⁵ CMP - Certyfikat Management Protocol to protokół internetowy używany do uzyskania certyfikatów cyfrowych X.509 w infrastrukturze klucza publicznego (PKI). Został on opisany w RFC 4210 i jest jednym z dwóch protokołów z których do tej pory korzystają usługi żądania certyfikatu Message Format

Powiązanie podpisu z uprawnieniami

Wyeliminowanie człowieka jako czynnika bezpośrednio powiązanego z certyfikatem klucza publicznego uwolniło przywiązanie podpisu elektronicznego do konkretnej osoby. Stało się możliwe określanie uprawnień dla konkretnych procesów czy funkcji przydzielonych w organizacji.

Szyfrowanie przekazów tj. mowa ludzka, grafika, obraz

Szybkość szyfrowania przekracza wielokrotnie szybkość transmisji sygnału mowy, dlatego możliwe stało się szyfrowanie przekazów fonicznych w liniach transmisyjnych. Szyfrowanie strumienia danych jako ciągu bitów pozwala na dostarczenie usług szyfrowania dla: obrazów, map geodezyjnych czy planów architektonicznych. System z powodzeniem można zastosować do realizacji tzw. gorącej linii.

Obszary zastosowań usług

Systemy kryptografii dynamicznej powiększają spektrum usług przede wszystkim dzięki swojemu automatyzmowi oraz pełnej niezależności od człowieka. Na wdrożenie czeka wiele obszarów działalności, które wymagają szczególnej ochrony. Są to: archiwa państwowe, sądy, urzędy administracji, ośrodki gromadzenia i przetwarzania danych o ludności. Wreszcie cały sektor związany z gospodarką, tj. bankowość, rozliczenia między oddziałami, giełdy. Będą one mogły świadczyć swoje tradycyjne usługi również w postaci elektronicznej.

DR IZABELA WRÓBEL

SPRZEDAŻ WYROBÓW MEDYCZNYCH PRZEZ INTERNET W ŚWIETLE PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ

1. Wprowadzenie

Prawo Unii Europejskiej posługuje się pojęciem usługi społeczeństwa informacyjnego, przez którą rozumie każdą usługę normalnie świadczoną za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy (art. 2 pkt a dyrektywy 2000/31/WE¹ w zw. z art. 1 pkt 2 dyrektywy 98/34/WE²). Jak wyjaśnia motyw osiemnasty dyrektywy 2000/31/WE (dalej także dyrektywa o handlu elektronicznym), usługi społeczeństwa informacyjnego obejmują szeroki zakres rodzajów działalności gospodarczej prowadzonej w trybie on-line, w szczególności sprzedaż towarów on-line. Jednakże działania, które ze względu na swój charakter nie mogą być wykonywane na odległość lub drogą elektroniczną, takie jak konsultacja medyczna wymagająca fizycznego badania pacjenta, nie są usługami społeczeństwa informacyjnego³. Na tym tle w pewnych okolicznościach może powstać wątpliwość, czy usługą społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu prawa Unii Europejskiej jest sprzedaż wyrobów medycznych⁴ on-line. W ramach sprzedaży wyrobów medycznych przez Internet można bowiem wyróżnić kilka elementów. Sprzedaż ta obejmuje po pierwsze czynność sprzedaży (we właściwym tego słowa znaczeniu), która charakteryzuje się ofertą zawarcia umowy on-line oraz zawarciem umowy drogą elektroniczną. Po drugie, ze sprzedażą tą wiąże się dostawa sprzedanego towaru, która (co do zasady) jest dokonywana do miejsca zamieszkania klienta, a ponadto: sprzedaż lub dostawę poprzedza, w niektórych szczególnych przypadkach, konsultacja klienta z lekarzem⁵.

¹ 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 z 17 lipca 2000 r., s. 1).

² Dyrektywa 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21 lipca 1998, s. 37), zmieniona przez dyrektywę 98/48/WE (Dz. Urz. WE L 217 z 5 sierpnia 1998 r., s. 18).

³ Szerzej na ten temat zob. I. Wróbel, *Pojęcie usługi społeczeństwa informacyjnego w prawie wspólnotowym*, „e-Biuletyn CBKE” 2007, nr 4.

⁴ Zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt a dyrektywy Rady 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej wyrobów medycznych (Dz. Urz. EWG L 169 z 12 lipca 1993 r., s. 1), wyrobami medycznymi są: narzędzia, przyrządy, urządzenia, oprogramowanie, materiały lub inne artykuły, stosowane samodzielnie lub w połączeniu, wraz z wszelkim wyposażeniem, w tym oprogramowaniem przeznaczonym przez wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do ich właściwego stosowania, przeznaczone przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu: diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu chorób, diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub rehabilitacji w przypadku urazu lub upośledzenia, badań, zastąpienia lub zmiany budowy anatomicznej lub procesów fizjologicznych, regulacji poczęć, i które nie osiągają swojego głównego zamierzonego działania w lub na ciele człowieka za pomocą środków farmakologicznych, immunologicznych ani metabolicznych, lecz które mogą być wspomagane w swoich funkcjach przez takie środki. Dyrektywa 93/42/EWG nie określa warunków odnoszących się do wprowadzania wyrobów medycznych do obrotu, ich sprzedaży lub dostawy.

⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 grudnia 2010 r. w sprawie C-108/09 Ker-Optika Bt przeciwko ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet, niepublikowany w Zb. Orz., pkt 22.

Rozstrzygnięcie kwestii, czy sprzedaż wyrobów medycznych przez Internet stanowi usługę społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu prawa Unii Europejskiej, jest istotne z uwagi na zagwarantowaną przez to prawo swobodę przepływu usług społeczeństwa informacyjnego, czy też szerzej – swobodę przepływu towarów i usług między państwami członkowskimi oraz dopuszczalne w świetle tego prawa ograniczenia wymienionych swobód.

W orzeczeniu wydanym w trybie prejudycjalnym w sprawie C-108/09 *Ker-Optika*⁶ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajął się zagadnieniem sprzedaży soczewek kontaktowych przez Internet⁷, jednakże poczynione wówczas uwagi i sformułowane wnioski można odnieść również do sprzedaży innych wyrobów medycznych przez Internet. Pytania dotyczące wykładni odpowiednich przepisów traktatowych oraz dyrektywy o handlu elektronicznym zostały przedstawione przez sąd węgierski w związku ze sporem między *Ker-Optika Bt*, przedsiębiorstwem sprzedającym soczewki kontaktowe za pośrednictwem strony internetowej (zwaną dalej *Ker-Optika*), a Regionalną Dyрекcją Państwowego Urzędu do spraw Sanitarnych i Zdrowia Publicznego dla Południowego Kraju Zadunajskiego (zwaną dalej ÁNTSZ), która wydała decyzję administracyjną zakazującą sprzedaży soczewek kontaktowych przez Internet.

Zarówno w postępowaniu w pierwszej instancji, jak i w postępowaniu odwoławczym węgierski organ administracyjny oparł się na rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 2004 r. w sprawie wymagań zawodowych dotyczących sprzedaży, naprawy i wypożyczania wyrobów medycznych, zgodnie z którym sprzedaż wyrobów medycznych, w tym soczewek kontaktowych, powinna odbywać się w specjalistycznych punktach, posiadających zezwolenie wymagane na podstawie przepisów szczególnych i spełniających warunki określone w załączniku 2 do rozporządzenia, tj. w przypadku soczewek kontaktowych w punktach sprzedaży o powierzchni nie mniejszej niż 18 m² lub lokalach oddzielonych od warsztatu, w których osoba zajmująca się sprzedażą jest optometrystą lub lekarzem okulistą specjalizującym się w dziedzinie soczewek kontaktowych. *Ker-Optika* zaskarżyła decyzję utrzymującą zakaz, podnosząc w szczególności, że jest on sprzeczny z węgierską ustawą z 2001 r. o usługach społeczeństwa informacyjnego i handlu elektronicznym, transponującą postanowienia dyrektywy 2000/31/WE do krajowego porządku prawnego i gwarantującą swobodne wykonywanie działalności polegającej na świadczeniu usług społeczeństwa informacyjnego. ÁNTSZ w postępowaniu przed sądem powołała się na motyw osiemna-

⁶ Zob. przypis 5.

⁷ Na ten temat zob. także P. McGinn, *Losing more control. Court rules patients have right to buy contacts over Internet and to bypass optician shops*, „Eurotimes” 2011, Volume 16, Issue 3, s. 40; A. Leupold, EuGH: *Internetvertriebsverbot verstößt gegen Art. 34, 36 AEUV*, „Multimedia und Recht” 2011, Heft 4, s. 163 i n.

sty dyrektywy 2000/31/WE, z którego miałyby wynikać, że zakres stosowania powołanej ustawy nie może obejmować sprzedaży soczewek kontaktowych przez Internet, gdyż działania, które (ze względu na swój charakter) nie mogą być wykonywane na odległość lub drogą elektroniczną, takie jak konsultacja medyczna wymagająca fizycznego badania pacjenta, nie są usługami społeczeństwa informacyjnego, a sprzedaż soczewek kontaktowych wymaga takiej konsultacji.

W tym okolicznościach sąd krajowy skierował do Trybunału Sprawiedliwości trzy pytania:

1. czy sprzedaż soczewek kontaktowych stanowi konsultację medyczną wymagającą fizycznego badania pacjenta, a tym samym jest wyłączona z zakresu stosowania dyrektywy 2003/31/WE (a więc również transponujących jej postanowienia przepisów krajowych);
2. czy – w razie przeczącej odpowiedzi na pytanie pierwsze – wykładni art. 30 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej TWE; obecnie art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej TfUE), dopuszczającego stosowanie zakazów lub ograniczeń przywózowych, wywózowych lub tranzytowych uzasadnionych, m.in. względami ochrony zdrowia i życia ludzi, należy dokonywać w ten sposób, że pozostaje on w sprzeczności z przepisem krajowym, który stanowi, iż soczewki kontaktowe mogą być sprzedawane wyłącznie w specjalistycznych punktach sprzedaży wyrobów medycznych;
3. czy wykładni zasady swobodnego przepływu towarów, sformułowanej w art. 28 TWE (obecnie art. 34 TfUE), należy dokonywać w ten sposób, że sprzeciwia się ona przepisowi krajowemu, zgodnie z którym sprzedaż soczewek kontaktowych jest dozwolona jedynie w specjalistycznych punktach sprzedaży wyrobów medycznych.

Trybunał Sprawiedliwości udzielił krótkiej i prostej odpowiedzi: przepisy krajowe dotyczące sprzedaży soczewek kontaktowych mieszczą się w zakresie stosowania dyrektywy o handlu elektronicznym, ponieważ dotyczą sprzedaży tych soczewek przez Internet, a ponadto art. 34 i 36 TfUE oraz dyrektywa o handlu elektronicznym powinny być interpretowane w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu, które zezwala na sprzedaż soczewek kontaktowych jedynie w specjalistycznych punktach sprzedaży wyrobów medycznych i w konsekwencji zakazuje ich sprzedaży przez Internet.

2. Przepisy prawa Unii Europejskiej gwarantujące swobodę przepływu usług społeczeństwa informacyjnego

Do usług społeczeństwa informacyjnego mają zastosowanie ogólne przepisy prawa pierwotnego Unii Europejskiej dotyczące swobody przepływu towarów między państwami członkowskimi (art. 28, 34 i 35 TfUE) i ograniczeń tej swobody (art. 36 TfUE) oraz swobody przepływu usług wewnątrz Unii (art. 56 TfUE) i wyjątków od tej zasady (art. 62 w zw. z art. 51 i 52 TfUE)⁸. W prawie wtórnym Unii Europejskiej zapewnieniu swobodnego przepływu usług społeczeństwa informacyjnego między państwami człon-

kowskimi służy przede wszystkim dyrektywa 2000/31/WE (art. 1 ust. 1). Akt ten – jak sam głosi w art. 1 ust. 3 – uzupełnia prawo unijne mające zastosowanie do usług społeczeństwa informacyjnego bez uszczerbku dla poziomu ochrony, w szczególności zdrowia publicznego oraz interesów konsumentów, ustanowionego w unijnych aktach prawnych oraz implementujących je ustawodawstwach krajowych w zakresie, w jakim nie ogranicza to swobody świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego. Takie sformułowanie wskazuje, iż zapewnienie swobody świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego jest z punktu widzenia prawa Unii celem ważniejszym niż ochrona zdrowia publicznego lub interesów konsumentów. W motywie dziesiątym prawodawca unijny zaznaczył, żeby rynek wewnętrzny rzeczywiście stał się obszarem bez granic wewnętrznych dla handlu elektronicznego, dyrektywa musi zapewnić w dziedzinach, w których niezbędne jest działanie na poziomie unijnym, wysoki poziom ochrony celów służących interesowi ogólnemu, w szczególności m.in. ochrony konsumentów i ochrony zdrowia publicznego⁹. W tym samym miejscu prawodawca unijny przypomniał, że zgodnie z art. 152 TWE, obecnie zaś art. 168 TfUE, ochrona zdrowia publicznego jest istotnym składnikiem innych polityk unijnych¹⁰. Stwierdzenia te nie podważają jednak nadrzędności celu w postaci zapewnienia swobody świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego w stosunku do innych celów wskazanych w prawie unijnym, wynikającej wprost z art. 1 ust. 3 dyrektywy 2000/31/WE. Wysoki poziom ochrony takich dóbr, jak zdrowie publiczne czy interesy konsumentów, od czego bezpośrednio zależy poziom zaufania uczestników obrotu prawnego, jest środkiem do osiągnięcia celu polegającego na urzeczywistnieniu rynku wewnętrznego w zakresie handlu elektronicznego, co jest zgodne z ogólnymi celami Unii Europejskiej i ich hierarchią¹¹. Nie oznacza to, że różne dobra brane pod uwagę jako samodzielna wartość, jak np. bezpieczeństwo publiczne, nie będą chronione w razie, gdyby miały doznać uszczerbku w wyniku obowiązywania zasady swobodnego przepływu usług społeczeństwa informacyjnego. Ochrona będzie jednak uzależniona od spełnienia określonych warunków, służących z kolei ochronie swobody przepływu usług społeczeństwa informacyjnego¹².

Do aktów prawa wtórnego Unii Europejskiej, które mają zastosowanie do usług społeczeństwa informacyjnego i jednocześnie chronią inne dobra, w szczególności zdrowie publiczne i interesy konsumentów, należą m.in.: dyrektywa 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich¹³, dyrektywa 97/7/WE w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość¹⁴, dyrektywa 2006/114/WE dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd oraz reklamy porównawczej¹⁵, dyrektywa 98/6/WE w sprawie ochrony konsumenta

⁹ Treść motywu dziesiątego dyrektywy 2000/31/WE została podana zgodnie z jego brzmieniem w języku niemieckim, jako bardziej przejrzystym w porównaniu z wersją polską.

¹⁰ Zob. także art. 35 zdanie drugie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

¹¹ Zob. art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej, w szczególności ust. 3.

¹² Por. S. Valverde, *The governance of the internet and the public health implications of drug sales*, "Pharmaceutical Policy and Law" 2001, Volume 4, s. 120.

¹³ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. WE L 95 z 21 kwietnia 1993 r., s. 29).

¹⁴ Dyrektywa 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość (Dz. Urz. WE L 144 z 4 czerwca 1997 r., s. 19).

¹⁵ Dyrektywa 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd oraz reklamy porównawczej (wersja ujednolicona) (Dz. Urz. UE L 376 z 27 grudnia 2006 r., s. 21).

⁸ Na temat tych przepisów zob. np. K. Witkowska-Chrzczonek (w.): *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony. Zarys wykładu*, pod red. Jana Gálstera, Toruń 2010, s. 474 i n.

przez podawanie cen produktów oferowanych konsumentom¹⁶, dyrektywa 2001/95/WE w sprawie ogólnego bezpieczeństwa produktów¹⁷, dyrektywa 2009/22/WE w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów¹⁸, dyrektywa 85/374/EWG w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących odpowiedzialności za produkty wadliwe¹⁹, dyrektywa 1999/44/WE w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji²⁰, dyrektywa 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi²¹.

Dyrektywa 2000/31/WE w art. 3 ust. 2 ustanawia zasadę, że państwa członkowskie nie mogą z powodów wchodzących w zakres dziedziny podlegającej koordynacji²² ograniczać swobodnego przepływu usług społeczeństwa informacyjnego pochodzących z innego państwa członkowskiego. Odstępstwo od tej zasady w odniesieniu do określonej usługi społeczeństwa informacyjnego jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy podejmowane działania są konieczne z powodów związanych m.in. z ochroną zdrowia publicznego lub ochroną konsumentów, są skierowane przeciw określonej usłudze społeczeństwa informacyjnego, która narusza te dobra lub faktycznie i poważnie grozi naruszeniem tych dóbr, są proporcjonalne do zamierzonych celów oraz zostały poprzedzone, po pierwsze, zwróceniem się do państwa członkowskiego, na którego terytorium ma siedzibę usługodawca, o podjęcie działań, po drugie – niepodjęciem działań lub podjęciem działań niewystarczających przez to państwo i po trzecie – powiadomieniem Komisji i tego państwa o zamiarze zastosowania środków mających na celu odstępstwo od ogólnej zasady (art. 3 ust. 4).

Na mocy dyrektywy o handlu elektronicznym państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić, że podjęcie i prowadzenie działalności przez usługodawcę świadczącego usługi społeczeństwa informacyjnego nie wymaga uzyskania zezwolenia ani spełnienia żadnego innego warunku mającego skutek równoważny (art. 4 ust. 1). Nie dotyczy to jednak systemów udzielania zezwo-

lenia, które nie mają szczególnie i wyłącznie na celu usług społeczeństwa informacyjnego (art. 4 ust. 2).

Pod kątem zgodności z powołanymi wyżej przepisami prawa Unii Europejskiej powinien być rozpatrywany każdy sformułowany w prawie krajowym zakaz lub każde przewidziane w tym prawie ograniczenie sprzedaży przez Internet określonego rodzaju wyrobów medycznych, pod warunkiem że sprzedaż taka będzie stanowiła usługę społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu prawa unijnego. W przypadkach, w których konsultacja medyczna wymagająca fizycznego badania klienta jest nierozdzielalną częścią sprzedaży wyrobu medycznego, sprzedaż nie stanowi usługi społeczeństwa informacyjnego i – co za tym idzie – nie jest objęta zakresem stosowania dyrektywy 2000/31/WE.

3. Sprzedaż wyrobów medycznych przez Internet jako usługa społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu prawa Unii Europejskiej

Poszukując odpowiedzi na przedłożone mu pytania w sprawie C-108/09 *Ker-Optika*, Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że działalność polegająca na sprzedaży wyrobów medycznych, takich jak soczewki kontaktowe nie należy do działalności, do której dyrektywa 2000/31/WE nie ma zastosowania na podstawie jej art. 1 ust. 5. W związku z tym dziedzina podlegająca koordynacji obejmuje przepisy krajowe, które zakazują czynności dotyczących sprzedaży soczewek kontaktowych, tj. w szczególności oferowania ich on-line oraz zawierania umów drogą elektroniczną²³.

W ten sposób Trybunał nie podzielił stanowiska rzecznika generalnego, że dyrektywa o handlu elektronicznym nie ma zastosowania do sprawy będącej przedmiotem postępowania przed sądem węgierskim. Rzecznik generalny argumentował, że celem tej dyrektywy nie jest rozstrzyganie, czy dany rodzaj działalności lub transakcji może stanowić przedmiot handlu w Internecie i że w związku z tym nie określa ona warunków, w których sprzedaż danej kategorii towarów w Internecie mogłaby być skutecznie zakazana²⁴. Rzecznik generalny nie uważał także, by określona przez prawodawstwo Unii definicja usługi społeczeństwa informacyjnego mogła swoim zakresem obejmować sprzedaż soczewek kontaktowych. Twierdził, że o ile zamówienie soczewek, przyjęcie zamówienia i zawarcie umowy sprzedaży soczewek on-line mogą odbyć się drogą elektroniczną, to już samo doręczenie soczewek kontaktowych użytkownikowi końcowemu nie jest czynnością elektroniczną, lecz czysto fizyczną. To na tym etapie wprowadzone w motywach osiemnastym dyrektywy 2000/31/WE rozróżnienie na usługi społeczeństwa informacyjnego i działania, które są za ich pomocą organizowane, miałyby nabierać pełnego znaczenia²⁵. Konkludując, rzecznik generalny uznał, że zgodność z prawem Unii uregulowania krajowego, które skutkuje zakazem sprzedaży soczewek kontaktowych przez Internet, nie może być oceniana w świetle przepisów dyrektywy o handlu elektronicznym. W związku z tym pytanie, czy sprzedaż soczewek kontaktowych stanowi w rozumieniu motywu

¹⁶ Dyrektywa 98/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 lutego 1998 r. w sprawie ochrony konsumenta przez podawanie cen produktów oferowanych konsumentom (Dz. Urz. WE L 80 z dnia 18 marca 1998 r., s. 27).

¹⁷ Dyrektywa 2001/95/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie ogólnego bezpieczeństwa produktów (Dz. Urz. WE L 11 z 15 stycznia 2002 r., s. 4).

¹⁸ Dyrektywa 2009/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów (wersja skodyfikowana) (Dz. Urz. UE L 110 z 1 maja 2009 r., s. 30).

¹⁹ Dyrektywa Rady 85/374/EWG z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących odpowiedzialności za produkty wadliwe (Dz. Urz. EWG L 210 z 7 sierpnia 1985 r., s. 29).

²⁰ Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz. Urz. WE L 171 z 7 lipca 1999 r., s. 12).

²¹ Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz. Urz. WE L 311 z 28 listopada 2001 r., s. 67).

²² Dziedzina podlegająca koordynacji oznacza w tym kontekście wymagania ustanowione w systemach prawnych państw członkowskich, mające zastosowanie do podmiotów świadczących usługi społeczeństwa informacyjnego lub do usług społeczeństwa informacyjnego, niezależnie od tego, czy mają charakter ogólny, czy zostały przewidziane szczególnie dla nich (art. 2 pkt h dyrektywy 2000/31/WE). Dziedzina podlegająca koordynacji obejmuje tylko wymagania odnoszące się do działalności w trybie on-line, takie jak informacja on-line, reklama on-line, zakupy on-line, zawieranie umów on-line, nie dotyczy natomiast wymagań prawnych państw członkowskich odnoszących się do towarów, takich jak normy bezpieczeństwa, obowiązków etykietowania lub odpowiedzialności za towary ani wymagań państw członkowskich odnoszących się do dostawy lub do transportu towarów, łącznie z dystrybucją produktów leczniczych (motyw dwudziesty pierwszy dyrektywy 2000/31/WE).

²³ Wyrok w sprawie C-108/09, pkt 27 i 28.

²⁴ Opinia rzecznika generalnego Paolo Mengozziego przedstawiona w dniu 15 czerwca 2010 r. w sprawie C-108/09 *Ker-Optika Bt* przeciwko *ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, niepublikowana w Zb. Orz., pkt 41 i 42.

²⁵ Ibidem, pkt 46.

osiemnastego wspomnianej dyrektywy konsultację medyczną wymagającą fizycznej obecności pacjenta, miało być bez znaczenia dla sprawy²⁶.

W związku z opinią rzecznika generalnego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-108/09 *Ker-Optika* warto przypomnieć, że w polskiej doktrynie podobne stanowisko co do definiowania usług społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu dyrektywy 2000/31/WE zajęła K. Kowalik-Bańczyk, uznając, że „przepisy wspólnotowe odwołują się konsekwentnie do pojęcia »usługi społeczeństwa informacyjnego«, z założenia wykluczając możliwość, by towar mógł być przedmiotem handlu elektronicznego”. Kolejne stwierdzenie tej Autorki jest również zbyt daleko idące, gdyż – obok elementów prawdziwych, zgodnych z motywem dwudziestym pierwszym dyrektywy 2000/31/WE – zawiera (na początku) tezę błędną: „Podstawowy wspólnotowy tekst o handlu elektronicznym, czyli dyrektywa 2000/31/WE, reguluje jedynie zobowiązania wynikające ze świadczenia usług, wykluczając z zakresu dyrektywy wszelkie zobowiązania związane z wymianą towarów, ich transportem czy późniejszą odpowiedzialnością za nabyte produkty”²⁷. Pogląd K. Kowalik-Bańczyk jest przykładem problemów z definiowaniem unijnego pojęcia usługi społeczeństwa informacyjnego, do których niewątpliwie przyczynił się sam prawodawca ponadnarodowy, wydając akty zawierające sformułowania niejasne czy wręcz na pierwszy rzut oka sprzeczne.

Rozumowanie rzecznika generalnego w przytoczonej tu części jego opinii zasługuje na krytykę z dwóch powodów. Po pierwsze, dyrektywa nie musi określać „warunków, w których sprzedaż danej kategorii towarów w Internecie mogłaby być skutecznie zakazana”, by obejmować swym zakresem zakaz sprzedaży danej kategorii towarów przez Internet. Wystarczy, że ustanowi swobodę handlu elektronicznego i określi dopuszczalne ograniczenia tej swobody. Takie podejście wynika z samej natury dyrektywy jako instrumentu harmonizacji prawnej. Po drugie, doręczenie niebędące czynnością elektroniczną występuje przy sprzedaży przez Internet wielu innych towarów niemających formy elektronicznej podobnie jak soczewki kontaktowe, w przeciwieństwie np. do książek występujących w postaci e-booków, co nie oznacza, że sprzedaż tych towarów nie mieści się w zakresie przedmiotowym dyrektywy 2000/31/WE²⁸. Z brzmienia motywu osiemnastego tego aktu wynika, że usługą społeczeństwa informacyjnego jest w szczególności sprzedaż towarów on-line, a nie jest nią dostawa jako taka. Kluczowa jest zatem czynność sprzedaży w ścisłym tego słowa znaczeniu w trybie on-line (zawarcie umowy) – nie będzie usługą społeczeństwa informacyjnego czynność sprzedaży dokonana w sposób tradycyjny (np. w księgarni) w połączeniu z dostarczeniem towaru drogą elektroniczną (np. przesłaniem e-booka w obecności klienta na podany przez niego adres poczty elektronicznej)²⁹. Unijna definicja usługi społeczeństwa informacyjnego obejmuje swoim zakresem sprzedaż soczewek kontaktowych, tak samo jak np. sprzedaż nośników

obrazu (przez Internet)³⁰, pod warunkiem, że nie stanowi ona konsultacji medycznej wymagającej fizycznego badania pacjenta, co należało właśnie rozważyć w związku z pytaniem sądu krajowego w sprawie C-108/09 *Ker-Optika*.

Trybunał Sprawiedliwości poddał analizie kwestię konsultacji medycznej, wymagającej fizycznego badania klienta jako ewentualnego koniecznego elementu sprzedaży soczewek kontaktowych. Przyznał, że soczewki mają bezpośredni kontakt z oczami i stanowią wyroby medyczne, których stosowanie może w szczególnych przypadkach spowodować zapalenie oka, a nawet trwałą wadę wzroku, przy czym mogą one zostać wywołane przez samo tylko noszenie soczewek. Wymóg wcześniejszej konsultacji medycznej może więc okazać się uzasadniony. W tym zakresie osoba zamierzająca nosić soczewki kontaktowe może zostać zobowiązana do poddania się prewencyjnemu badaniu okulistycznemu, w trakcie którego, po pierwsze, sprawdza się, czy względy natury medycznej nie sprzeciwiają się temu, aby dana osoba nosiła soczewki, oraz, po drugie, ustala się dokładne wartości niezbędnej korekty w dioptriach. Trybunał doszedł jednak do oczywistego wniosku, że badanie okulistyczne nie stanowi nierozdzielnej części sprzedaży soczewek kontaktowych, może bowiem zostać przeprowadzone niezależnie od czynności sprzedaży, ponieważ sprzedaż może być dokonana nawet na odległość na podstawie recepty wydanej przez lekarza okulistę, który wcześniej zbadał klienta. Konsultacja medyczna wymagająca fizycznego zbadania pacjenta, od jakiej może zostać uzależniona sprzedaż soczewek kontaktowych, nie jest zatem nierozdzielnie związana z tą sprzedażą³¹. Tak więc czynność sprzedaży w ścisłym tego słowa znaczeniu soczewek kontaktowych przez Internet stanowi usługę społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu prawa Unii Europejskiej.

4. Dostawa wyrobów medycznych sprzedanych przez Internet w kontekście swobody przepływu towarów gwarantowanej przez prawo pierwotne Unii Europejskiej

Sprzedaż przez Internet obejmuje również dostawę sprzedanego towaru, jednakże dostawa towarów jako taka nie stanowi – zgodnie z motywem osiemnastym dyrektywy 2000/31/WE – usługą społeczeństwa informacyjnego, stąd też dziedzina podlegająca koordynacji nie obejmuje wymagań mających zastosowanie do dostawy towarów (art. 2 pkt h ppkt. II akapit drugi). Słuszna w tym kontekście jest uwaga rzecznika generalnego, że chociaż w powszechnym odbiorze to dyrektywa 2000/31/WE przyczyniła się do rozwoju transgranicznego handlu elektronicznego w Unii Europejskiej, w samej dyrektywie ograniczono się do regulacji tylko niektórych etapów tego rodzaju wymiany handlowej i nie określono warunków odnoszących się do przepływu towarów, do którego wymiana może prowadzić. Nacisk w dyrektywie 2000/31/WE położony jest na pojęcie „usługa”, a nie na pojęcie „towar”³².

Przepisy dotyczące warunków dostawy soczewek kontaktowych powinny być więc oceniane z punktu widzenia prawa pierwotnego

²⁶ *Ibidem*, pkt 51.

²⁷ K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji handlu elektronicznego w prawie wspólnotowym i międzynarodowym*, Kraków 2006, s. 46. Inaczej W. Kilian (w:) *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2003, s. 221 i n.

²⁸ Na ten temat zob. także D. Kot, *Podjęmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej w Internecie* (w:) *Handel elektroniczny. Prawne problemy*, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, Kraków 2005, s. 18; K. Kowalik-Bańczyk, *op. cit.*, s. 40; P. Podrecki (w:) *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2007, s. 28 i n. oraz s. 48 i n.

²⁹ Zob. załącznik 5 do dyrektywy 98/34/WE. Por. K. Korus (w:) M. Chudzik, A. Frań, A. Grzywacz, K. Korus, M. Spyra, *Prawo handlu elektronicznego*, Bydgoszcz – Kraków 2005, s. 97 i n.

³⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH przeciwko Avides Media AG*, Zb. Orz. 2008, s. I-00505, pkt 22.

³¹ Wyrok w sprawie C-108/09, pkt 35-38.

³² Opinia rzecznika generalnego w sprawie C-108/09, pkt 35.

Unii³³. Rząd węgierski za punkt odniesienia proponował przyjąć swobodę świadczenia usług, natomiast sąd węgierski – swobodę przepływu towarów. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że jeżeli dany przepis prawa krajowego wiąże się zarówno ze swobodnym przepływem towarów, jak i z inną podstawową swobodą, to Trybunał poddaje go analizie zasadniczo pod kątem jednej tylko z tych dwu podstawowych swobód, jeżeli okaże się, że jedna z nich ma zupełnie drugorzędne znaczenie w stosunku do drugiej i można ją z tą drugą powiązać³⁴. Przepis krajowy dotyczący umowy charakteryzującej się sprzedażą towaru przez Internet i dostawą tego towaru do miejsca zamieszkania konsumenta może być oceniany tylko z punktu widzenia postanowień odnoszących się do swobodnego przepływu towarów, a tym samym z punktu widzenia art. 34 TfUE oraz art. 36 TfUE³⁵.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, wszelkie uregulowania państw członkowskich dotyczące handlu, mogące – bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie – utrudnić handel wewnątrz Unii należy uznać za środki o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi w rozumieniu art. 34 TfUE³⁶. Za środek o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi należy uznać przepisy dotyczące warunków, jakim powinny odpowiadać towary pochodzące z innych państw członkowskich, nawet jeżeli przepisy te są stosowane bez rozróżnienia do wszystkich towarów, tzn. również do towarów pochodzących z danego państwa członkowskiego³⁷. Przepisy krajowe ograniczające niektóre sposoby sprzedaży lub ich zakazujące powinny być badane nie tylko pod kątem tego, czy są stosowane do wszystkich zainteresowanych podmiotów gospodarczych prowadzących działalność w danym państwie członkowskim, lecz także ze względu na to, czy dotyczą w jednakowy sposób, z prawnego i faktycznego punktu widzenia, towarów krajowych i towarów pochodzącymi z innych państw członkowskich³⁸.

Zakaz sprzedaży soczewek kontaktowych przez Internet ma zastosowanie do soczewek pochodzących z innych państw członkowskich, które stanowią przedmiot sprzedaży wysyłkowej i dostawy do miejsca zamieszkania konsumentów na Węgrzech. Należy w związku z tym stwierdzić, że zakaz sprzedaży soczewek kontaktowych drogą wysyłkową, podobnie jak zakaz sprzedaży leków tą drogą³⁹, pozbawia podmioty gospodarcze pochodzące z innych państw członkowskich szczególnie skutecznego rodzaju sprzedaży tych towarów i znacznie ogranicza w ten sposób dostęp tych podmiotów do rynku danego państwa członkowskiego. Sformułowany w prawie krajowym zakaz sprzedaży soczewek kontaktowych przez Internet stanowi środek o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi zakazany przez art. 34 TfUE, chyba że może on zostać obiektywnie uzasadniony.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, przeszkoda w swobodnym przepływie towarów może zostać uzasadniona względami interesu ogólnego wymienionymi w art. 36 TfUE lub nadrzędnymi wymogami. W obu przypadkach przepis krajowy powinien być w stanie zagwarantować realizację zamierzonego celu i nie wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia⁴⁰. W tym zakresie, jeżeli dany przepis należy do dziedziny zdrowia publicznego, to należy uwzględnić okoliczność, że zdrowie i życie ludzi ma pierwszorzędne znaczenie pośród dóbr i interesów chronionych przez art. 36 TfUE i że do państw członkowskich należy decyzja – w granicach wyznaczonych Traktatem – o poziomie ochrony zdrowia publicznego oraz sposobie osiągnięcia tego poziomu. Jako że poziom ten może być różny w poszczególnych państwach członkowskich, należy przyznać państwu członkowskiemu swobodę uznania w tym zakresie⁴¹, która może znaleźć odzwierciedlenie we wprowadzeniu takich wymogów, jak sprzedaż produktów leczniczych i wyrobów medycznych tylko po przedstawieniu recepty, w specjalistycznym punkcie sprzedaży i w obecności wykwalifikowanego personelu, bądź w niewprowadzeniu takich wymogów w ogóle⁴².

Uzasadnienie dotyczące konieczności zapewnienia ochrony zdrowia użytkowników soczewek kontaktowych odpowiada trosce o zdrowie publiczne dopuszczanej przez art. 36 TfUE. Biorąc pod uwagę istniejące zagrożenia dla zdrowia publicznego, państwo członkowskie może wymagać, aby soczewki kontaktowe były dostarczane przez wykwalifikowanego pracownika, który zwróci uwagę na zagrożenia, przeprowadzi badania i zaleci lub odradzi noszenie soczewek, proponując zainteresowanemu w razie potrzeby konsultację z lekarzem okulistą. Ze względu na zagrożenia państwo członkowskie może wymagać również, aby w przypadku, gdy noszenie soczewek nie jest odradzane, wykwalifikowani pracownicy określili najbardziej odpowiedni rodzaj soczewek, skontrolowali umieszczenie soczewek w oczach klienta oraz dostarczyli klientowi informacji dotyczących ich prawidłowego używania i konserwacji. W rzeczywistości bowiem, nie prowadząc do całkowitego wyeliminowania ryzyka ponoszonego przez użytkowników soczewek, skontaktowanie ich z wykwalifikowanym okulistą oraz świadczone przez niego usługi są w stanie zmniejszyć to ryzyko. Zastrzeżenie w przepisach krajowych wydawania soczewek kontaktowych na rzecz sklepów optycznych oferujących usługi okulisty jest zatem właściwe dla zagwarantowania realizacji celu polegającego na zapewnieniu ochrony zdrowia użytkowników soczewek kontaktowych. Niemniej przepisy krajowe nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu, tzn. nie powinny istnieć środki, za pomocą których można osiągnąć ten cel, a które w mniejszym stopniu ograniczałyby swobodny przepływ towarów⁴³.

³³ Wyrok w sprawie C-108/09, pkt 41.

³⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise przeciwko Gerhart Schindler i Jörg Schindler*, Zb. Orz. 1994, s. I-1039, pkt 22 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 maja 2005 r. w sprawie C-20/03 *Postępowanie karne przeciwko Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden i Anthony De Jong*, Zb. Orz. 2005, s. I-4133, pkt 35.

³⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie C-322/01 *Deutscher Apothekerverband eV przeciwko 0800 DocMorris NV i Jacques Waterval*, Zb. Orz. 2003, s. I-14887, pkt 65, 76 i 124.

³⁶ W szczególności wyrok z dnia 11 lipca 1974 r. w sprawie 8/74 *Procureur du Roi przeciwko Benoît i Gustave Dassonville*, Zb. Orz. s. 00837, pkt 5 oraz wyrok z dnia 10 lutego 2009 r. w sprawie C-110/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, Zb. Orz. s. I-00519, pkt 33.

³⁷ Wyrok w sprawie C-110/05, pkt 35 i 37.

³⁸ Wyrok w sprawie C-108/09, pkt 52.

³⁹ Wyrok w sprawie C-322/01, pkt 74.

⁴⁰ Wyrok w sprawie C-110/05, pkt 59.

⁴¹ Wyrok w sprawie C-322/01, pkt 103, wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 września 2008 r. w sprawie C-141/07 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec, Zb. Orz. 2008, s. I-6935, pkt 46 i 51, oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 1 czerwca 2010 r. w sprawach połączonych C-570/07 i C-571/07 *José Manuel Blanco Pérez i María del Pilar Chao Gómez przeciwko Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (C-570/07) i Principado de Asturias (C-571/07)*, niepublikowany w Zb. Orz., pkt 44.

⁴² Por. opinia rzecznika generalnego w sprawie C-108/09, pkt 72.

⁴³ Wyrok w sprawie C-108/09, pkt 59-65. Na ten temat zob. także A. Littler, *Internet based trade and the Court of Justices: Different Sector, Different Attitude*, TILEC Discussion Paper, DP 2011-007, s. 4 i n.

Tymczasem, po pierwsze, badanie prewencyjne, które ma zostać dokonane tytułem kontroli przez lekarza okulistę, może odbywać się poza sklepem optycznym. Po drugie, uregulowanie krajowe nie nakazywało okuliście uzależnienia każdego wydania soczewek od przeprowadzenia prewencyjnego badania lub wcześniejszej konsultacji lekarskiej, ani też samo nie uzależniało wydania od takich wymogów, między innymi w przypadku kolejnych dostaw soczewek na rzecz tego samego klienta. W ten sposób, badania i konsultacje należało uznać za fakultatywne – każdy użytkownik soczewek kontaktowych był odpowiedzialny za poddanie się takim badaniom i konsultacjom, a zadanie optyka polegało w tym zakresie na doradztwie na rzecz użytkowników⁴⁴. Trybunał Sprawiedliwości przypominał zasadę sformułowaną w odniesieniu do leków⁴⁵, że klienci mogą zasięgnąć porady przed zakupem wyrobów medycznych w ramach ich sprzedaży przez Internet za pomocą funkcji interaktywnych na danej stronie internetowej, z których klient powinien obowiązkowo skorzystać, zanim będzie mógł przystąpić do zakupu⁴⁶. Po trzecie, państwo członkowskie może oczywiście wymagać, aby najbardziej właściwy rodzaj soczewek został określony przez optyka, który przy tej okazji miałby obowiązek skontrolować umieszczenie soczewek w oczach klienta oraz dostarczyć klientowi porad w celu prawidłowego przechowywania i konserwacji soczewek. Jednakże usługi takie są zasadniczo wymagane jedynie podczas pierwszej dostawy szkieł kontaktowych. W rzeczywistości podczas późniejszych dostaw nie ma, co do zasady, konieczności świadczenia na rzecz klienta takich usług. Wystarczy, aby klient wskazał sprzedawcy rodzaj soczewek, jakie zostały mu wydane w trakcie pierwszej dostawy, a szczególne cechy tych soczewek zostały dostosowane w razie potrzeby przez lekarza okulistę, który wyda nową receptę z uwzględnieniem zmian wzroku klienta⁴⁷. Po czwarte, długotrwałe używanie soczewek kontaktowych powinno wiązać się z dodatkowymi informacjami i poradami, które mogą zostać dostarczone klientowi za pomocą funkcji interaktywnych, znajdujących się na stronie internetowej dostawcy⁴⁸. Po piąte, zgodnie z tym, co już wcześniej Trybunał Sprawiedliwości zauważył w odniesieniu do leków⁴⁹, państwo członkowskie może nałożyć na zainteresowane podmioty gospodarcze obowiązek postawienia do dyspozycji klienta wykwalifikowanego optyka, który dostarczy mu na odległość zindywidualizowanych informacji i porad w dziedzinie używania i konserwacji soczewek kontaktowych. Udzielanie takich porad i informacji na odległość może być ponadto korzystne, ponieważ umożliwia użytkownikowi soczewek formułowanie pytań i konkretnych pytań, bez konieczności przemieszczania się. Z powyższego wynika, że cel polegający na zapewnieniu ochrony zdrowia użytkowników soczewek kontaktowych może zostać osiągnięty za pomocą mniej restrykcyjnych środków, polegających na poddaniu pewnym ograniczeniom tylko pierwszej dostawy soczewek i na nakazaniu zainteresowanym podmiotom gospodarczym postawienia do dyspozycji klienta wykwalifikowanego optyka. Zakaz sprzedaży soczewek kontaktowych przez Internet wykracza więc poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia

zamierzonego celu. Zakaz ten nie może być także uznany za proporcjonalny z punktu widzenia celu ochrony zdrowia publicznego w rozumieniu art. 3 ust. 4 dyrektywy 2000/31/WE⁵⁰.

5. Wnioski

Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-108/09 *Ker-Optika* sprzyja rozwojowi transgranicznego handlu elektronicznego w Unii Europejskiej w szerszym zakresie, niż wynikałoby to ze specyfiki towarów, których dotyczy – sąd unijny odniósł się w nim wszak nawet nie do całej grupy towarów (wyroby medyczne), a jedynie do określonego rodzaju towarów wchodzących w skład tej grupy (soczewki kontaktowe). W pierwszym rzędzie orzeczenie to ma jednak oczywiście wielkie znaczenie dla branży optycznej. Należy podkreślić, że regulacja węgierska nie była przypadkiem odosobnionym – np. dekret Ministra Zdrowia Republiki Czeskiej, który obowiązywał do 2005 r., również zakazywał sprzedaży soczewek kontaktowych przez Internet⁵¹.

Choć sprzedaż soczewek kontaktowych on-line ma swoich przeciwników⁵², posługujących się argumentami związanymi z koniecznością ochrony zdrowia klientów i powołujących się na badania wykazujące zwiększone ryzyko chorób oczu w przypadku sprzedaży soczewek on-line⁵³, to jednak nie można oprzeć się wrażeniu, że u podstaw tego typu argumentów leży strach przed konkurencją, a nie rzeczywista troska o zdrowie pacjentów, której Internet nie stoi na przeszkodzie, a którą może wręcz ułatwiać i wspierać. Argumenty za dopuszczeniem sprzedaży wyrobów medycznych przez Internet są podobne, jak w przypadku leków (produktów leczniczych)⁵⁴ – obniżenie cen tych wyrobów dzięki zmniejszeniu kosztów prowadzenia działalności gospodarczej i zwiększeniu konkurencji, umożliwienie chorym, niepełnosprawnym i innym osobom tego potrzebującym szybkiego złożenia zamówienia i otrzymania towarów bezpośrednio w miejscu zamieszkania, zaoferowanie dodatkowego źródła informacji, z którymi klient może zapoznać się bez pośpiechu w dogodnym dla niego czasie i miejscu, co sprzyja racjonalnym wyborom⁵⁵. Jednocześnie Internet stwarza obecnie możliwość nawiązania kontaktu z wykwalifikowaną osobą – farmaceutą, lekarzem lub optometrystą – i uzyskania potrzebnej porady bez konieczności wychodzenia z domu. Z prawa i orzecznictwa Unii Europejskiej wynikają kolejne argumenty, odwołujące się do swobody przepływu towarów w ramach rynku wewnętrznego.

Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-108/09 *Ker-Optika* jest interesujące i ważne z kilku powodów. Po pierwsze, jak pokazało choćby błędne stanowisko rzecznika generalnego Trybunału w tej sprawie, wciąż występują trudności ze zrozumieniem pojęcia usługi społeczeństwa informacyjnego,

⁴⁴ Wyrok w sprawie C-108/09, pkt 73-76. Na ten temat zob. także A. Littler, *op. cit.*, s. 5 i n.

⁴⁵ S. Štarha, *Free movement of goods: Is the prohibition of selling contact lenses via the Internet contrary to EU law?*, EU Legal News, March 2011, s. 12.

⁴⁶ Zob. np. Y. Ali Khan, *Internet Sales and Eye Care Sales*, "Eye Care Review" 2008, Volume 2, Issue 6, s. 51 i n.

⁴⁷ Ryzyko chorób oczu związane z nabywaniem soczewek kontaktowych przez Internet miało być niemal pięć razy wyższe niż w przypadku zakupu soczewek u optometrysty (P. Thakrar, *Online sales linked to risk of eye infections*, "Optician" 2008, Volume 236, Issue 6161, s. 5).

⁴⁸ M. Podleś, *Apteki internetowe w Polsce – status prawny i funkcjonowanie na tle prawno-porównawczym*, "e-Biuletyn CBKE" 2007, nr 1, s. 11 i n.

⁴⁹ Por. A. Pamula (w.): *Spółeczeństwo informacyjne*, pod red. J. Papińskiej-Kacperk, Warszawa 2008, s. 435.

⁴⁴ Wyrok w sprawie C-108/09, pkt 66-68.

⁴⁵ Zob. wyrok w sprawie C-322/01, pkt 114.

⁴⁶ Wyrok w sprawie C-108/09, pkt 69.

⁴⁷ *Ibidem*, pkt 70 i 71.

⁴⁸ *Ibidem*, pkt 72.

⁴⁹ Zob. wyrok w sprawie C-322/01, pkt 113.

którym posługuje się prawo Unii Europejskiej. Ponieważ sprzedaż on-line składa się z kilku czynności (etapów), wątpliwości dotyczyły zakwalifikowania takiej sprzedaży jako usługi społeczeństwa informacyjnego w przypadkach, gdy dostawa sprzedanego towaru nie może odbyć się drogą elektroniczną, co zresztą najczęściej ma miejsce w praktyce. Wątpliwości mogły zrodzić się na gruncie zawartej w dyrektywie 98/34/WE definicji usługi świadczonej drogą elektroniczną, zgodnie z którą jest to usługa przesyłana pierwotnie i otrzymywana w miejscu przeznaczenia za pomocą sprzętu elektronicznego do przetwarzania i przechowywania danych, a przy tym całkowicie przesyłana, kierowana i otrzymywana za pomocą: kabla, odbiornika radiowego, środków optycznych lub innych środków elektromagnetycznych (art.1 pkt 2 akapit drugi). Gdyby jednak przyjąć, że chodzi tu o wszystkie etapy sprzedaży on-line, należałoby wyeliminować niemal całą sprzedaż towarów on-line, co z kolei stałoby w sprzeczności z motywem osiemnastym dyrektywy 2000/31/WE i z istotą handlu elektronicznego, którego traktującą o usługach społeczeństwa informacyjnego dyrektywa 2000/31/WE w szczególności dotyczy. Podsumowując sprzedaż on-line towarów, których dostawa odbywa się w tradycyjny sposób, a nie drogą elektroniczną, stanowi usługę społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu prawa Unii Europejskiej.

Na marginesie niniejszych rozważań warto zaznaczyć, że w związku z powyższym pojęcie usługi świadczonej drogą elektroniczną występujące w polskiej ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁵⁶ nie jest odpowiednikiem unijnego pojęcia „usługi społeczeństwa informacyjnego”, jak zwykło się uważać⁵⁷, ponieważ dotyczy sposobu wykonania umowy, nie zaś jej zawarcia. Według polskiego ustawodawcy świadczenie usługi drogą elektroniczną oznacza bowiem „wykonanie usługi świadczonej bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłanej i otrzymywanej za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowana za pomocą sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne” (art.2 pkt 4).

Po drugie, istotne dla zakwalifikowania sprzedaży soczewek kontaktowych przez Internet jako usługi społeczeństwa informacyjnego oddzielenie tej sprzedaży od konsultacji medycznej, wymagającej fizycznego badania pacjenta ma duże znaczenie dla podmiotów sprzedających on-line inne wyroby medyczne o podobnym charakterze pod względem ryzyka dla pacjenta, np. zaopatrzenie ortopedyczne (gorsety, kołnierze, protezy i stabilizatory kończyn itp.), którego przynajmniej pierwsze nabycie wymaga wcześniejszej konsultacji medycznej. Przepisy krajowe dotyczące sprzedaży tego typu wyrobów medycznych (formułujące wymogi dotyczące sklepów i personelu, np. połączenia sklepu z gabinetem lekarskim lub wyspecjalizowaną pracownią, zatrudnienia jako sprzedawców fizjoterapeutów itp.), w tym sprzedaży przez Internet (dopuszczające ją, ograniczające lub jej zakazujące), są objęte zakresem stosowania unijnej dyrektywy o handlu elektronicznym. Przy tworzeniu nowych lub stosowaniu już obowiązujących przepisów krajowych odnoszących się do sprzedaży wyrobów medycznych organy państw członkowskich

powinny więc uwzględnić unijne orzeczenie dotyczące sprzedaży soczewek kontaktowych przez Internet. Orzeczenie to ma zresztą bardziej uniwersalne znaczenie.

Po trzecie bowiem, w kontekście argumentacji Trybunału Sprawiedliwości wydaje się, że obecnie niemal każdy zakaz sprzedaży przez Internet towarów dopuszczonych do sprzedaży w tradycyjnych punktach sprzedaży będzie niezgodny z prawem Unii Europejskiej (z wyjątkiem np. zakazu sprzedaży przez Internet produktów leczniczych wymagających recepty⁵⁸). Postanowienia art. 36 TfUE dopuszczają zakazy lub ograniczenia stanowiące przeszkodę w swobodnym przepływie towarów między państwami członkowskimi, ustanawiane ze względów: moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt, ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej bądź ochrony własności przemysłowej i handlowej. W omówionej sprawie chodziło o ochronę zdrowia i życia ludzi, które mają pierwszorzędne znaczenie pośród dóbr i interesów chronionych przez art. 36 TfUE, a mimo to zakaz sprzedaży przez Internet nie spełnił kryteriów testu proporcjonalności, gdyż nie okazał się konieczny dla osiągnięcia zamierzonego celu. Obecny poziom rozwoju technologii informacyjno-komunikacyjnych, w szczególności różnego rodzaju funkcji interaktywnych, jak również zmiana charakteru tradycyjnych usług, takich jak usługi farmaceutyczne czy optyczne⁵⁹, sprawiają, że przy sprzedaży on-line można zaoferować podobny, jeśli nie identyczny, zakres czynności sprzedawcy i zapewnić porównywalny poziom ochrony dóbr, którym przysługuje taka ochrona na mocy prawa.

Należy przy tym zauważyć, że również dopuszczalność zakazu sprzedaży przez Internet produktów leczniczych, wymagających recepty może być trudna do utrzymania w systemie recept elektronicznych z indywidualnymi kontami pacjentów (testowanym już od 2011 r. w Polsce⁶⁰), który umożliwi przesłanie przez lekarza elektronicznego odpowiednika papierowej recepty do niego i pobranie jej stamtąd przez farmaceutę. Komunikacja drogą elektroniczną między placówką służby zdrowia i apteką uczyniłaby bezzasadnym argument na rzecz zakazu sprzedaży przez Internet produktów leczniczych wymagających recepty, który uznał w 2003 r. Trybunał Sprawiedliwości, a mianowicie „konieczność posiadania możliwości skutecznej i odpowiedzialnej weryfikacji autentyczności recept wydanych przez lekarzy i zagwarantowanie wydania produktu leczniczego albo samemu klientowi, albo osobie upoważnionej przez niego do jego odbioru”⁶¹.

W uzupełnieniu powyższych uwag należy jeszcze wskazać, że w kontekście sprzedaży towarów on-line nowego znaczenia

⁵⁸ W powoływanym już wielokrotnie orzeczeniu w sprawie C-322/01 *Deutscher Apotheker-Verband* Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że art. 30 TWE (obecnie art. 36 TfUE) może uzasadniać krajowy zakaz sprzedaży drogą wysyłkową produktów leczniczych, których sprzedaż jest zastrzeżona wyłącznie dla aptek w danym państwie członkowskim w zakresie, w jakim dotyczy produktów leczniczych wymagających recepty, natomiast artykuł ten nie może być podniesiony w celu uzasadnienia bezwzględnego zakazu sprzedaży drogą wysyłkową produktów leczniczych niewymagających recepty w danym państwie członkowskim.

⁵⁹ Jak zauważył rzecznik generalny Trybunału Sprawiedliwości, charakter usług farmaceutycznych uległ zasadniczym zmianom: dawniej to sam farmaceuta sporządzał leki, a obecnie jedynie wydaje produkty lecznicze „sporządzone” gdzie indziej, podlegając przy tym surowym wymogom prawnym, np. wymogom dotyczącym tego, czy lekarstwo może zostać wydane bez recepty. Trybunał sam uznał powyższe, akceptując sprzedaż leków niewymagających recepty przez Internet (Opinia rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura przedstawiona w dniu 30 września 2009 w sprawach połączonych C-570/07 i C-571/07 *José Manuel Blanco Pérez i María del Pilar Chao Gómez*, niepublikowana w Zb. Orz., pkt 27).

⁶⁰ W Lesznie i powiecie leszczyńskim.

⁶¹ Wyrok w sprawie C-322/01, pkt 119.

⁵⁶ Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204 z późn. zm.).

⁵⁷ Zob. np. P. Litwiński (w:) *Prawo Internetu*, s. 171 i n.

nabiera reguła sformułowania w 1993 r. w wyroku w sprawie *Keck i Mithouard*⁶², zgodnie z którą „zastosowanie do produktów pochodzących z innych państw członkowskich krajowych przepisów, które ograniczają niektóre sposoby sprzedaży bądź ich zakazują, o ile tylko obowiązują one wszystkie zainteresowane podmioty gospodarcze, prowadzące działalność na terytorium krajowym i dotyczą w ten sam sposób, z prawnego i faktycznego punktu widzenia, obrotu produktami krajowymi i produktami pochodzącymi z innych państw członkowskich, nie utrudnia, bezpośrednio ani pośrednio, rzeczywiście ani potencjalnie wymiany handlowej między państwami członkowskimi”. W świetle orzeczeń w sprawach C-322/01 *Deutscher Apothekerverband* i C-108/09 *Ker-Optika* reguła ta, odniesiona do sprzedaży przez Internet, zawsze sprawi, że zakaz tego typu działalności będzie zabronionym środkiem o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi w rozumieniu art. 34 TfUE, gdyż zakaz sprzedaży on-line w większym stopniu dotyka produktów pochodzących z innych państw członkowskich, którym trudniej dotrzeć do konsumenta w danym państwie niż produktom pochodzącym z tego państwa.

Jak słusznie zauważył rzecznik generalny, nic nie zakazuje podmiotom gospodarczym z jednego państwa członkowskiego otwierania tradycyjnych punktów sprzedaży w innych państwach członkowskich, jednakże prowadzenie działalności w formie tradycyjnych punktów sprzedaży jest w oczywisty sposób bardziej uciążliwe i kosztowne niż w formie sklepu internetowego. Zaletą sprzedaży on-line jest to, że podmioty gospodarcze korzystają z witryny o transgranicznej dostępności, bez ponoszenia kosztów i podlegania ograniczeniom związanym z prowadzeniem punktu sprzedaży w „świecie realnym”. Sprzedaż on-line jest alternatywnym sposobem sprzedaży w stosunku do tradycyjnego jej rozumienia i stanowi dla podmiotów gospodarczych dodatkowy sposób dotarcia do klientów, którzy nie ograniczają się, z geograficznego punktu widzenia, do populacji mieszkającej w pobliżu fizycznego punktu sprzedaży⁶³. Jeśli więc zakaz sprzedaży towarów przez Internet w każdym przypadku powinien być postrzegany jako zabroniony środek o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi w rozumieniu art. 34 TfUE, to jego zgodności z prawem Unii można dowodzić jedynie na gruncie art. 36 TfUE, co jednak – jak wskazano wyżej – będzie coraz trudniejsze z uwagi na ciągły rozwój technologii informacyjno-komunikacyjnych i stwarzanych przez nie możliwości „urealnienia” wirtualnych sposobów sprzedaży towarów.

⁶² Wyrok z dnia 24 listopada 1993 r. w sprawach połączonych C-267/91 i C-268/91 Postępowanie karne przeciwko Bernard Keck i Daniel Mithouard, Zb. Orz. s. I-6097, pkt 16.

⁶³ Wyrok w sprawie C-108/09, pkt 65. Por. D. Kot, *op. cit.*, s. 17 i n.

MGR EDYTA ADAMCZYK-WOŹNIAK

USTALANIE WYNAGRODZEŃ ZA KORZYSTANIE Z UTWORÓW LUB PRZEDMIOTÓW PRAW POKREWNYCH ORAZ PRAKTYKI ORGANIZACJI ZBIOROWEGO ZARZĄDZANIA W ODNIESIENIU DO ZASAD KONSTYTUCYJNYCH I PRAKTYK ZAKAZANYCH PRZEZ PRAWO KONKURENCJI

Treścią prawa autorskiego są autorskie prawa osobiste i prawa majątkowe. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu¹. Stawki wynagrodzenia za korzystanie z utworów, dochodzone w zakresie zbiorowego zarządzania za pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania zatwierdzone są lub zmieniane w postępowaniu przed Komisją Prawa Autorskiego (Komisją). W opracowaniu omówię przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, regulujące rolę Komisji, mechanizmy oraz zasady obowiązujące w postępowaniu w sprawach o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych. Następnie zajmę się analizą omawianej regulacji w odniesieniu do zgodności z zasadami konstytucyjnymi oraz Prawem konkurencji. Celem opracowania jest wykazanie, że obowiązujące przepisy prawa autorskiego w zakresie ustalania wynagrodzeń z tytułu korzystania z twórczości utrwalają dominującą pozycję organizacji zbiorowego zarządzania na rynku prawno-autorskim.

1. Rola Komisji Prawa Autorskiego w postępowaniu o zatwierdzenia tabel wynagrodzeń za korzystanie z praw autorskich lub praw pokrewnych

8 lipca 2010 r. (Dz. U. 2010 nr 152 poz. 1016) Sejm zmienił, po poprawkach Senatu, przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej jako Ustawa). Zmiana stanowiła między innymi wykonanie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 stycznia 2006 r., który zakwestionował przepisy dotyczące trybu postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego w sprawach zatwierdzania tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub artystycznych wykonń.

Postępowanie w sprawie zatwierdzania i zmian tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych uregulowano w Rozdziale 12¹ znowelizowanej Ustawy. „Rozpatrywanie spraw o zatwierdzenie i zmiany tabel wynagrodzeń ustawodawca powierzył Komisji Prawa Autorskiego. Komisja jest organem pozasądowym, który w postępowaniu cywilnym

pozasądowym rozpatruje sprawy, stosując odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym, o ile przepisy nie stanowią inaczej”². Nie stosuje się przepisu art. 49 kodeksu postępowania cywilnego³. Wyłączenie jest podyktowane tym, że arbitrzy, wchodzący w skład Komisji wywodzą się ze środowisk twórców i użytkowników praw autorskich i pokrewnych.

Postępowanie przed Komisją w zakresie zatwierdzenia lub zmiany tabel musi poprzedzać ewentualne skierowanie sprawy na drogę sądową.

Komisję powołuje Minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. Zgodnie z art. 110¹ ust. 2 Ustawy do zadań Komisji należy: 1) rozpatrywanie spraw o zatwierdzanie i zmianę zatwierdzonych tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych; 2) rozstrzyganie sporów dotyczących stosowania tabel, o których mowa w pkt 1; 3) rozstrzyganie sporów związanych z zawarciem umowy, o której mowa w art. 21¹ ust. 1; 4) wskazywanie organizacji właściwej w rozumieniu ustawy, w przypadku, o którym mowa w art. 107; 5) rozpatrywanie spraw o odtworzenie akt oraz uzupełnienie lub sprostowanie orzeczenia Komisji; 6) rozpatrywanie spraw o wykładnię orzeczenia Komisji.

Komisja, której kadencja trwa 3 lata składa się z trzydziestu arbitrów powoływanych spośród kandydatów przedstawionych przez: 1) organizację zbiorowego zarządzania; 2) stowarzyszenia twórców, artystów wykonawców i producentów; 3) organizację zrzeszającą podmioty korzystające z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych; 4) organizacje radiowe i telewizyjne. Zgodnie z art. 110² ust. 5 Ustawy niezależnie od tego, czy wymienione powyżej podmioty przedstawiły swojego kandydata, arbitrem nie może być osoba, która jednocześnie pełni funkcję w organie tych podmiotów. Kandydaci na arbitrów Komisji powinni posiadać odpowiednią wiedzę oraz niezbędne doświadczenie zawodowe z zakresu prawa autorskiego i praw pokrewnych. Minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego powołuje do Komisji piętnastu arbitrów spośród kandydatów

² Na temat postępowania przed Komisją oraz postępowania sądowego w zakresie tabel wynagrodzeń obszerna praca R. Flejszar, M. Malczyk-Herdzina „Postępowanie w sprawach o zatwierdzenie i o zmianę zatwierdzonych tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych”, *Zeszyty Naukowe UJ*, rok 2011 zeszyt 1 (111)

³ Art. 49 kpc Niezależnie od przyczyn wymienionych w art. 48, sąd wyłącza sędziego na jego żądanie lub na wniosek strony, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość, co do bezstronności sędziego w danej sprawie.

¹ Art. 17 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity Dz.U. 2006 Nr 90, poz. 631)

przedstawionych przez organizacje zbiorowego zarządzania i stowarzyszenia twórców, artystów wykonawców i producentów oraz piętnastu arbitrów przedstawionych przez organizacje zrzeszające podmioty, korzystające z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych i organizacje radiowe i telewizyjne. Zgodnie z art. 110² ust. 7 Ustawy arbiter Komisji w wykonywaniu swojej funkcji jest niezależny. Przewodniczący i zastępca przewodniczącego Komisji nie mogą być jednocześnie członkami zespołów orzekających Komisji.

2. Mechanizm zatwierdzania tabel wynagrodzeń za korzystanie z praw autorskich i praw pokrewnych

Wniosek do Komisji o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, objętych zbiorowym zarządzaniem składa organizacja zbiorowego zarządzania, a wniosek o zatwierdzenie wspólnej tabeli może złożyć wspólnie kilka organizacji. Zgodnie z art. 110¹¹ ust. 1. Ustawy – sprawy o zatwierdzanie tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych rozpatruje zespół orzekający Komisji w składzie pięcioosobowym. W terminie 7 dni od dnia otrzymania wniosku, przewodniczący Komisji wyznacza z listy arbitrów Komisji do zespołu orzekającego Komisji dwóch arbitrów, przedstawionych przez organizacje zbiorowego zarządzania i stowarzyszenia twórców, artystów wykonawców i producentów oraz dwóch arbitrów przedstawionych przez organizacje zrzeszające podmioty korzystające z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych i organizacje radiowe i telewizyjne. W ten sposób wyznaczeni arbitrzy Komisji, na posiedzeniu zwołanym przez przewodniczącego Komisji, wybierają przewodniczącego zespołu orzekającego z listy arbitrów Komisji, bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej trzech arbitrów. Jeżeli arbitrzy Komisji nie wybiorą przewodniczącego zespołu orzekającego Komisji w terminie miesiąca od dnia ich wyznaczenia do zespołu orzekającego, zostanie on wyznaczony przez przewodniczącego Komisji.

Według art. 110¹² ust. 4 Ustawy we wniosku o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń określa się: 1) pola eksploatacji, których dotyczy tabela wynagrodzeń; 2) kategorie utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, których dotyczy tabela wynagrodzeń; 3) kategorie podmiotów uprawnionych, na rzecz których wnioskodawca działa; 4) wysokość stawek wynagrodzenia.

Według art. 110¹² ust. 6 Ustawy uczestnikami postępowania w sprawach o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń są: 1) wnioskodawca; 2) inne organizacje zbiorowego zarządzania, które w udzielonym im przez ministra właściwego do spraw kultury i dziedzictwa narodowego zezwoleniu mają wskazane pola eksploatacji, których dotyczą tabele wynagrodzeń, jeżeli złożą wniosek o udział w tym postępowaniu, w terminie wyznaczonym, zgodnie z ust. 8⁴, przez przewodniczącego zespołu orzekającego Komisji; 3) organizacje zrzeszające podmioty korzystające z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, których działalność obejmuje pola eks-

ploatacji wynikające z tabel wynagrodzeń, jeżeli złożą wniosek o udział w tym postępowaniu, w terminie wyznaczonym, zgodnie z ust. 8, przez przewodniczącego zespołu orzekającego Komisji. Na postanowienie o odmowie dopuszczenia do wzięcia udziału w sprawie przysługuje zażalenie.

3. Zasady obowiązujące w postępowaniu przed Komisją Prawa Autorskiego.

Jedną z reguł obowiązujących w postępowaniu przed Komisją jest wspomniana już zasada, że wniosek o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń może złożyć wyłącznie organizacja zbiorowego zarządzania. Wniosek o zatwierdzenie wspólnej tabeli może złożyć wspólnie kilka organizacji. Przewodniczący Komisji, do której wniosek został skierowany bada ten wniosek pod kątem zachowania wymogów formalnych pisma procesowego w rozumieniu kodeksu postępowania cywilnego.

Złożenie przez organizację wniosku o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń jest **obligatoryjne** w przypadkach, o których mowa w art. 21 ust. 1 i 2¹, art. 21¹ ust. 1 i art. 70 ust. 2¹ Ustawy oraz na polu eksploatacji odtwarzanie. Obowiązek ten wynika z faktu, że wymienione przepisy zezwalają organizacjom radiowym i telewizyjnym oraz operatorom sieci kablowych na nadawanie lub reemisję nadawanych utworów wyłącznie na podstawie umów zawartych z organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. W pozostałych przypadkach zainicjowanie postępowania przez organizację jest **fakultatywne**.

Zgodnie z przepisem art. 110¹² ust. 3 Ustawy sprawy z wniosków o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń na polu eksploatacji odtwarzanie podlegają wspólnemu rozpoznaniu w ramach jednego postępowania.

Kolejna zasada przyjęta w postępowaniu zdefiniowana została w art. 110¹² ust. 5 Ustawy, zgodnie z którym organizacja zbiorowego zarządzania we wnioskach o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń ma obowiązek przedstawić niższe stawki wynagrodzeń obowiązujące podmioty, prowadzące działalność kulturalną oraz instytucje oświatowe, korzystające z utworów i przedmiotów praw pokrewnych w zakresie prowadzonej przez nie działalności statutowej, jeżeli to korzystanie nie łączy się z osiągnięciem korzyści majątkowych.

Wydając orzeczenie, zespół orzekający Komisji zgodnie z art. 110¹³ ust. 5 Ustawy, bierze pod uwagę: 1) kryteria określone w art. 110, czyli wysokość wpływów osiągniętych z korzystania z utworów i przedmiotów praw pokrewnych, a także charakter i zakres korzystania z tych utworów i przedmiotów praw pokrewnych; 2) kwotę ogólnego obciążenia podmiotów korzystających z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych na rzecz wszystkich organizacji zbiorowego zarządzania z tytułu korzystania z praw autorskich i praw pokrewnych na danym polu eksploatacji; 3) zebrany w sprawie materiał dowodowy; 4) stanowiska uczestników postępowania; 5) uzasadniony interes społeczny. Zatwierdzone w postępowaniu tabele wynagrodzeń zawierają stawki wynagrodzeń, określone kwotowo lub procentowo, a do publikacji tabel w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego zobowiązany jest Przewodniczący Komisji.

Zgodnie z art. 110¹³ ust. 4 Ustawy zespół orzekający Komisji zatwierdza albo odmawia zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń,

⁴ Zgodnie z art. 110¹² ust. 8 Ustawy Przewodniczący zespołu orzekającego Komisji zamieszcza w co najmniej dwóch drukowanych dziennikach o zasięgu ogólnopolskim oraz w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego ogłoszenie o wszczęciu postępowania w sprawie o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń i wzywa zainteresowane podmioty, o których mowa w ust. 6 pkt 2 i 3, do wstępowania do postępowania, wyznaczając termin nie krótszy niż 14 dni i nie dłuższy niż 30 dni od dnia opublikowania ogłoszenia.

w całości albo w części. W zakresie, w którym odmówił jej zatwierdzenia, przedstawia na piśmie propozycje zmian w przedłożonej do zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń, wraz z ich uzasadnieniem. Zgodnie z przyjętą regulacją orzeczenia kończące postępowanie zapadają większością głosów w obecności całego składu zespołu orzekającego.

Według art. 110¹³ ust. 3 Ustawy postępowanie w sprawie o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń przed zespołem orzekającym Komisji nie może trwać dłużej niż 6 miesięcy, chyba że wszyscy uczestnicy postępowania wyrażą zgodę na określone przedłużenie tego terminu. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, za zgodą uczestników postępowania, zespół orzekający Komisji może przedłużyć termin na dalszy czas oznaczony, niezbędny do wydania orzeczenia w sprawie. W przypadku niezakończenia postępowania ani w terminie 6 miesięcy, ani w terminie przedłużonym, zespół orzekający Komisji umarza postępowanie. W takim przypadku wnioskodawca może, w terminie 14 dni od dnia otrzymania orzeczenia o umorzeniu postępowania przed zespołem orzekającym Komisji, złożyć wniosek o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń przez sąd. Wówczas Przewodniczący Komisji zobowiązany jest wniosek wraz z aktami sprawy przekazać w ciągu 14 dni do sądu oraz opublikować informację o złożeniu tego wniosku w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego.

Ten sam tryb przekazania sprawy wraz z aktami do sądu obowiązuje w przypadku, gdy uczestnik postępowania niezadowolony z orzeczenia Komisji złoży w ciągu 14 dni od doręczenia mu orzeczenia wraz z uzasadnieniem wniosek o zatwierdzenie albo odmowę zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń, w całości albo w części, przez sąd. Złożenie wniosku powoduje utratę mocy orzeczenia Komisji w całości albo w części, co do której wniosek został złożony. W razie złożenia wniosku do sądu, orzeczenie Komisji o zatwierdzeniu tabeli wynagrodzeń staje się prawomocne w części, co do której nie złożono wniosku. W zakresie, w którym orzeczenie odmawia zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń, prawomocne stają się zawarte w orzeczeniu propozycje zmian w przedłożonej do zatwierdzenia tabeli, w części co do której nie złożono wniosku.

W przypadku, gdy wszyscy uczestnicy postępowania zgodzą się z orzeczeniem Komisji i nie zostanie złożony do sądu wniosek o zatwierdzenie albo odmowę zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń – orzeczenie Komisji staje się prawomocne. Wówczas zastosowanie znajduje przepis art. 110¹⁶ Ustawy – zgodnie, z którym stawki określone w zatwierdzonych tabelach wynagrodzeń stosuje się w umowach, których stroną jest organizacja zbiorowego zarządzania. Postanowienia umowne określające wynagrodzenie mniej korzystne dla twórców oraz uprawnionych z tytułu praw pokrewnych, niż wynikałoby to z zatwierdzonych tabel wynagrodzeń, są nieważne, a ich miejsce zajmują odpowiednie postanowienia tych tabel.

4. Zmiana zatwierdzonych tabel

W przypadku istotnej zmiany okoliczności, stanowiących podstawę orzeczenia w sprawie zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń⁵, każdy

z uczestników postępowania – na podstawie art. 110¹⁵ Ustawy – może złożyć do Komisji wniosek o zmianę zatwierdzonej tabeli wynagrodzeń. Do postępowania w sprawie zmiany stosuje się przepisy dotyczące zatwierdzania tabel. Z brzmienia cytowanego przepisu wynika, że uzasadnieniem wniosku o zmianę tabel może być jedynie istotna zmiana kryteriów, na podstawie których Komisja orzeka i które zostały wymienione w art. 110¹³ ust. 5 Ustawy. Zmiana może dotyczyć stawek określonych zarówno kwotowo, jak i procentowo – odmiennie od zmiany dokonanej na podstawie art. 385¹ kodeksu cywilnego, czyli waloryzacji sądowej oraz waloryzacji dokonywanej przez organizację zbiorowego zarządzania na podstawie art. 110¹³ ust. 8 Ustawy. Waloryzacje dotyczą jedynie stawek ustalonych kwotowo. W projekcie rządowym nowelizacji Ustawy proponowano przyjęcie szerszego kręgu wnioskodawców o zmianę zatwierdzonej tabeli wynagrodzeń⁶. Wnioskodawcą miał być każdy, kto wykazałby swój interes prawny. Ostateczna regulacja ograniczyła krąg uprawnionych do uczestników postępowania przed Komisją.

5. Postępowanie przed sądem powszechnym.

Wyczerpanie postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego otwiera drogę sądową w sprawach z zakresu zatwierdzania tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych. Każdy uczestnik postępowania, który jest niezadowolony z orzeczenia Komisji może złożyć wniosek o zatwierdzenie lub odmowę zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń, w całości lub w części, przez sąd. Złożenie takiego wniosku ma skutek anulacyjny, gdyż powoduje utratę mocy orzeczenia Komisji w całości lub w części objętej wnioskiem. W postępowaniu przed sądem stosuje się przepisy kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym i zgodnie z art. 510 § 1 kpc sąd bada interes prawny wnioskodawcy, a także interes każdego uczestnika w sprawie, który chce przystąpić do postępowania (może być to każdy uczestnik postępowania przed Komisją, o ile przystąpi do postępowania sądowego przed jego zakończeniem w drugiej instancji), a nie jest wnioskodawcą w postępowaniu przed sądem i nie był wnioskodawcą w postępowaniu przed Komisją.

Wydając orzeczenie kończące sprawę w pierwszej instancji sąd bierze pod uwagę kryteria wymienione w art. 110¹³ ust. 5 Ustawy, czyli te same, na podstawie których orzeka Komisja. Sąd wydaje postanowienie, w którym może zatwierdzić lub odmówić zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń w całości lub w części – nie zmienia tabeli wynagrodzeń. Zgodnie zatem z brzmieniem art. 110²³ Ustawy zarówno sąd pierwszej, jak i drugiej instancji nie wyda postanowienia reformatoryjnego. Od prawomocnego orzeczenia sądu drugiej instancji kasacja nie przysługuje.

6. Badanie zgodności z Konstytucją RP znowelizowanej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych

Analizując nowelizację ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w odniesieniu do realizacji intencji Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z dnia 24 stycznia 2006 r. zakwe-

⁵ Według R. Flejszar, M. Malczyk-Herdzina w „Postępowanie w sprawach o zatwierdzenie i o zmianę zatwierdzonych tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych” Zeszyty Naukowe UJ, rok 2011 zeszyt 1 (111) - ustawodawca niepra-

widlowo pominął słowo „prawomocne” w zd. 1 art. 110.15 Ustawy Naukowe UJ, rok 2011 zeszyt 1 (111).

⁶ www.sejm.gov.pl druk sejmowy nr 1628 z 20.01.2009r.

stionował przepisy dotyczące trybu postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego w sprawach zatwierdzania tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów, stwierdzić można naruszenie kilku zasad konstytucyjnych.

1) Nierównowaga pomiędzy stronami postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego.

W pierwszej kolejności uwagę zwraca nierównowaga pomiędzy stronami postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego. Spośród czterech grup podmiotów, z których dobierani są arbitrzy Komisji – trzy reprezentują uprawnionych. Chodzi tu o organizacje zbiorowego zarządzania i stowarzyszenia twórców, artystów wykonawców i producentów, ale także o organizacje radiowe i telewizyjne, które uprawnione są z tytułu prawa pokrewnego do nadań programów, a także przeważnie posiadają status uprawnionego do nadawania utworów jako ich producenci. Taki skład organu nie gwarantuje zachowania równowagi i obiektywizmu w procesie zatwierdzania tabel wynagrodzeń oraz wypełniania pozostałych zadań Komisji. Organizacje radiowe i telewizyjne posiadają uprzywilejowaną pozycję w zakresie przedstawiania swoich kandydatów do składu Komisji, kosztem innych podmiotów korzystających z praw autorskich i przedmiotów praw pokrewnych. Każdemu indywidualnemu nadawcy radiowemu lub telewizyjnemu przysługuje prawo przedstawienia swoich kandydatów, a inne podmioty, np. reemitenci muszą to robić za pośrednictwem organizacji je zrzeszających. Przyjętą regulację można ocenić, jako naruszenie **art. 32 Konstytucji** i zasady równego traktowania i zakazu dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny.

Swoich kandydatów do Komisji Prawa Autorskiego nadal nie mogą zgłaszać organizacje konsumentów, a jedynie podmioty działające komercyjnie, które pośredniczą w udostępnianiu publiczności dóbr kultury. W czasie publicznego wysłuchania projektu nowej ustawy w Sejmie toczyła się dyskusja o tym, kim właściwie jest „użytkownik” praw autorskich. Ustawodawca stanął na stanowisku, że użytkownikiem nie będzie „ostateczny” odbiorca, czyli nie ten, którego w zasadzie takim byśmy intuicyjnie nazwali.

2) Podmioty uprawnione do złożenia wniosku o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń.

W obecnej regulacji postępowania przed Komisją jedynym podmiotem uprawnionym do złożenia wniosku o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych jest organizacja zbiorowego zarządzania. Ustawa wyklucza możliwość złożenia wniosku i własnych propozycji tabel przez podmioty korzystające z utworów i przedmiotów praw pokrewnych. Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku podkreślił, że bez udziału w procesie ustalania stawek przedstawicieli nadawców i reemitentów rozstrzygnięcie Komisji nie może być prawidłowe. Poznanie przeciwstawnego stanowiska jest niezbędnym elementem projektowania tabel wynagrodzeń. Chodzi tu nie tylko o reprezentację nadawców w składzie Komisji, ale także o aktywny i wartościowy udział tych podmiotów. Realizacji zasady równowagi i wpływu przedstawicieli odbiorców nie wyczerpuje opiniowanie projektów tabel przez reprezentantów nadawców. Konieczne jest, aby projektowi tabel sporządzonemu przez organizację zbiorowego zarządzania towarzyszył kontrprojekt, pochodzący od przedstawicieli nadawców

i reemitentów. Ponieważ równocześnie uniemożliwiono tym podmiotom wyrażenie swojego równoprawnego stanowiska – przepis art. 110¹² ust. 1 Ustawy może zostać uznany za niezgodny z **art. 32 Konstytucji** i zasadą równego traktowania.

Zgodnie z art. 110¹² ust. 3 Ustawy sprawy z wniosków o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń na polu eksploatacji odtwarzanie podlegają wspólnemu rozpoznaniu w ramach jednego postępowania. Taka regulacja zapewnia spójność tabel zatwierdzonych dla różnych organizacji zbiorowego zarządzania, co z kolei działa pozytywnie na pewność prawną przedsiębiorców, korzystających z praw autorskich i przedmiotów praw pokrewnych. Zastrzeżenie budzi fakt, że podobna regulacja nie odnosi się do pozostałych pól eksploatacji. Ustawodawca przyjął stanowisko, że pole odtwarzanie dotyczy grupy przedsiębiorców (sklepy, bary, usługi) o niższej pozycji ekonomicznej i prawnej w stosunku do organizacji zbiorowego zarządzania i w związku z tym należy się tej grupie użytkowników szczególna ochrona. Ustanowiono jednak w ten sposób nierówny tryb traktowania podmiotów stosunków cywilnoprawnych, zawieranych z organizacjami zbiorowego zarządzania, ponieważ przepis art. 110¹² ust. 3 Ustawy nie dotyczy reemisji i nadawania. Tymczasem reemitenci nie mogą odmówić zawarcia umowy z organizacją zbiorowego zarządzania, ponieważ na podstawie art. 21a Ustawy operatorom sieci kablowych i platform satelitarnych wolno reemitować utwory nadawane w programach organizacji radiowych i telewizyjnych wyłącznie na podstawie umowy zawartej z właściwą organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. Dodatkowo operatorzy zostali na podstawie art. 43 ustawy o radiofonii i telewizji zobligowani do reemitowania określonych ustawowo programów. To wszystko składa się na przyjęcie przez organizację zbiorowego zarządzania pozycji monopolistycznej w relacji z reemitentami. Pole reemisji zasługuje zatem na podobną regulację, jaką ustawodawca przewidział w art. 110¹² ust. 3 Ustawy dla odtwarzania. Byłoby to zgodne z wyrażoną w **art. 2 Konstytucji** zasadą sprawiedliwości społecznej równego traktowania wszystkich podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji.

3) Stawki minimalne wynagrodzeń.

Zgodnie z art. 110¹⁶ ust. 2 Ustawy, postanowienia umowne określające wynagrodzenie mniej korzystne dla twórców oraz uprawnionych z tytułu praw pokrewnych, niż wynikałoby to z zatwierdzonych tabel wynagrodzeń, są nieważne, a ich miejsce zajmują odpowiednie postanowienia tych tabel. Przepis ten utrzymuje zatem brzmienie art. 109 poprzedniej regulacji, utrzymując pojęcie stawek minimalnych wynagrodzeń, które mają pełnić funkcję ochronną i gwarancyjną dla podmiotów uprawnionych. Zwrócić należy uwagę, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24 stycznia 2006 r. właśnie w związku z art. 109 stwierdził, że art. 108 ust. 3 prawa autorskiego jest niezgodny z Konstytucją. Zasada stawek minimalnych oznacza zatem, że kryteria ustalania wysokości wynagrodzenia z art. 110 Ustawy mogą działać jedynie w kierunku podwyższenia stawek. W projekcie rządowym nowelizacji proponowano⁷ w art. 110¹⁵ ust. 2 Ustawy, że postanowienia umowne określające stawkę w innej wysokości, niż zatwierdzona w tabeli są nieważne, a ich miejsce zajmują odpowiednie stawki z tabeli. Mowa zatem była o wysokości stawek, a nie o wynagrodzeniu mniej korzystnym. W przywoływanym wyroku Trybunał Kon-

⁷ www.sejm.gov.pl druk sejmowy nr 1628 z 20.01.2009

stytucyjny stwierdził, że w ustalanie cen minimalnych jest radykalną ingerencją w wolny obrót gospodarczy oraz swobodę kontraktową.

Orzeczeniu Komisji Prawa Autorskiego w sprawie zatwierdzenia tabel wynagrodzeń nadano rangę źródła prawa powszechnie obowiązującego, ponieważ postanowienia umów zawieranych pomiędzy organizacjami zbiorowego zarządzania a użytkownikami praw autorskich lub praw pokrewnych dotyczące wysokości wynagrodzenia są nieważne, o ile okażą się mniej korzystne, niż te określone w tabeli wynagrodzeń i zostają zastąpione odpowiednimi stawkami z tychże tabeli. Przepis ten reguluje zatem sytuację prawną wszystkich podmiotów, korzystających z praw autorskich lub praw pokrewnych objętych zbiorowym zarządzaniem przez organizacje zbiorowego zarządzania, posiadające zatwierdzone tabele wynagrodzeń, które to podmioty nie są adresatami tego orzeczenia. Tymczasem zgodnie z art. 87 ust. 1 Konstytucji źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia, a zatem przepis art. 110¹⁶ Ustawy można uznać za niezgodny z **art. 87 ust. 1 Konstytucji**.

4) Brak możliwości zmiany tabeli wynagrodzeń przez niezależny, bezstronny sąd

W obecnej regulacji sąd powszechny nie może wydać postanowienia reformatoryjnego. Sąd nie będzie ingerował w treść stosunku łączącego organizację zbiorowego zarządzania i użytkowników, może jedynie odmówić zatwierdzenia tabeli lub ją zatwierdzić. Oznacza to, że w postępowaniu sądowym nie może być kształtowana treść przedstawionych projektów tabel i nie zostanie ustalona wysokość wynagrodzenia, która stanowi przedmiot sporu. Taka regulacja nie daje realnej ochrony podmiotom skarżącym projekty tabel. Arbitrzy Komisji wywodzą się ze środowisk twórców i użytkowników praw autorskich i praw pokrewnych. Z tego powodu ustawodawca wyłączył z postępowania przed Komisją stosowanie art. 49 kpc (*iudex suspectus*). Uczestnik postępowania niezadowolony z orzeczenia Komisji ma prawo złożyć do sądu wnioski o zatwierdzenie lub odmowę zatwierdzenia tabel, ale sąd nie ustali stawek wynagrodzeń, gdyż może projekt tabeli jedynie zatwierdzić lub odrzucić. W przypadku odrzucenia przez sąd zakwestionowanej tabeli nie stanie się ona prawomocna, jednakże do złożenia kolejnego projektu tabeli uprawniona jest jedynie organizacja zbiorowego zarządzania. Przyjęcie takiej regulacji ogranicza prawo do rozpatrzenia sprawy przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, co można ocenić, jako naruszenie **art. 45 Konstytucji**, a także naruszenie **art. 177 Konstytucji**, zgodnie z którym sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów.

W podsumowaniu zaznaczyć należy, że zgodnie z zasadą proporcjonalności wyrażoną w **art. 31 ust. 3 Konstytucji** ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Wynika z tego, że wszelkie ograniczenia podlegają kontroli z punktu wi-

dzenia zasady proporcjonalności (zwanej też zakazem nadmiernej ingerencji) i muszą być usprawiedliwione legitymowanym celem oraz odpowiadać wymogom zasady proporcjonalności.

Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych prawa i wolności powinny być uzasadnione wskazaniem innej wartości konstytucyjnej, dla której prawo lub wolność zostały "poświęcone". Należy ocenić relacje pomiędzy uszczerbkiem, jakiego doznaje naruszone poprzez ograniczenie dobro, a tym jakie są przesłanki ingerencji. W mojej opinii przepisy regulujące postępowanie w zakresie zatwierdzania tabel wynagrodzeń z tytułu korzystania z prawa autorskich lub praw pokrewnych naruszają zakaz nadmiernej ingerencji wyrażony w art. 31 ust. 3 Konstytucji, gdyż nie są usprawiedliwione koniecznością ochrony innej wartości konstytucyjnej.

7. Praktyki organizacji zbiorowego zarządzania, które są zakazane przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów

Zakazane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów działania przedsiębiorców mogą w szczególności polegać na: zawieraniu porozumień dotyczących ustalania cen zakupu lub sprzedaży, innych warunków transakcji z uczestnikami rynku, uzależnienia zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, na podziale rynku lub źródeł zaopatrzenia oraz na ograniczeniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków.

Od kilku już lat Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów przygląda się praktykom stosowanym przez organizacje chroniące prawo autorskie. Pomimo wątpliwości przy kwalifikowaniu organizacji zbiorowego zarządzania jako podmiotów, których działalność podlega regulacjom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej UOKiK) – finalnie dla potrzeb Prawa Konkurencji organizacje uznano za przedsiębiorców.

Prezes UOKiK w uzasadnieniu decyzji z dnia 16 lipca 2004 r. w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez Stowarzyszenie Autorów ZAIKS stwierdził, że uregulowanie w ustawie *Prawo autorskie organizacji zbiorowego zarządzania*, jako podmiotów nieprowadzących działalności gospodarczej, nie przesądza o braku ich antymonopolowej podmiotowości. Należy bowiem rozważyć ogół zadań wypełnianych przez te organizacje oraz charakter prowadzonej przez nie działalności. W zakresie zadań statutowych organizacji zawiera się udzielanie użytkownikom zezwoleń na korzystanie z utworów, sprawowanie kontroli nad eksploatacją praw oraz inkasowanie i podział pomiędzy uprawnionych wynagrodzeń pobieranych przez użytkowników. Organizacje zbiorowego zarządzania, świadcząc usługi na rzecz autorów oraz obsługując rynek zezwoleń dla użytkowników, uczestniczą w wymianie handlowej prawami autorskimi i wpływają na poziom konkurencji na rynku eksploatacji własności intelektualnej. Uznanie podmiotowości organizacji w postępowaniu antymonopolowym jest decydujące dla możliwości zapewnienia ochrony i rozwoju konkurencji w obrocie prawami autorskimi i pokrewnymi⁸. Wobec organizacji zbiorowego zarządzania można bowiem zastosować **art. 6 ust. 1 UOKiK**, przewidujący zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, a także **art. 9 UOKiK**, zakazujący nadużywania pozycji dominują-

⁸ Bartosz Kleban „Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawo konkurencji (wybrane zagadnienia): Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji, publikacja UOKiK 2006

cej poprzez na przykład narzucanie nieuczciwych cen lub uciążliwych warunków umowy.

W grudniu 2005 r. na wniosek Izby Wydawców Prasy, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczął postępowanie antymonopolowe przeciwko ZAIKS i Stowarzyszenie Filmowców Polskich. W dniu 4 września 2008 r. Prezes UOKiK uznał, że ZAIKS i SFP naruszyły art. 6 ust. 1 pkt 1 UOKiK (porozumienie cenowe)⁹. Na organizacje nałożono kary w łącznej wysokości ponad 1, 2 mln złotych. W toku postępowania potwierdziło się bowiem, że podmioty te, dążąc do zagwarantowania sobie jak najwyższych zysków porozumiały się i ustaliły jednolite stawki za korzystanie z utworów audiowizualnych oraz odmówiły ich negocjowania. Celem tych działań było wyeliminowanie konkurencji ze szkodą zarówno dla przedsiębiorców, którzy korzystają z praw autorskich w celach komercyjnych, ale także ze szkodą dla użytkownika końcowego, czyli konsumenta. W toku postępowania ustalono, że organizacje umówiły się, aby pobierać od każdego egzemplarza nośnika z nagraniem stałe wynagrodzenie, stanowiące 8% jego ceny – jednak nie mniej, niż sztywno określona stawka dla każdego nośnika (np. film fabularny na DVD – 2 zł).

Urząd ustalił także, że ZAIKS i SFP wprowadziły sztywne zasady wynagradzania poszczególnych kategorii twórców – reżyserów, operatorów, kompozytorów. W konsekwencji autorzy mieli otrzymywać te same stawki wynagrodzeń, niezależnie od poniesionych kosztów i wkładu pracy, a także zysków komercyjnych użytkowników tych utworów.

Takie porozumienie uniemożliwiło negocjowanie wysokości wynagrodzeń, które zależeć powinny od: aktualnej sytuacji rynkowej, indywidualnych cech utworów, zakresu ich wykorzystania. Autorów pozbawiono wyboru, której organizacji powierzyć swoje prawa autorskie w zarząd. W celu zapewnienia realizacji porozumienia ZAIKS i SFP ustaliły, że będą regularnie wymieniać informacje o pobranych wynagrodzeniach. Prezes UOKiK uznał działania organizacji za porozumienia cenowe, które w orzecznictwie polskim i wspólnotowym uznawane jest za najcięższą i zakazaną bezwzględnie praktykę ograniczającą konkurencję. Dotyka ona bowiem bardzo szerokiego kręgu osób, prowadząc do finansowej eksploatacji użytkowników dóbr kultury, a przesłankami jej zastosowania była chęć powiększenia przychodów i umocnienie pozycji rynkowej organizacji.

Zastosowanie wobec organizacji zbiorowego zarządzania zakazu nadużywania pozycji dominującej (art. 9 UOKiK) wiąże się zwykle z obroną praw twórcy lub użytkownika, którzy chronieni są w ten sposób przed np. narzucaniem przez organizację nieuczciwych cen lub uciążliwych warunków umowy. Jednakże zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję może kłócić się z samą ideą zbiorowego zarządu¹⁰.

Definicja zakazanego porozumienia przedsiębiorców zawarta w art. 6 ust 1 UOKiK zbliżona jest do definicji zawartej w **art. 101 Traktatu Lizbońskiego (dawny art. 81 TWE)** (Dz.U.2009 nr 203, poz 1569). W sprawie COMP/C-2/38.698 – CISAC w dniu 16 lipca 2008 r. Komisja podjęła decyzję dotyczącą postępowania przewidzianego w art. 81 TWE oraz art. 53 Porozumienia EOG, adresowaną do dwudziestu czterech organizacji zbiorowego

zarządzania z EOG, będących członkami CISAC (Międzynarodowej Konferencji Stowarzyszeń Autorów i Kompozytorów). Jednym z adresatów decyzji jest również Stowarzyszenie Autorów ZAIKS. Komisja wskazała klauzule zawarte w umowach o wzajemnej reprezentacji zawieranych pomiędzy organizacjami zbiorowego zarządzania oraz uzgodnioną praktykę stosowaną przez te organizacje, które ograniczają konkurencję i są sprzeczne z art. 81 TWE. Stowarzyszenia w ramach CISAC uzgodniły wzór umowy, który stanowił model umowy o wzajemnej reprezentacji na udzielanie licencji na publiczne wykonanie utworów muzycznych. Przyjęta praktyka prowadziła do tego, że każda z organizacji, dysponując własnym portfelem praw do utworów z całego świata, mogła udzielać licencji na wykorzystywanie tej twórczości wyłącznie na terytorium krajowym tej organizacji. Dokonano tym samym terytorialnego podziału obszarów, na których udziela się licencji. Zakwestionowane przez Komisję postanowienia umowne zapewniły sobie wzajemnie monopol na swoich rynkach krajowych w zakresie udzielania licencji użytkownikom komercyjnym. Decyzja Komisji nie uderzała w samą instytucję umów o wzajemnej reprezentacji, ale wskazała na zawarte w tych umowach klauzule, ograniczające konkurencję w zakresie wysokości opłat – w szczególności tych administracyjnych pobieranych od twórców.

Dla realizacji zadań ustawowych i statutowych organizacji korzystne jest bowiem zawieranie tzw. Umów o wzajemnej reprezentacji pomiędzy różnymi organizacjami, działającymi na terytoriach różnych krajów. Porozumienia takie pozwalają na rozszerzenie repertuaru, którym dysponuje organizacja, a także wzbogacenie katalogu praw do utworów. Umowy o wzajemnej reprezentacji optymalizują obsługę użytkowników, otrzymujących dostęp do szerokiego i urozmaiconego repertuaru. Następuje także maksymalizacja ekonomicznej skuteczności organizacji. Twórca może bowiem liczyć na wynagrodzenie większe, niż w przypadku wyłącznie krajowego użytku. Organizacja krajowa zawiera umowę, której przedmiotem jest zarządzanie autorskimi prawami majątkowymi, ze swoimi zagranicznymi odpowiednikami w celu uzyskania jak najszerszego repertuaru. W praktyce oznacza to ustalenie równego traktowania autorów własnych i autorów drugiej organizacji w związku z warunkami udzielanych: licencji, inkasa, repartycji oraz potrąceń kosztów administracyjnych. Równe traktowanie w zakresie licencji oznacza z kolei ustalenie wspólnych taryf dla użytkowników. Takie działania noszą już znamiona porozumień, które mają na celu wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku zbiorowego zarządzania poprzez ustalenie cen, innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów. Różnica pomiędzy dozwoloną współpracą między podmiotami uczestniczącymi w obrocie gospodarczym a zakazanymi porozumieniami, może być niekiedy bardzo niewielka i na podstawie z art. 6 ust. 1 UOKiK działania tego typu mogą stać się obiektem zainteresowania Prezesa UOKiK lub Komisji Europejskiej.

8. Podsumowanie

Twórca niewątpliwie ma prawo partycypować w korzyściach finansowych, jakie uzyskują inne podmioty z tytułu korzystania z jego utworów. Ustawodawca powinien tak kształtować prawo, aby własność intelektualna i prawa twórcy były skutecznie chronione. Wątpliwości budzi fakt, czy przepisy regulujące

⁹ WWW.UOKIK.gov.pl

¹⁰ Bartosz Kleban „Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawo konkurencji (wybrane zagadnienia); Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji, publikacja UOKiK 2006

kwestie wynagrodzenia pobieranego poprzez zbiorowy zarząd nadal służą ochronie twórcy, czy raczej powodują nadmierne uprzywilejowanie organizacji zbiorowego zarządzania w komercyjnym obrocie dobrami kultury. Zgodnie z brzemieniem przepisu art. 104 Ustawy organizacje zbiorowego zarządzania mają z jednej strony reprezentować podmioty w nich zrzeszone (twórców, artystów, wykonawców, producentów lub organizacje radiowe i telewizyjne), a z drugiej – mają wykonywać uprawnienia wynikające z Ustawy. Takim uprawnieniem jest również pobieranie wynagrodzeń na rzecz innych twórców aniżeli twórcy zrzeszeni w organizacji. W obrocie komercyjnym organizacje zbiorowego zarządzania reprezentują faktycznie niewielką grupę zrzeszonych artystów i dystrybutorów twórczości, natomiast opłaty pobierane są w imieniu ochrony praw twórców – w domyśle – wszystkich twórców. Organizacje zbiorowego zarządzania kontrolują większość rynku prawnego autorskiego, a biorąc pod uwagę dość niejasny mechanizm podziału pobranych wynagrodzeń pomiędzy bliżej nieokreślony i niedający się zwerifikować krąg twórców, konieczne się wydaje zreformowanie prawa autorskiego w kierunku ograniczenia nadmiernego uprzywilejowania organizacji zbiorowego zarządzania między innymi w procedurze ustalania stawek wynagrodzeń z tytułu prawa autorskiego i praw pokrewnych, a także stworzenia jednolitego i klarownego systemu podziału pobranych wynagrodzeń. W obecnej regulacji mechanizm działania organizacji zbiorowego zarządu prawami autorskimi i pokrewnymi, nie realizuje głównego zadania, czyli ochrony praw autorów, a raczej chroni interesy podmiotów uczestniczących w udostępnianiu twórczości konsumentom.

MGR KATARZYNA OTRĘBA

ZMIANA WARUNKÓW UMOWY O ŚWIADCZENIE USŁUG TELEKOMUNIKACYJNYCH W ŚWIETLE PRAW KONSUMENTA TYCH USŁUG

Umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych należy do umów powszechnie zawieranych w obrocie gospodarczym, dlatego też niezwykle ważne jest zwrócenie uwagi na problematykę ochrony konsumenta, będącego stroną takiej umowy. Tymczasem w doktrynie brakuje rozważań poświęconych temu tematowi. Uregulowania dotyczące umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych znajdują się w ustawie Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r.¹. W sytuacji, gdy stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych jest konsument, cała procedura oraz stosunek prawny zostaje podporządkowany szczególnemu reżimowi ochronnemu, wynikającemu z prawa konsumenckiego, a więc z ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów² oraz z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³. Ma to na celu ochronę słabszej strony kontraktu, jaką jest konsument. Do charakterystycznych cech reżimu ochronnego prawa konsumenckiego należy zaliczyć m.in.: roszczenie informacyjne konsumenta, prawo do „odstąpienia” od umowy, jak również prawo do kontroli umowy⁴.

Prawo telekomunikacyjne w sposób szczególny reguluje kwestie zmiany warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Zgodnie z art. 56 ust 3 pkt 8 Prawa telekomunikacyjnego (dalej cyt. jako Pt) w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych powinny znaleźć się postanowienia dotyczące trybu i warunków dokonywania zmian umowy oraz warunki jej przedłużenia. Ustawa posługuje się pojęciem abonenta, któremu na skutek zmiany warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych przyznane są pewne uprawnienia. Abonent to podmiot, który jest stroną umowy zawartej w formie pisemnej o świadczenie usług z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Prawo telekomunikacyjne definiuje również pojęcie konsumenta, zgodnie z art. 2 pkt 18 tej ustawy, konsumentem jest osoba fizyczna wnosząca o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub korzystająca z takich usług dla celów niezwiązanych bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub wykonywaniem zawodu. W większości przypadków konsument będzie stroną pisemnej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych i będzie mu przysługiwał status abonenta.

Zgodnie z Prawem telekomunikacyjnym dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych ma obowiązek informo-

wania abonenta o zmianie warunków umowy z wyprzedzeniem co najmniej jednego okresu rozliczeniowego przed wprowadzeniem tych zmian w życie (art. 60a ust. 1 Pt). Ustawa wymienia trzy sytuacje i sposoby poinformowania abonentów o zmianach wprowadzanych przez dostawcę. Po pierwsze dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych ma obowiązek doręczyć abonentowi na piśmie treści każdej proponowanej zmiany warunków umowy, w szczególności tych, o których mowa w art. 56 ust. 3 Pt (elementy umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych). Po drugie, ma on obowiązek doręczenia abonentowi na piśmie oraz podania do publicznej wiadomości treści każdej proponowanej zmiany warunków umowy określonych w regulaminie, o którym mowa w art. 59 ust. 1 Pt (elementy umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, które mogą zostać zawarte w regulaminie świadczenia usług). Po trzecie, dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych podaje do publicznej wiadomości treści każdej proponowanej zmiany warunków umowy określonych w regulaminie, o którym mowa w art. 60 Pt. Jednocześnie należy poinformować abonenta o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji tych zmian. Jak widać, zmiana warunków umowy skutkuje powstaniem pewnych uprawnień po stronie abonenta. Abonent, w wyniku doręczenia treści zmiany warunków umowy lub podania do publicznej wiadomości zmiany warunków regulaminu, może zaakceptować przedstawione zmiany, bądź skorzystać z prawa wypowiedzenia umowy. Istotna kwestia zawarta jest w ustępie 2 wspomnianego artykułu, zgodnie, z którym w razie skorzystania z prawa wypowiedzenia umowy, dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych nie przysuguje roszczenie odszkodowawcze, a także zwrot ulgi, o której mowa w art. 57 ust. 6 Pt (zwrot ulgi przyznanej abonentowi przy podpisywaniu umowy). Dostawca ma obowiązek poinformowania o tym fakcie abonenta.

Uprawnienie do wypowiedzenia umowy (na warunkach przewidzianych w omawianym przepisie) nie przysuguje abonentowi w przypadku, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynika bezpośrednio ze zmiany przepisów prawa, w tym również usunięcia niedozwolonych postanowień umownych (art. 60a ust. 3 Pt)⁵. W takiej sytuacji dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych może żądać od abonenta zwrotu przyznanej mu przy podpisywaniu umowy ulgi. Wysokość zwracanej przez abonenta ulgi nie może przekroczyć wartości ulgi pomniejszonej o proporcjonalną jej wartość za okres od dnia zawarcia umowy

¹ Dz.U. 2004. Nr 171, poz. 1800 ze zm.

² Dz.U. 2007, Nr 50, poz. 331 ze zm.

³ Dz.U. 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.

⁴ E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 21

⁵ A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 328

do dnia jej rozwiązanie. Jest to o tyle nowe uregulowanie, gdyż Prawo telekomunikacyjne z 2000 r. przewidywało zwrot ulgi w pełnej wysokości bez względu na to, czy rozwiązanie umowy następowało zaraz po jej zawarciu, czy tuż przed jej rozwiązaniem z powodu upływu terminu na jaki była zawarta. Niewątpliwie obecna regulacja jest znacznie korzystniejsza z punktu widzenia konsumenta. Ponadto dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych przysługuje wspomniane już wcześniej roszczenie odszkodowawcze.

Wspomniany powyżej art. 60a Pt stanowi implementację dyrektywy o usłudze powszechnej. Zgodnie z art. 20 ust. 4 Dyrektywy o usłudze powszechnej⁶ abonenci mają prawo wycofać się z ich umów, bez ponoszenia kar, po zawiadomieniu o proponowanych modyfikacjach warunków umowy. Abonentów powiadamia się w odpowiednim terminie, nie krótszym niż jeden miesiąc wcześniej, o wszelkich takich modyfikacjach; jednocześnie informuje się ich o ich prawie do wycofania się, bez ponoszenia kar, z takich umów, jeśli nie akceptują nowych warunków. W zakresie zmiany warunków umowy zawartych w regulaminie warto wskazać na treść Wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie, Sygn. akt VI Aca 1323/08, który uznał, że przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobowiązany do poinformowania abonentów o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku każdej zmiany regulaminu świadczenia usług, bez względu na charakter i zakres takiej zmiany. W tym przypadku Sąd Apelacyjny oddalił apelację Polskiej Telefonii Cyfrowej i utrzymał w mocy karę 2 mln złotych, nałożoną za naruszenie obowiązków informacyjnych w stosunku do użytkowników końcowych przy zmianie regulaminu. Zgodnie z decyzją sądu, która podtrzymała decyzję Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o nałożeniu na operatora kary w kwocie 2 mln złotych, istotne jest to, że klienci mieli prawo wypowiadać umowy po przesłaniu im informacji o zmianie regulaminu, o czym w tym przypadku nie zostali poinformowani.⁷ W związku z tym wyrokiem widać, jaką ważną rolę przypisuje się udzielaniu pełnej informacji, dotyczącej zmiany warunków umowy odbiorcom usług telekomunikacyjnych i jak kosztowne są konsekwencje naruszenia obowiązku informacyjnego przez przedsiębiorcę.

Można uznać, że analogiczne uregulowanie w porównaniu do zmiany warunków umowy (określonych w regulaminie) zawiera art. 61 ust. 5 Pt, dotyczący zmiany cennika usług telekomunikacyjnych. Dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych ustala ceny usług telekomunikacyjnych, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ceny określane są w cenniku usług telekomunikacyjnych, który zawiera rozbięcie na: ceny za przyłączenie do sieci, ceny za faktycznie świadczone usługi telekomunikacyjne, ceny za obsługę serwisową, szczególne informacje dotyczące pakietów cenowych oraz upustów. Cennik jest podawany do publicznej wiadomości (np. na stronie internetowej operatora, w siedzibie biura obsługi klienta) oraz zostaje dostarczany abonentowi nieodpłatnie wraz umową (w sytuacji zawarcia umowy w formie pisemnej), a także na każde żądanie abonenta. Zgodnie z art. 61 ust. 5 Pt dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych doręcza abonentowi na piśmie oraz podaje do publicznej wiadomości treść każdej zmiany w cenniku, z wyprzedzeniem co najmniej jednego okresu rozliczeniowego przed

wprowadzeniem tych zmian w życie. Jednocześnie abonent powinien zostać poinformowany przez dostawcę usług o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji zmiany w cenniku, a także o tym, że w razie skorzystania z prawa wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji podwyższenia cen dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze, a także zwrot ulgi, o której mowa w art. 57 ust. 6 (art. 61 ust. 6 Pt). Podobnie jak w art. 60a Pt i tutaj wprowadzono wyjątek od powyższej zasady, w myśl którego wspomniane uprawnienie nie przysługuje abonentowi, jeżeli konieczność zmian w cenniku występuje na skutek zmiany przepisów prawa.

Z dniem 1 stycznia 2011 roku weszła w życie ustawa z dnia 26 listopada 2010 o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej⁸, w której to między innymi modyfikacji ulega stawka podatku od towarów i usług. Zmiana stawki VAT, stosowanej dla usług telekomunikacyjnych, z 22% na 23% generuje szereg obowiązków po stronie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, jak i uaktywnia uprawnienia przysługujące konsumentowi. Zgodnie z uchwalonymi zmianami nowa stawka VAT została wprowadzona od 1 stycznia 2011 na okres 3 lat. W związku z tym dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, aby wywiązać się z wyżej omówionych obowiązków nakładanych przez Prawo telekomunikacyjne powinien poinformować na piśmie swoich klientów o zmianie cennika do 30 listopada 2010 r. i przysługujących im uprawnieniach. Kwestię poinformowania o tym fakcie abonentów rozstrzyga dodany przez wyżej wymienioną ustawę art. 61a. Zgodnie z którym, jeżeli konieczność wprowadzenia zmiany warunków umowy, w tym określonych w regulaminie świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub w cenniku usług telekomunikacyjnych, wynika wyłącznie ze zmiany stawki podatku od towarów i usług stosowanej dla usług telekomunikacyjnych, dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych wykonuje obowiązki, o których mowa w art. 60a ust. 1 i 1b oraz art. 61 ust. 5 i 5a, poprzez podanie do publicznej wiadomości informacji:

- 1) o zmianie warunków umowy, w tym określonych w regulaminie świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, zmianie w cenniku usług telekomunikacyjnych, terminie ich wprowadzenia, wraz ze wskazaniem miejsca udostępnienia treści zmiany lub warunków umowy lub cennika uwzględniających tę zmianę;
- 2) o prawie wypowiedzenia umowy przez abonenta w przypadku braku akceptacji tych zmian;
- 3) o przysługującym dostawcy usług telekomunikacyjnych roszczeniu odszkodowawczym, a także konieczności zwrotu ulgi, o której mowa w art. 57 ust. 6, w przypadku skorzystania przez abonenta z prawa do wypowiedzenia umowy.

Dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych może podać do publicznej wiadomości informacje o zmianach, o których mowa w ust. 1, z wyprzedzeniem krótszym niż miesiąc przed wprowadzeniem tych zmian w życie wyłącznie w przypadku, kiedy publikacja aktu prawnego, z którego wynika zmiana stawki podatku od towarów i usług stosowanej dla usług telekomunikacyjnych, następuje z wyprzedzeniem krótszym niż miesiąc przed wejściem w życie zmiany tej stawki.

⁶ Dz. Urz. WE 2002 L 108/51

⁷ Sygn. akt VI Aca 1323/08

⁸ Dz.U. 2010. Nr 238, poz. 1578

Niedopełnienie omawianego obowiązku przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego zagraża nałożeniem na niego kar administracyjnych za naruszenie obowiązków informacyjnych, określonych w art. 209 Pt (kara do 3% przychodu z poprzedniego roku ukaranego podmiotu). Ponadto dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych przy każdej zmianie cennika, czy regulaminu jest obowiązany do jego przedłożenia Prezesowi UKE.

Jak już powyżej wspomniano, w przypadku konieczności zmiany warunków umowy określonych w regulaminie, wywołanych wykreśleniem niedozwolonych klauzul umownych, analogicznie jak przy zmianie przepisów prawa, dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych przysługuje roszczenie odszkodowawcze oraz zwrot ulgi przyznanej konsumentowi przy podpisaniu umowy. Niedozwolone postanowienia umowne to takie, które kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Zgodnie z art. 385¹ Kodeksu cywilnego⁹ (dalej cyt. jako k.c.) postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Niezgodnymi indywidualnie postanowieniami umownymi są te postanowienia, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu, a w szczególności odnosi się to do postanowień umowy przyjętych z wzorca umownego, zaproponowanego konsumentowi przez jego kontrahenta. Oceny zgodności postanowień umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy, z uwzględnieniem jej treści, okoliczności jej zawarcia oraz innych umów, pozostających w związku z umową będącą przedmiotem oceny (art. 385² k.c.). Kodeks cywilny zawiera niezamknięty katalog niedozwolonych postanowień umownych.

Konsumentowi w ramach reżimu ochronnego prawa konsumenta przysługuje prawo do kontroli umowy według obiektywnych kryteriów, mające na celu przywrócenie równowagi naruszonej przez silniejszego kontrahenta. Prawo do kontroli obejmuje między innymi badanie czy w umowie zostały zastosowane niedozwolone klauzule umowne¹⁰. Kontrolę nad zastosowaniem niedozwolonych klauzul umownych prowadzi również Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), który w przypadku wykrycia niedozwolonych klauzul umownych rażąco naruszających interesy konsumentów, kieruje pozwy do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Powództwo to może wytoczyć także konsument, organizacja społeczna, do której zadań należy ochrona interesów konsumentów oraz rzecznik konsumentów. Postanowienia uznane prawomocnym wyrokiem sądu za niezgodne z prawem wpisywane są do rejestru klauzul niedozwolonych, prowadzonego przez Prezesa UOKiK. Od momentu umieszczenia w rejestrze, uznanego za niedozwolony w prawomocnym wyroku postanowienia wzorca, jego stosowanie w obrocie prawnym z udziałem konsumentów jest zakazane. Obecnie w rejestrze znajduje się ponad 2 tysiące klauzul, z czego 134 dotyczy usług telekomunikacyjnych i internetowych (informacja publikowana na stronie UOKiK).

W 2008 r. Departament Polityki Konsumenckiej UOKiK opublikował „Raport z kontroli wzorców umów stosowanych przez alternatywnych dostawców usług telekomunikacyjnych”, w którym to zastrzeżenia Prezesa UOKiK wzbudziły między innymi postanowienia umowne ograniczające termin na złożenie przez konsu-

menta oświadczenia o wypowiedzeniu umowy z powodu braku akceptacji zmienionych warunków regulaminu lub cennika, do 14 dni od daty otrzymania zawiadomienia o ww. zmianach. W ocenie UOKiK abonent ma prawo do doręczenia przedsiębiorcy stosownego oświadczenia o rozwiązaniu umowy w związku z brakiem akceptacji zmian w regulaminie lub cenniku najpóźniej w dniu poprzedzającym wejście przedmiotowych zmian w życie. Przepisy prawa telekomunikacyjnego przyznają abonentowi czas na zastanowienie się nad kontynuowaniem umowy z operatorem równy pełnemu okresowi rozliczeniowemu¹¹.

Kolejną istotną kwestią jest zmiana warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem środków porozumiewania się na odległość, np. podczas rozmowy telefonicznej z konsultantem. Umożliwia to art. 56 ust. 6 Pt zgodnie z którym dostawca usług może umożliwić abonentowi zmianę warunków umowy, o których mowa w ust. 3 pkt 2, 4-7 i 9 za pomocą środków porozumiewania się na odległość, w szczególności telefonicznie. Chodzi tutaj o zmianę rodzaju świadczonych usług; okresu, na jaki została zawarta umowa; pakietu taryfowego, jeżeli na świadczone usługi obowiązują różne pakiety taryfowe; sposobu składania zamówień na pakiety taryfowe oraz dodatkowe opcje usługi; okresu rozliczeniowego oraz zakresu świadczonych publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, ze wskazaniem elementów składających się na opłatę abonamentową. W takim sytuacji dostawca usług ma obowiązek utrwalic oświadczenie abonenta złożone w powyższy sposób i przechowywać je przez okres 12 miesięcy. Jednocześnie dostawca usług zobowiązany jest do potwierdzenia abonentowi faktu złożenia oświadczenia o zmianie warunków umowy oraz jego zakresu i terminu wprowadzenia zmian, w formie pisemnej, w terminie 14 dni od dnia jego złożenia. Abonentowi przysługuje prawo odstąpienia od dokonanej zmiany warunków umowy, bez podania przyczyn poprzez złożenie stosownego oświadczenia w formie pisemnej w terminie 10 dni od dnia otrzymania pisemnego potwierdzenia. Do zachowania tego terminu wystarczy wysłanie oświadczenia przed jego upływem. W razie braku potwierdzenia abonentowi faktu złożenia oświadczenia o zmianie warunków umowy oraz jego zakresu i terminu wprowadzenia zmian termin, w którym abonent może odstąpić od dokonanej zmiany warunków umowy, wynosi trzy miesiące i liczy się od dnia złożenia oświadczenia o zmianie warunków umowy. Jeżeli jednak abonent po rozpoczęciu biegu tego terminu otrzyma potwierdzenie, termin ulega skróceniu do 10 dni od dnia otrzymania tego potwierdzenia. Zgodnie z ustępem 7 omawianego artykułu, gdy dostawca usług, za zgodą abonenta, rozpoczął świadczenie usług zgodnie ze zmienionymi warunkami umowy, wówczas abonentowi nie przysługuje prawo odstąpienia od dokonanej zmiany warunków umowy, o którym mowa powyżej. W przypadku odstąpienia od zmiany warunków umowy następuje powrót do świadczenia usług telekomunikacyjnych na warunkach obowiązujących przed dokonaniem zmian.

Do zmiany warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem środków porozumiewania się na odległość nie stosuje się omówionego powyżej art. 60a Pt. W wielu przypadkach konsument nie ma świadomości, że zgadzając się na przedstawione w ten sposób propozycje zmienia warunki swojej

⁹ Dz.U. 1964, Nr 16, poz. 93 ze zm.

¹⁰ J. Mojak, J. Widło, *Polskie prawo kontraktowe. Zarys wykładu.*, Warszawa 2005, s. 133

¹¹ Raport z kontroli wzorców umów stosowanych przez alternatywnych dostawców usług telekomunikacyjnych, Warszawa, grudzień 2008r., źródło: www.uokik.gov.pl

umowy, jak się często okazuje – na niekorzyść. Oczywiście zmiana warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych wykonana w ten sposób ma również swoje pozytywy. Świadomy konsument bez wychodzenia z domu dokona zmian warunków umowy w sposób przemyślany i korzystny dla niego. Niemniej jednak znajdują się i tacy konsumenci, którzy zdecydują się na dokonanie zmian, które tak na prawdę po zastanowieniu okazują się im zbędne. W takiej sytuacji mogą skorzystać z prawa odstąpienia od umowy, o którym powinien poinformować przedsiębiorca telekomunikacyjny. Jednak w sytuacji, gdy przedsiębiorca telekomunikacyjny nie dopełni tego obowiązku, to wątpliwym jest, gdzie konsument ma poszukiwać informacji o przysługujących mu prawach.

Powszechnym zjawiskiem jest również wykorzystywanie przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, przy zawieraniu umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych z konsumentami, wzorców umów (różnie nazywanych: regulaminy, cenniki, ogólne warunki umów). W związku z tym w sytuacji zmiany warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zastosowanie będzie miał również art. 384¹ k.c. Zgodnie z tym przepisem wzorzec wydany w czasie trwania stosunku umownego o charakterze ciągłym wiąże drugą stronę, jeżeli zostały zachowane wymagania określone w art. 384 k.c., a strona nie wypowiedziała umowy w najbliższym terminie wypowiedzenia. Artykuł 384 k.c. stanowi, że wzorzec umowy, w szczególności: ogólne warunki umów, wzór umowy, regulamin, wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy. W sytuacji, gdy posługiwanie się wzorcem jest w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte, wiąże on także wtedy, gdy druga strona mogła się z łatwością dowiedzieć o jego treści. Nie dotyczy to jednak umów zawieranych z udziałem konsumentów, z wyjątkiem umów powszechnie zawieranych w drobnych, bieżących sprawach życia codziennego. W sytuacji posługiwania się przez jedną ze stron wzorcem umowy w postaci elektronicznej, powinna udostępnić go drugiej stronie przed zawarciem umowy w taki sposób, aby mogła ona wzorzec ten przechowywać i odtwarzać w zwykłym toku czynności.

Na zakończenie warto zwrócić uwagę na przedstawiany na ogół przez doktrynę model konsumenta. Trudno się nie zgodzić z poglądem M. Bednarek, że celem ochrony konsumenta nie jest przyznanie mu przywilejów, lecz zrekompensowanie utraconej możliwości podejmowania świadomych decyzji w sprawie własnej konsumpcji. Ten model konsumenta zakłada, że to czego można oczekiwać od „rozsądnego” konsumenta, stanowi pochodną: zakresu, rodzaju i przejrzystości udzielanych mu informacji. Charakterystyczną cechą ochrony konsumenta stanowi więc ochrona poprzez informacje¹². Założenie uznające za podstawę ochrony konsumenta odpowiednie i rzetelne informowanie konsumenta znajduje swoje odzwierciedlenie w omawianych powyżej przepisach Prawa telekomunikacyjnego. Wydaje się uzasadniony formułowany (zazwyczaj przez doktrynę) model konsumenta rozsądnego, świadomego i krytycznego, który jest w stanie prawidłowo zrozumieć i wykorzystać skierowane do niego informacje¹³.

¹² M. Bednarek [w] *System prawa cywilnego T.5 : Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006, s.634

¹³ S. Kalus [w] *Ochrona prawna obrotu gospodarczego*, Warszawa 2011, s. 329

PERSPEKTYWA INFORMATYZACJI DZIAŁALNOŚCI PODMIOTÓW PRZETWARZAJĄCYCH DANE OSOBOWE PACJENTÓW

1. Wstęp

W dynamicznie rozwijającym się społeczeństwie jednym z głównych „surowców” wykorzystywanych do napędzania procesów rozwoju gospodarczego i społecznego stała się informacja. Synteza wcześniej zdefiniowanych teorii dot. społeczeństwa i zachodzących w nim „burzliwych” zmian oraz informacji jako zasobu doprowadziła do zdefiniowania teorii społeczeństwa informacyjnego, którego jedną z charakterystycznych cech jest narastający głód informacji¹.

Wraz ze wzrostem agresywnej eksploatacji tego zasobu objawiło się wyraźnie zarysowane zjawisko polaryzacji norm koegzystencji na linii: jednostka – państwo, pracownik – pracodawca, uczeń – nauczyciel, czy też sprzedawca – klient.

W obowiązującym porządku konstytucyjnym² status informacyjny jednostki został zdefiniowany wachlarzem praw pozytywnych gwarantujących jednostce: prywatność i ochronę życia rodzinnego, tajemnicę i swobodę komunikowania się, decydowanie o swoim życiu osobistym, ochronę zdrowia oraz prawem o charakterze negatywnym zabraniającym władzom publicznym pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania innych informacji niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym³ (prawa sytuowane art. 47, 49, 51, 68 ust. 1 Konstytucji RP).

Zdefiniowane za pomocą tych praw granice autonomii jednostki dają jej m.in. możliwość zarządzania tą sferą, która związana jest z „udostępnianiem na zewnątrz” informacji, których nieautoryzowane ujawnienie mogłoby spowodować daleko idącą ingerencję w prywatność. Postulat ten odnosi się do informacji związanych m.in.: ze stanem zdrowia, relacjami rodzinnymi, czy też sytuacją ekonomiczną, te zaś bezsprzecznie kształtują sferę prywatności „jednostki-pacjenta”.

Określona ustawą o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁴ definicja czyni ‘pacjentem’ osobę, która zwraca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystającą ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny.

Wynikająca z tej definicji interakcja oparta jest na realizacji praw pacjenta oraz obowiązkach związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych przez świadczeniodawcę, których realizacja powinna uwzględnić ochronę informacji niezbędnych w proce-

sie realizacji świadczeń zdrowotnych, jak i informacji uzyskanych „przy okazji”, a dotyczących innych sfer życia prywatnego pacjenta^{5,6}, pozyskanych podczas ubiegania się o realizację świadczenia, jak i w trakcie jego realizacji.

Informacjami niezbędnymi w procesie realizacji świadczeń zdrowotnych mogą być te ogólnie definiujące stan zdrowia, jak i te o: kontaktach i preferencjach seksualnych, kodzie genetycznym, nałogach, podlegające również ochronie na mocy art. 27 ustawy o ochronie danych osobowych^{7,8}.

Należy zauważyć, iż obowiązek ochrony danych osobowych pacjenta rozciąga się również na działania związane z ich wtórnym przetwarzaniem przez organy i instytucje oraz upoważnione ustawą inne podmioty (np. samorząd lekarski, NFZ, ZUS itd), które nie biorą bezpośredniego udziału w procesie realizacji świadczenia zdrowotnego, a realizują przetwarzanie informacji, do ochrony których podmioty te są zobowiązane na mocy *lex specialis* oraz ustawy o ochronie danych osobowych.

Procedury przetwarzania informacji pozyskanych podczas zwracania się o udzielenie świadczeń zdrowotnych, korzystania ze świadczeń zdrowotnych lub wtórnego przetwarzania tych informacji składają się na model ochrony danych osobowych pacjenta funkcjonujący w niezwykle szerokim obszarze normowania⁹, dlatego podjęta w niniejszym opracowaniu tematyka uległa ograniczeniu.

⁵ Patrz art. 14 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, art. 40 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, art. 21 ustawy o zawodach pielęgniarzy i położnej.

⁶ D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2010.

⁷ Dz.U. 2002.101.926 ze zm.

⁸ Perspektywa ochrony informacji uzyskanych „przy okazji” jest kształtowana (w zależności od ich kategorii) na podstawie art. 27 lub 23 ustawy o ochronie danych osobowych.

⁹ W tym przypadku oprócz tzw. „białych ustaw i rozporządzeń” mają również zastosowanie wymagania prawne związane m.in. z informatyzacją działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, prawem pracy, działalnością ubezpieczeniową, działalnością organów ochrony państwa itd.) Np.: Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. 2007.70.473 ze zm.); Ustawa o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz.U. 2006.122.851 ze zm.); Ustawa o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. 2001.14.147 ze zm.); Ustawa o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz.U. 2000.6.69 ze zm.); Ustawa o policji (Dz.U. 2007.43.277 ze zm.); Ustawa o ochronie danych osobowych (Dz.U. 2002.101.926 ze zm.); Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. 2009.52.417 ze zm.); Ustawa przepisów wprowadzających ustawę o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, ustawę o akredytacji w ochronie zdrowia oraz ustawę o konsultantach w ochronie zdrowia (Dz.U. 2009.76.641 ze zm.); Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. 2007.14.89 ze zm.); Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. 1994.111.535 ze zm.); Ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. nr 17 poz. 78 ze zm.); Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 2008.136.857 ze zm.); Ustawa o lekarzu sądowym (Dz.U. 2007.123.849 ze zm.); Ustawa o zawodach pielęgniarzy i położnej (Dz.U. 2009.151.1217 ze zm.); Ustawa o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów (Dz.U. 2001.763 ze zm.); Ustawa o zawodzie felczera (Dz.U. 2004.53.531 ze zm.); Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997r. o publicznej służbie krwi (Dz.U. 1997.106.681 ze zm.); Ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. 2008.14.92 ze zm.); Ustawa Prawo Farmaceutyczne (Dz.U. 2001.126.1381 ze

¹ T. Białobłocki, J. Moroz, M. Nowina-Konopka, L. W. Zacher, *Spółeczeństwo informacyjne. Istota, problemy, wyzwania*, Warszawa 2006.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483. ze zm.).

³ M. Jabłoński (red.), *Wolności i Prawa Jednostki w Konstytucji RP. Tom I Idee i Zasady Przewodnie Konstytucyjnej Regulacji Wolności i Praw Jednostki w RP*, Warszawa 2010.

⁴ Dz.U. 2009.52.417 ze zm.,

Artykuł stanowi próbę przedstawienia podstawowych założeń obowiązującego modelu ochrony danych osobowych pacjenta przyjmując perspektywę przetwarzania danych w systemach teleinformatycznych, koncentrując się na aspektach praktyki stosowania obowiązujących przepisów prawa i dostrzeganych zagrożeniach wynikających z planowanych w tym zakresie normowań.

Podjęta próba bazuje na praktyce stanowienia i wdrażania wewnętrznych standardów ochrony danych osobowych¹⁰.

Opracowanie stanowi również próbę zabrania głosu w toczącej się dyskusji nt. realizacji procesów informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, próbując rzucić dyskretnie światło na płaszczyznę rozwiązań zarządczych warunkujących skuteczność i racjonalność funkcjonowania techniczno – prawnych środków ochrony informacji. Istnienie tej płaszczyzny jest w literaturze prawnej w sposób widoczny pomijane.

Zdefiniowanie perspektywy informatyzacji przetwarzania danych osobowych pacjenta było podyktowane również przyjęciem przez autora opracowania postulatu, na mocy którego należy uznać, iż rozwój społeczeństwa informacyjnego jest realizowany w oparciu o wykorzystywanie różnorodnych technik informacyjnych opartych w dużej mierze na infrastrukturze teleinformatycznej, a eksploatacja tego zasobu stanowi źródło największych zagrożeń dla realizacji podstawowych praw i wolności jednostki.

2. Systemowe podejście do ochrony danych osobowych pacjentów

W celu zobrazowania tych problemów poddajmy analizie pewien zasób wymagań prawnych związanych z ochroną danych osobowych pacjentów przetwarzanych w systemach teleinformatycznych, próbując dokonać translacji języka norm prawnych na język procedur operacyjnych:

1. Art. 36 ust. 1, 3, art. 39a. ustawy o ochronie danych osobowych;
2. § 73, 86 ust. 2 Rozporządzenia MZ w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania¹¹;

zm.); Ustawa o diagnostyce laboratoryjnej (Dz.U. 2004.144.1529 ze zm.); Ustawa o izbach aptekarskich (Dz.U. 2008.136.856 ze zm.); Ustawa o izbach lekarskich (Dz.U. 2009.219.1708); Ustawa o samorządzie pielęgniarów i położnych (Dz.U. nr 41.178 ze zm.); Ustawa o konsultantach w ochronie zdrowia (Dz.U. 2009.52.419 ze zm.); Ustawa o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. 2006.191.1410 ze zm.); Ustawa o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym oraz Rzeczniku Ubezpieczonych (Dz.U. 2003.124.1153 ze zm.); Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. 2008.164.1027 ze zm.); Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. 2005.169.1411 ze zm.); Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. 2005.179.1485 ze zm.); Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. 2008.234.1570 ze zm.); Ustawa o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz.U. 2009.153.1227 ze zm.); Ustawa o akredytacji w ochronie zdrowia; Ustawa Kodeks Pracy (Dz.U. 1998.21.94 ze zm.);

1. Ustawa Kodeks cywilny (Dz.U. 1964.16.93 ze zm.); Ustawa Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2000.98.1071 ze zm.); Ustawa Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964.43.296 ze zm.); Ustawa Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 1964.9.59 ze zm.); Ustawa Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 90 poz. 557 ze zm.);

2. Ustawa Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. 2005.108.908 ze zm.); Ustawa o działach administracji rządowej (Dz.U. 2007.65.437 ze zm.); Ustawa o samorządzie gminnym (Dz.U. 2001.142.1591 ze zm.); Ustawa o samorządzie powiatowym (Dz.U. 2001.142.1592 ze zm.); Ustawa o samorządzie wojewódzkim (Dz.U. 2001.142.1590 ze zm.); Ustawa o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (Dz.U. 2009.31.206 ze zm.) oraz wynikające z nich przepisy aktów wykonawczych.

¹⁰ Kształtowanej na podstawie wieloletniej praktyki zawodowej autora opracowania prowadzącego działalność ekspercką w dziedzinie ochrony informacji pod nazwą Sde management systems.

¹¹ Zwanego dalej Rozporządzeniem ws dokumentacji medycznej (Dz.U. 2010.252.1697).

3. § 14 ust. 1 projektu Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w formie elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (podmiotów realizujących zadania publiczne).

Rozporządzenie MSWiA z dnia 29 kwietnia 2004 r.¹² stanowiące rozwiązanie delegacji art. 39a u.o.d.o stanowi próbę ustalenia poziomów minimalnych zabezpieczeń¹³. Z punktu widzenia poniesionych na ich wdrożenie kosztów i osiągniętej minimalnej zgodności można ulec złudzeniu, że problem zabezpieczeń po wdrożeniu wymagań wynikających z Rozporządzenia technicznego został rozwiązany. Tymczasem ustawodawca „znacznie komplikuje” sposób realizacji wymagań Rozporządzenia technicznego na płaszczyźnie techniczno - organizacyjnej na podstawie przepisu który stanowi, że administrator danych osobowych powinien „zastosować środki techniczne i organizacyjne zapewniające ochronę przetwarzanych danych osobowych odpowiednią do zagrożeń” (art. 36 ust. 1 u.o.d.o)

Analiza incydentów związanych z ochroną danych osobowych¹⁴ buduje przekonanie, iż implementacja wymagań techniczno – organizacyjnych zawartych w Rozporządzeniu technicznym nie daje rękami skutecznej ochrony danych i potwierdza zamysł ustawodawcy, aby wymagania te stanowiły punkt wyjścia – obligatoryjny poziom podstawowy, dając jednocześnie podmiotom zobowiązanym w art. 36 ust. 1 u.o.d.o podstawę do budowania komplementarnych do kultury organizacyjnej zabezpieczeń techniczno – organizacyjnych, nakazując jednocześnie ich stosowanie pod rygorem art. 51 u.o.d.o.

Per analogiam można odczytać intencje prawodawcy, związane z zabezpieczaniem danych osobowych pacjentów w systemach IT zaimplementowane w § 86 ust. 2 pkt. 1, 3 Rozporządzenia MZ w sprawie rodzaju i zakresu dokumentacji medycznej...¹⁵, a § 86 ust. 1 pkt. 3 kreuje imperatyw nadążania za zmianami technologicznymi, co buduje oczywisty kontekst dla analizy zagrożeń¹⁶ i podatności¹⁷ (w tym wypadku nie ulega wątpliwości, iż procedury analizy powinny być prowadzone wg określonych procedur operacyjnych w celu zapewnienia odpowiedniej jakości i wiarygodności uzyskanych tą drogą danych).

Podstawa powołania Administratora Bezpieczeństwa Informacji zdefiniowana art. 36 ust. 3 u.o.d.o. stwarza pozornie niewielkie możliwości translacyjne na język procedur operacyjnych, ponieważ na jego podstawie administrator danych może, ale nie musi, powołać Administratora Bezpieczeństwa Informacji (ABI) i to tyle, jeśli chodzi o samą wykładnię.

¹² W sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych - zwanego w tekście Rozporządzeniem technicznym (Dz. U. 2004.100.1024).

¹³ Co zresztą zostało wyartykułowane w § 1 pkt. 2 Rozporządzenia MSWiA z 29 kwietnia 2004 r., który mówi o podstawowych warunkach techniczno – organizacyjnych.

¹⁴ Na podstawie doświadczeń autora artykułu.

¹⁵ § 86 ust. 2 „Zabezpieczenie dokumentacji prowadzonej w postaci elektronicznej wymaga w szczególności:

1) systematycznego dokonywania analizy zagrożeń; (...)

2) stosowania środków bezpieczeństwa adekwatnych do zagrożeń”.

¹⁶ Definiowanych jako potencjalne przyczyny niepożądanego zdarzenia, które mogą wywołać szkodę w procesie lub zasobach systemu.

¹⁷ Definiowanych jako słabości procesu lub zabezpieczeń systemu, które mogą zostać wykorzystane przez zagrożenia.

Jeśli spojrzymy na problem z perspektywy zarządczej, to można dostrzec konieczność stworzenia funkcjonalnej struktury organizacyjnej związanej z zarządzaniem ochroną danych osobowych, opartej na podziale na funkcje zarządcze (np. gestorzy zasobu informacyjnego, administratorzy systemów przetwarzania) oraz kontrolne (np. ABI, który powinien posiadać określone kompetencje¹⁸, ABS – administrator bezpieczeństwa systemu IT), takie podejście wymaga jednak rozwiązania adekwatnego do posiadanych zasobów.

Analiza przedstawionego wcześniej zasobu wymagań prawnych związanych z ochroną danych osobowych pacjentów daje możliwość odniesienia się również do problemu archiwizacji danych. Realizacja minimalnego poziom zabezpieczeń wymaga stosowania procedur operacyjnych związanych z archiwizacją zapewniających jej realizację w odpowiednich warunkach i pod nadzorem zapewniającym danym poufność, integralność oraz dostępność¹⁹ (która powinna być skorelowana z ustawowym czasem przechowywania dokumentacji zawierającej dane osobowe pacjentów²⁰ oraz 24 godzinny dostęp do dokumentacji przekazanej do archiwum zakładowego lub zakładowej składnicy akt). W tym obszarze ustawodawca pozostawia po raz kolejny „dużo swobody” w doborze i stosowaniu metod i środków ochrony dokumentacji, co w praktyce nastręcza placówkom opieki zdrowotnej wiele problemów:

1. związanych ze stworzeniem adekwatnych warunków w pomieszczeniach zakładowych archiwów/składnic akt²¹ gwarantujących:
 - a. właściwą temperaturę i wilgotność powietrza,
 - b. odpowiednie sztuczne oświetlenie,
 - c. brak agresywnego chemicznie oddziaływania powłok znajdujących się na ścianach i wyposażeniu pomieszczenia,
 - d. minimalizację wpływu wody pochodzącej z instalacji wod-kan,
 - e. eliminację szkodliwej flory i fauny,
 - f. monitoring ppoż.
2. związanych z analizą stanu nośników papierowych, z tworzyw sztucznych (wywołane błony RTG, wydruki na kliszy RTG) i magnetoptycznych (biorąc pod uwagę ich trwałość) w kontekście obowiązku czasowego ich przechowywania;
3. związanych z bezpiecznym niszczeniem dokumentacji po ustawowym okresie jej przechowywania;
4. związanych z procedurami wydawania dokumentacji (również na zewnątrz²²) i przyjmowania dokumentacji po jej wykorzystaniu.

¹⁸ Autor opracowania stoi na stanowisku, że pojęcie kompetencji odnosi się do wykształcenia, doświadczenia i uprawnień zarządczych w tym przypadku pozwalających na realizację zadań przypisanych dla administratora danych osobowych.

¹⁹ Patrz § 73 oraz § 80 pkt. 1, 2, 3 Rozporządzenia MZ w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej oraz sposobu jej przetwarzania.

²⁰ Art. 29 Ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. 2009.52.417).

²¹ Utworzenie zakładowego archiwum (w państwowych jednostkach organizacyjnych, jednostkach samorządu terytorialnego, w których powstają materiały archiwalne w myśl art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach zwanej dalej u.z.n.a. (Dz.U. 2011.123.698 ze zm.)) jest sankcjonowane decyzją Naczelnego Dyrektora Archiwów Państwowych lub właściwego dyrektora archiwum państwowego (patrz art. 33 u.z.n.a.). W innych przypadkach w państwowych i samorządowych jednostkach organizacyjnych kierownik tej jednostki tworzy zakładową składnicę akt (patrz art. 36 u.z.n.a.).

²² Np. na podstawie art. 26 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.

Jako próbę (o charakterze poszerzającym) implementacji zasad związanych z archiwizacją danych osobowych pacjentów, zawartych w dokumentacji medycznej można potraktować stosowanie wymagań akredytacyjnych opracowywanych przez Centrum Monitorowania Jakości w Ochronie Zdrowia na podstawie ustawy z dnia 6 listopada 2008 w sprawie akredytacji w ochronie zdrowia. Zasięg ich stosowania jest jednak ograniczony biorąc pod uwagę dobrowolność poddawania się procedurze akredytacyjnej przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych, a sytuacji nie poprawia dodatkowe punktowanie na rzecz świadczeniobiorcy za uzyskanie certyfikatu akredytacyjnego podczas procedury kontraktowania świadczeń przez NFZ.

Ocena zatwierdzonych przez Radę Akredytacyjną standardów akredytacyjnych w obszarze Zarządzania Informacją (ZI) i wynikających z nich wymagań związanych z archiwizacją danych nie jest jednak jednoznaczna i zawiera krytyczne uwagi.

Standard wprowadza konieczność monitorowania wilgotności i temperatury powietrza w pomieszczeniu archiwum, w którym przechowywana jest dokumentacja medyczna na nośniku papierowym²³, nie znajdziemy w nim jednak konsekwentnego odniesienia do zasad monitorowania w/w parametrów w odniesieniu do nośników elektronicznych, dla których szczególnie wilgotność (dla nośników magnetycznych) wprowadza ograniczenia ich przydatności do długotrwałego przechowywania danych.

Zasady realizacji monitoringu zawarte w standardzie akredytacyjnym powinny zostać doprecyzowane wartościami granicznymi pozwalającymi na dokonanie oceny jakościowej środowiska przechowywania nośników papierowych i magnetoptycznych (np. wartości graniczne natężenia światła, wilgotności i temperatury).

W praktyce podmioty lecznicze przystępujące do nadzoru akredytacyjnego, lub wdrażające przy innej okazji wewnętrzne standardy przechowywania definiują procedury operacyjne w oparciu o wartości graniczne określone w Rozporządzeniu w sprawie warunków przechowywania dokumentacji osobowej i placowej pracodawców²⁴ lub w oparciu o znacznie ostrzejsze kryteria ustalone przez prawodawcę w Rozporządzeniu w sprawie instrukcji kancelaryjnej, jednolitych rzeczowych wykazów akt oraz instrukcji w sprawie organizacji i zakresu działania archiwów zakładowych²⁵.

W tym przypadku rodzi się kwestia podstaw finansowania stosowanych rozwiązań wynikających z w/w przepisów wykonawczych. Wydaje się zasadnym, iż poniesione przez publiczne podmioty lecznicze (niebędące podmiotem w/w Rozporządzenia ws instrukcji kancelaryjnej) nakłady finansowe na przechowywanie dokumentacji w formie elektronicznej mogą mieć uzasadnienie w sformułowanej przez prawodawcę dyrektywie stosowania metod i środków ochrony, których skuteczność w czasie ich zastosowania jest powszechnie uznawana²⁶. Przyjęcie takiego podejścia posiada również racjonalne uzasadnienie ze

²³ Punkt ZI 3.2 Zestawu standardów akredytacyjnych z lutego 2010.

²⁴ Rozporządzenie Ministra Kultury z dnia 15 lutego 2005, którego podmiotem jest organizacja prowadząca działalność w dziedzinie przechowywania dokumentacji, a zdefiniowane w Rozporządzeniu kryteria oceny wilgotności i temperatury środowiska przechowywania odnoszą się tylko do parametrów ochrony nośników papierowych (Dz.U.2005.32.283 i 284).

²⁵ Rozporządzenie Prezesa Rady ministrów z dnia 11 stycznia 2011 r. (zwane dalej Rozporządzeniem ws instrukcji kancelaryjnej), którego podmiotem są organy gminy i związków międzygminnych, organy powiatu, organy samorządu województwa i organy zespolonej administracji rządowej w województwie, urzędy obsługujące te organy (Dz.U. 2011.14.67), zdefiniowane w Rozporządzeniu wartości graniczne związane z monitoringiem temperatury, wilgotności odnoszą się również do informatycznych nośników danych, klisz filmowych, taśm filmowych i magnetycznych.

²⁶ Patrz §86 ust.1 pkt.3 Rozporządzenia ws instrukcji kancelaryjnej.

względem na nakreśloną w ustawie z dnia 18 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia perspektywę digitalizacji dokumentacji medycznej²⁷.

Rozpatrywana przestrzeń wymagań prawnych zawiera więcej pytań niż odpowiedzi w płaszczyźnie techniczno – organizacyjnej. Konieczność ich stosowania wymusza jednak działania placówek ochrony zdrowia, które ze względu na specyfikę ich funkcjonowania nie powinny być w żadnym wypadku chybione, szczególnie ze względu na koszty oraz ryzyka prawne, których materializację należy rozpatrywać również na płaszczyźnie gospodarowania środkami publicznymi.

Odpowiedź na pytanie jak zdefiniować „właściwy”, „odpowiedni”, „powszechnie uznawany za skuteczny” poziom zabezpieczeń była zawarta w § 3 ust. 2 uchylonego w grudniu 2010 r. Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 października 2005 r. w sprawie minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (podmiotów realizujących zadania publiczne)²⁸ a obecnie w §14 ust. 1 projektu Rozporządzenia w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w formie elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych.

W tym wypadku prawodawca stawiając to wymaganie nakreślił właściwy kierunek na płaszczyźnie organizacyjnej, który pozwoli na racjonalne i skuteczne zarządzanie bezpieczeństwem danych osobowych pacjentów, w oparciu o standard PN-ISO/IEC 27001:2007^{29,30} i standardy z nim związane: PN-ISO/IEC 27005:2010³¹, PN-ISO/IEC 24762:2010³² oraz PN-ISO/IEC 17799:2007³³. Standardy te stwarzają kontekst zarządzania ochroną informacji w oparciu o podejście procesowe³⁴ i zarządzanie ryzykiem³⁵.

W praktyce, możliwość stosowania komplementarnych rozwiązań ochrony danych stworzona na podstawie przepisów wykonawczych dot. m.in. zakresu i zasad przetwarzania dokumentacji

medycznej, Krajowych Ram Interoperacyjności i wymagań dla systemów teleinformatycznych podmiotów realizujących zadania publiczne³⁶, instrukcji kancelaryjnej i zasad funkcjonowania archiwów zakładowych, generuje jednak szereg zagrożeń. Charakter tych zagrożeń związany jest z wymogiem stosowania w całości wspomnianych wcześniej międzynarodowych standardów³⁷, co może spowodować głęboką ingerencję w realizację procesów biznesowych i statutowych. Zakres standardów przewiduje oprócz implementacji podejścia procesowego, m.in. konieczność opracowania, wdrożenia, utrzymywania i doskonalenia procedur związanych z nadzorowaniem tzw. działań korygujących i zapobiegawczych, audytu wewnętrznego, nadzoru nad incydentami, nadzorowania dokumentów i zapisów, procedur nadzorowania ciągłości działania (BCM), zarządzania usługami dostarczanych przez strony trzecie.

Nadzorowania w ramach wytycznych standardów wymaga również środowisko systemów teleinformatycznych między innymi w zakresie:

- a. bezpieczeństwa fizycznego sprzętu IT (rozdział A 9.2³⁸);
- b. procedur eksploatacyjnych sprzętu IT i zakresów odpowiedzialności za te procedury (A 10.1);
- c. planowania i odbiorów systemów IT (A 10.3);
- d. ochrony przed kodem złośliwym i mobilnym (A 10.4);
- e. realizacji kopii zapasowych (A 10.5);
- f. zabezpieczania sieci (A 10.6), kontroli dostępu do sieci (A.11.4);
- g. obsługi nośników (A 10.7);
- h. monitorowania systemu (A 10.10);
- i. wymagań biznesowych wobec kontroli dostępu (A 11.1);
- j. zarządzania dostępem użytkowników (A.11.2)
- k. odpowiedzialności użytkowników (A.11.3)
- l. kontroli dostępu do systemów operacyjnych (A.11.5)
- m. kontroli dostępu do aplikacji (A.11.6)
- n. przetwarzania mobilnego i pracy na odległość (A.11.7)
- o. poprawnego przetwarzania w aplikacjach (A.12.2)
- p. zabezpieczenia kryptograficznego (A.12.3)
- q. bezpieczeństwa plików systemowych (A.12.4)
- r. bezpieczeństwa w procesach rozwojowych i obsługi informatycznej (A.12.5)

Dotychczasowe doświadczenia pozwalają sądzić, iż na umiarowanie uprzywilejowanej pozycji znajdują się placówki ochrony zdrowia posiadające wdrożone wewnętrzne standardy np. zarządzania jakością, środowiskiem oraz bezpieczeństwem i higieną pracy zgodne z ISO 9001, ISO 14001 oraz ISO 18001³⁹, jak i

²⁷ Patrz art. 56 ust. 1 ustawy.

²⁸ „Przy opracowywaniu polityki bezpieczeństwa, o której mowa w ust. 1, podmiot publiczny (również realizujący zadania publiczne – przyp. autora) powinien uwzględnić postanowienia Polskich Norm z zakresu bezpieczeństwa informacji”.

²⁹ PN-ISO/IEC 27001:2007 „Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania”.

³⁰ Przepis § 3 ust. 2 uchylonego rozporządzenia - Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 października 2005 r. w sprawie minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych stwarza możliwość stosowania dedykowanego dla służby zdrowia standardu PN-EN ISO 27799:2008 „Informatyka w ochronie zdrowia. Zarządzanie bezpieczeństwem informacji w ochronie zdrowia przy użyciu ISO 27002 oraz PN-ISO/IEC 27001:2007” opracowany przez PKN w KT 302 ds. Zastosowania Informatyki w Ochronie Zdrowia, pozostaje więc kwestią nierozstrzygniętą czy normę PN-EN ISO 27799:2010 można traktować jako normę uzupełniającą standard PN-ISO/IEC 27001:2007 i posiadającą tym samym status obowiązującej do wdrożenia w odniesieniu do systemów teleinformatycznych.

³¹ PN-ISO/IEC 27005:2010 „Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Zarządzanie ryzykiem w bezpieczeństwie informacji”.

³² PN-ISO/IEC 24762:2010 „Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Wytyczne dla usług odtwarzania techniki teleinformatycznej po katastrofie”.

³³ PN-ISO/IEC 17799:2007 „Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Praktyczne zasady zarządzania bezpieczeństwem informacji” - standard stanowiący podręcznik stosowania zabezpieczeń opisanych w załączniku normatywnym A standardu PN-ISO/IEC 27001:2007; z dużym przybliżeniem można użyć stwierdzenia, iż jest to poprzednik, a zarazem polski odpowiednik standardu ISO/IEC 27002:2007.

³⁴ W oparciu o PN-EN ISO 9001:2009 należy założyć, iż w celu skutecznego działania organizacja powinna zidentyfikować pozostające w ścisłym związku działania i nimi zarządzać, tak aby niezbędne do ich realizacji zasoby (tzw. wejścia) przekształcić w zamierzony wynik (wyjścia). Przekształcanie „wejścia” w „wyjścia” można rozpatrywać jako proces, którego wynik może stanowić „wejścia” do innego procesu. Stosowanie identyfikacji procesów oraz sterowanie ich wzajemnym oddziaływaniem w celu osiągnięcia zamierzonego wyniku można definiować jako „podejście procesowe”.

³⁵ Na podstawie art. 2 pkt. 17 ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U.2010.182.1228) zarządzanie ryzykiem to skoordynowane działania w zakresie zarządzania bezpieczeństwem informacji z uwzględnieniem ryzyka.

³⁶ Mowa o projekcie rozporządzenia Rady Ministrów ws. Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w formie elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych przygotowywanego na podstawie delegacji art. 18 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, wcześniejsze rozporządzenie w sprawie minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych z dnia 11 października 2005 zostało uchylone z dniem 16 grudnia 2010 r.

³⁷ Prawodawca nie wskazał możliwości jakichkolwiek wyłączeń, poza tymi których wyłączenie jest uzasadnione wynikami procesu szacowania ryzyka (dot. PN-ISO/IEC 27001:2007, nie mniej jednak mogą one odnosić się tylko do celów i środków zabezpieczania przedstawionych w załączniku normatywnym „A” tego standardu).

³⁸ Oznaczenie dotyczy rozdziałów „Załącznika normatywnego A” i stanowi zarazem odwołanie do odpowiedniego rozdziału normy PN ISO/IEC 17799:2007 podlegającego tej samej numeracji, jednak bez litery „A”.

³⁹ Mowa o standardach: PN-EN ISO 9001:2009 Systemy zarządzania jakością - Wymagania, PN-EN ISO 14001:2005 Systemy zarządzania środowiskowego - Wymagania i wytyczne

realizujące procedury kontroli zarządczej zdefiniowanej ustawą o finansach publicznych.

W tym przypadku wydaje się, iż najlepszym rozwiązaniem byłaby budowa zintegrowanych systemów zarządzania spełniających wymagania wcześniej wspomnianych standardów zarządzania jakością, środowiskiem, bezpieczeństwem i higieną pracy oraz bezpieczeństwem informacji, co wymaga jednak wiedzy eksperckiej z zakresu samych standardów, specyfiki funkcjonowania podmiotów realizujących zadania dot. ochrony zdrowia (w tym mających zastosowanie wymagań prawnych), jak i zasobów gwarantujących uzyskanie odpowiedniego poziomu technologicznego.

W pozostałych przypadkach, gdy implementacja (do porządku organizacyjnego zobowiązanych podmiotów), przyjętego w polskim porządku prawnym modelu bezpiecznego przetwarzania informacji o pacjencie nie będzie realizowana w oparciu o posiadane doświadczenia dotyczące zarządzania ryzykiem oraz tzw. zarządzania procesowego, zmiany zachodzić będą znacznie wolniej i mniej skutecznie.

W przypadku podmiotów dysponujących ograniczonym wachlarzem zasobów (np. indywidualne praktyki lekarskie, pielęgniarskie) spełnienie wymagań prawnych stanowić będzie znaczne wyzwanie organizacyjne, którego głównym celem powinno być osiągnięcie stanu homeostazy parametrów dot. kosztów i skuteczności zabezpieczania przy jednoczesnym spełnieniu minimalnych warunków wynikających z przepisów prawa.

Należy się spodziewać, iż przy obecnym stanie świadomości, wiedzy, doświadczenia, oraz kultury technologicznej, rezultaty w postaci wzrostu bezpieczeństwa i racjonalności procedur przetwarzania danych o pacjencie (w wyniku wprowadzonych i planowanych do porządku prawnego zmian), mogą być obserwowalne w perspektywie kilku lub nawet kilkunastoletniej. Punkt odniesienia dla tego postulatu tworzy m.in. ustawa z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia, która zakłada od 31 lipca 2014 r. przetwarzanie dokumentacji medycznej tylko w formie elektronicznej⁴⁰.

3. Paradygmat⁴¹ prawnotechniczny zabezpieczania danych osobowych pacjentów

Odwołując się do doświadczeń można uznać, iż reengineering⁴² procesów związanych z ochroną danych osobowych pacjentów jest w większości przypadków właściwie jedyną drogą budowania standardów ochrony informacji ze względu na głęboko zakorzeniony paradygmat kształtujący ochronę danych jako problem wyłącznie natury prawnej i technicznej.

W tej sytuacji wydaje się, iż warunkiem niezbędnym dla powodzenia reengineeringu jest metanoia⁴³, której powinno doświadczać najwyższe kierownictwo, w celu zainicjowania i wspierania wszystkich działań związanych z wdrożeniem elastycznego, skutecznego i racjonalnego podejścia do ochrony danych osobowych.

Na paradygmat techniczno – prawny składa się utożsamianie (na zasadach postawienia znaku równości) zabezpieczania⁴⁴ informacji z ochroną systemów teleinformatycznych, marginalizując tym samym rolę personelu, który w tym przypadku jest fundamentem systemu informacyjnego, w skład którego, oprócz infrastruktury teleinformatycznej, wchodzi inne kanały informacyjne oparte np. na mowie, dźwięku, geście, znaku odręcznie pisanym.

W praktyce mamy do czynienia zatem z heterogenicznym i rozproszonym systemem przetwarzania, którego skuteczność i elastyczność jest ściśle uzależniona od świadomego uczestnictwa w funkcjonowaniu zabezpieczeń wszystkich członków organizacji. Wzmocnienie tego kryterium można uzyskać poprzez wymaganie w stosowaniu zabezpieczeń⁴⁵ udziału dostawców, pacjentów oraz wykorzystywanie specjalistycznego doradztwa osób spoza organizacji i pozytywnych praktyk benchmarkingowych⁴⁶.

Kolejną składową paradygmatu, stanowiącą przeszkodę w budowaniu skutecznych i racjonalnych rozwiązań jest postrzeganie bezpieczeństwa jako stanu pomiędzy incydentami. Doskonalenie przyjętych rozwiązań ma wówczas charakter reaktywny i opiera się głównie na poczynionych post factum wnioskach, często wynikających z własnych negatywnych doświadczeń. Dodatkowo, stosowane zabezpieczenia posiadają, nader często, charakter „statyczny”. Jako przykład można przedstawić przepisy regulaminów organizacyjnych, regulaminów pracy, polityk bezpieczeństwa, które są rzadko aktualizowane i powstają w oparciu o wymagania umieszczane w dokumentacji innych organizacji, tworząc tym samym powszechnie powielany standard (np. na podstawie metodyki TISM⁴⁷), nie odzwierciedlający kultury organizacyjnej podmiotu odpowiedzialnego za ochronę danych. Mechanizm oddziaływania takich zabezpieczeń często bazuje na strachu pracowników przed odpowiedzialnością karną i służbową.

Przeciwwagą do tego typu praktyk powinny być działania wdrażające zabezpieczenia zdefiniowane na podstawie procesu szacowania ryzyk związanych z ochroną informacji, do którego danymi wejściowymi powinny być:

1. mające zastosowanie wymagania prawne;
2. informacje o zagrożeniach i podatnościach (m.in. determinowanych zmianami: w strukturze organizacyjnej (alokacja kompetencji), w technologii, celów biznesowych bądź statutowych;
3. dane związane z monitoringiem skuteczności już wdrożonych zabezpieczeń techniczno - organizacyjnych.

stosowania, PN-N-18001:2004 Systemy zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy - Wymagania.

⁴⁰ Ustawa sankcjonuje wzajemne udostępnianie dokumentacji medycznej, prowadzonej przez świadczeniodawców z wykorzystaniem Systemu Informacji Medycznej (SIM) który jest systemem teleinformatycznym służącym przetwarzaniu danych dotyczących udzielonych, udzielanych i planowanych świadczeń opieki zdrowotnej udostępnianych przez systemy teleinformatyczne usługodawców, danych osobowych i jednostkowych danych medycznych usługobiorców oraz danych umożliwiających wymianę dokumentów elektronicznych między usługodawcami i usługodawcami a płatnikami.

⁴¹ Paradygmat: tu uważany za przyjęty sposób widzenia rzeczywistości w danej dziedzinie, doktrynie.

⁴² Pod tym pojęciem kryje się koncepcja biznesowa polegająca na wprowadzaniu radykalnych zmian w procesach biznesowych, których celem jest osiągnięcie maksymalnej efektywności organizacji oraz redukcja kosztów.

⁴³ Matanoia (grec.): zmiana sposobu myślenia, dla Greków oznaczało transcendencję (meta – „poza”, „ponad”) umysłu (noia, pochodzące od nous – „umysł”).

⁴⁴ Autor podziela pogląd, iż używanie pojęcia „bezpieczeństwa informacji” nadaje procesom ochrony informacji zbyt statyczny charakter (bazując na znaczeniu słowa „bezpieczeństwo”), zatem mając na uwadze burzliwość procesów biznesowych w otoczeniu i wewnątrz organizacji zasadnym jest stosowanie pojęcia „zabezpieczania” informacji.

⁴⁵ Tu jako „zabezpieczania” należy rozumieć środki o charakterze techniczno - organizacyjnym, których stosowanie ma na celu obniżenie ryzyka związanego z utratą poufności, integralności i dostępności danych osobowych.

⁴⁶ Głównym celem tych działań jest wymiana doświadczeń dot. analizowanego obszaru aktywności biznesowej pomiędzy podmiotami na co dzień z sobą niekonkurującymi, a zmagającymi się z analogicznymi problemami.

⁴⁷ Metodyka zarządzania bezpieczeństwem informacji opracowana i stosowana przez ENSI Sp. z o.o.

Takie podejście gwarantuje identyfikację odpowiedniego poziomu zabezpieczeń w odniesieniu do konkretnych zasobów informacyjnych, co spowoduje, iż organizacja poniesie tylko uzasadnione koszty wdrożenia zabezpieczeń.

W kręgach najwyższego kierownictwa pokutuje często przeświadczenie, iż przepływ informacji dot. incydentów związanych z ochroną informacji powinien być skutecznie kontrolowany, w sposób gwarantujący zacieśnienie kręgu poinformowanych o incydencie do najwyższego kierownictwa.

Na podstawie dotychczasowych doświadczeń wdrożeniowych standardów ochrony informacji należy sądzić, iż działania związane z obsługą incydentu wymagają zdefiniowania szerszego celu nadzorowania przepływu informacji o incydentach, ponieważ nade wszystko podstawą realizacji wszystkich założeń tworzących bezpieczeństwo informacji powinna być odpowiednia komunikacja:

- a) w organizacji – pomiędzy jej pracownikami,
- b) w otoczeniu – pomiędzy organizacją a podmiotami rynkowymi (klientami, dostawcami, instytucjami samorządowymi i innymi).

Stąd też informowanie o incydentach i zdarzeniach związanych z ochroną informacji powinno się rozpatrywać na powyższych dwóch poziomach ogólności. Pierwszy z nich powinien budować kontekst wspierający efektywne propagowanie bezpieczeństwa wśród pracowników i kierownictwa, tworzyć podwaliny mechanizmów informowania o incydentach i zdarzeniach związanych z bezpieczeństwem informacji, zapewniając równocześnie odpowiednie mechanizmy sterowania szczegółowością przekazu⁴⁸ dla użytku służbowego. Generując równocześnie dane wykorzystywane do funkcjonowania wszechstronnego i adekwatnego systemu pomiarowego używanego do oceny jakości zarządzania ochroną informacji.

Efektywna komunikacja zewnętrzna powinna gwarantować transparentność działań związanych z bezpieczeństwem budując tym samym zaufanie partnerów biznesowych (zainteresowanych stron), wykorzystując do tego celu np. funkcję rzecznika prasowego, który umiejętnie przekaze informacje o ewentualnym incydencie, eksponując podjęte działania sterujące⁴⁹.

Kolejne założenie budujące przestrzeń paradygmatu prawo – technicznego związane jest z postrzeganiem zachowania bezpieczeństwa informacji przez pryzmat ich „poufności”, co w przypadku zabezpieczania danych osobowych pacjentów jest założeniem błędnym. Konieczność stosowania zabezpieczeń realizujących dodatkowo „dostępność” i „integralność” wynika m.in. z prawa pacjenta do informacji, dokumentacji medycznej i prawa do udzielania zgody na realizację procedur medycznych związanych z realizacją świadczenia zdrowotnego⁵⁰.

Praktyka wskazuje, iż poufność danych osobowych znajdujących się w dokumentacji medycznej papierowej, jak i elektronicznej jest zapewniana dzięki świadomości personelu dotyczącej wymagań ustawowych⁵¹ – co stanowi w ocenie najwyższego kierownictwa wystarczający warunek zabezpieczający.

Często jednak bez odpowiednich zabezpieczeń np. w postaci oświadczeń o zachowaniu poufności lub odpowiednich klauzul w umowach o pracę lub cywilno – prawnych dopuszczaniu do pracy są pracownicy wykonujący zawody „niemedyczne” uczestniczący w przetwarzaniu danych osobowych pacjentów. Sygnalizowany problem posiada perspektywę, która rozciąga się między innymi na pracowników firm outsourcingowych oraz firmy leasingujące placówkom ochrony zdrowia sprzęt medyczny i oprogramowanie (np. niezbędne do funkcjonowania laboratoriów analitycznych).

Można założyć, iż eliminacja wcześniej eksponowanych założeń paradygmatu prawno – technicznego jest podstawą systemowych zmian w organizacji pozwalających na uporanie się z właściwą realizacją wymagań prawnych, które w wielu przypadkach dają pewną swobodę w implementacji zabezpieczeń – jednak pozorną, co w praktyce generuje szereg problemów natury organizacyjno – ekonomicznej.

4. Zakończenie

Skuteczność i racjonalność działań związanych z nadzorowaniem danych prawnie chronionych przetwarzanych w systemach teleinformatycznych jest w dużej mierze pochodną stosowania narzędzia jakim jest wdrożony, utrzymywany i doskonalony system zarządzania, w którym skutecznie funkcjonują procedury: zarządzania ryzykiem, działań korygujących i zapobiegawczych, audytów wewnętrznych, przeglądu zarządzania, nadzorowania wyrobu niezgodnego (procedury, której specyfika może znaleźć zastosowanie w nadzorowaniu incydentów związanych z bezpieczeństwem) oraz szereg innych elementów systemowego podejścia do zarządzania⁵².

Zaimplementowane do porządku prawnego przez prawodawcę narzędzia o charakterze zarządczym (funkcjonujące na płaszczyźnie zarządzania ryzykiem⁵³) tworzą kompleksowy model ochrony informacji, który posiada przymiot elastyczności pozwalający na właściwą realizację ustalonych porządkiem konstytucyjnym praw i wolności człowieka kształtujących status informacyjny jednostki mimo pojawiających się nowych zagrożeń wynikających z rozwoju socjotechnicznego społeczeństwa.

Dzięki systemowemu podejściu do ochrony danych osobowych „jednostki – pacjenta” kształtująca się coraz wyraźniej perspektywa rozwoju usług medycznych on-line wpisana jest w przestrzeń wymagań prawnych dających możliwości stosowania środków zabezpieczania komplementarnych do elementów kultury organizacyjnej podmiotów zobowiązanych przy jednoczesnym zachowaniu wysokiego poziomu zabezpieczania na podstawie wymagań prawnych kształtujących jego poziom minimalny.

Czy pytania dotyczące metanoi doświadczanej przez najwyższe kierownictwo, rewizji paradygmatu techniczno – prawnego stawiane w kontekście przyjętego i doskonalonego⁵⁴ przez

ustawy o diagnostyce laboratoryjnej (Dz.U. 2001.100.1083 ze zm.).

⁵² Np. trening dyscyplin zarządzania, które P. Senge opisał w swojej książce „Pięta dyscyplina”.

⁵³ Patrz art. 49 ust.10 ustawy o ochronie informacji niejawnej (Dz.U.2010.182.1228); § 5 ust. 2 pkt. 1 projektu Rozporządzenia ws. podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego projektowanego na podstawie delegacji art. 49 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych; załączniku nr 6 § 3 ust. 4 Rozporządzenia w sprawie instrukcji kancelaryjnej, jednolitych rzeczowych wykazów akt oraz instrukcji w sprawie organizacji i zakresu działania archiwów zakładowych (Dz.U. 2011.14.67).

⁵⁴ Rzecz w planowanych zmianach np. dotyczących Systemu Informacji Medycznej.

⁴⁸ Mając na uwadze wymagania prawne i regulowany na ich podstawie dostęp do określonych grup informacji posiadających różny stopień sensytywności.

⁴⁹ Działania korygujące lub zapobiegawcze związane odpowiednio z eliminacją przyczyn incydentu lub potencjalnej przyczyny incydentu.

⁵⁰ Patrz rozdział 3,5,7 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U.2009.52.417 ze zm.).

⁵¹ Np. art. 40 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 2002.21.204 ze zm.), art. 21 ustawy o zawodzie pielęgniarki i położnej (Dz.U. 2009.151.1217 ze zm.), art. 29

prawodawcę modelu systemowej ochrony danych pozwolą na uzyskanie jednoznacznych odpowiedzi potwierdzających jego skuteczność?⁵⁵ Można sądzić, że tak, ale w odpowiedniej perspektywie czasowej, pozwalającej na zgromadzenie odpowiednich zasobów finansowych i ludzkich.

Należy jednak pamiętać, iż przyjęte rozwiązania międzynarodowych standardów związanych z zarządzaniem oprócz faktu, iż są elementem obowiązującego porządku prawnego są narzędziem, którego stosowanie należy ciągle doskonalić przyjmując ducha kaizen⁵⁶.

⁵⁵ W odniesieniu do ochrony danych osobowych pacjentów lub innych informacji prawnie chronionych.

⁵⁶ „Kai” - zmiana, „zen” - dobry, czyli ciągłe doskonalenie) - filozoficzne podejście do zarządzania wywodzące się z japońskiej kultury i praktyki zarządzania. Filarem tego nurtu filozoficznego w zarządzaniu jest założenie, że jakość sprowadza się do stylu życia - niekończącego się procesu ulepszania realizowanego w oparciu o włączenie procesu myślowego na każdym etapie produkcji. Założenie to jest odpowiedzią na zautomatyzowane tradycyjne podejście do produkcji masowej, które eliminuje potrzebę świadomej oceny wykonywanego zadania. Kwestie zarządzania zasobami niezbędnymi do realizacji przyjętego modelu zarządzania ochroną informacji (mając na uwadze realia ekonomiczne) należy w ocenie autora opracowania podporządkować trzem z 10 głównych zasad kaizen: „Wymówki, że czegoś się nie da zrobić, są zbędne.”, „Wybieraj proste rozwiązania, nie czekając na te idealne.”, „Użyj sprytu zamiast pieniędzy.”