

**P
ME**

2/2015

PRAWO

Mediów

Elektronicznych

Problem prawa właściwego oraz sądów właściwych
w zakresie umów dotyczących treści cyfrowych
dystrybuowanych on-line

Dariusz Szostek, Marek Świerczyński

Ograniczone kompetencje krajowych organów
regulacyjnych w obszarze świadczenia usług łączności
elektronicznej

Robert Stefanicki

The influence of the processes of informatization on the
principles of civil procedure

Julia A. Kondyurina

Przejście ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia
rzeczy w umowach konsumenckich po implementacji
dyrektywy w sprawie praw konsumentów

Marcin Podleś

Praktyczne aspekty prowadzenia komorniczej licytacji
elektronicznej na Węgrzech

Aleksandra Klich

Przygotowanie do wykonywania zawodu prawnika
w świecie z informatyzowanego wymiaru sprawiedliwości
– rozważania na tle działalności europejskich klinik prawa

Katarzyna Julia Furman

RADA PROGRAMOWA:

dr Wojciech Wiewiórowski

dr Grzegorz Sibiga

adv. Xawery Konarski

prof. Włodzimierz Gromski

prof. Krzysztof Wójtowicz

prof. Grażyna Szpor

prof. Ryszard Jaworski

adv. Rafał Dębowski

r.pr. Włodzimierz Chróścik

SNSA Jacek Czaja

prof. Andeas Wiebe

www.ksiegarnia.beck.pl

ISSN 2082-100X



Cena 59 zł (w tym 5% VAT)



Redakcja Półrocznika Naukowego Prawo Mediów Elektronicznych

Redaktor naczelny: prof. dr hab. *Jacek Gołaczyński*, UWr
Sekretarz redakcji dr hab. prof. nadzw. UOp *Dariusz Szostek*
Członek redakcji dr hab. prof. nadzw. UOp *Piotr Stec*

Rada programowa:

dr *Wojciech Wiewiórowski*, UG
dr *Grzegorz Sibiga*, INP PAN
adv. *Xawery Konarski*
dr hab. prof. nadzw. UWr *Włodzimierz Gromski* (przewodniczący)
prof. dr hab. *Krzysztof Wójtowicz*, UWr
dr hab. prof. nadzw. UKSW *Grażyna Szpor*
prof. dr hab. *Ryszard Jaworski*, UWr
adv. *Rafał Dębowski*
r.pr. *Włodzimierz Chróścik*
sędzia *Jacek Czaja*, NSA
prof. dr *Andreas Wiebe*, University of Goettingen

Recenzenci:

dr hab. *Marek Świerczyński*, UKSW
dr hab. prof. nadzw. *Kinga Flaga-Gieruszyńska*, USZ
prof. dr hab. *Jacek Górecki*, UŚ w Katowicach
dr hab. prof. nadzw. UMK *Andrzej Adamski*
dr hab. prof. *Uł. Sławomir Cieślak*
prof. *Richard Warner* Ph.D, Chicago – Kent College of Law
dr hab. prof. nadzw. UJ *Ryszard Markiewicz*
prof. em. dr *Wolfgang Kilian*, University of Hannover
dr hab. prof. nadz. UŚ *Kazimierz Zgryzek*

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: golaczy@prawo.uni.wroc.pl

Szanowni Państwo,

z przyjemnością przedstawiam Państwu drugi w 2015 r. numer półrocznika naukowego Prawo Mediów Elektronicznych. Poprzedni numer i ten zostały poświęcone zagadnieniom prawnym, mającym związek z nowymi technologiami.

W bieżącym wydaniu publikujemy artykuły dotyczące między innymi: czynów nieuczciwej konkurencji w Internecie, obowiązku poszanowania uczuć religijnych w ustawie o radiofonii i telewizji, ograniczeń kompetencji organów regulacyjnych, licytacji elektronicznej ruchomości, prawa do prywatności w Internecie, prawa właściwego i jurysdykcji w zakresie umów o dostarczenie treści cyfrowych, prawa konsumenckiego.

Zachęcam do lektury,

prof. dr hab. *Jacek Gołaczyński*
(redaktor naczelny)

Spis treści

Problem prawa właściwego oraz sądów właściwych w zakresie umów dotyczących treści cyfrowych dystrybuowanych on-line dr hab. <i>Dariusz Szostek</i> , dr hab. <i>Marek Świerczyński</i>	3
Ograniczone kompetencje krajowych organów regulacyjnych w obszarze świadczenia usług łączności elektronicznej prof. dr hab. <i>Robert Stefanicki</i>	14
The influence of the processes of informatization on the principles of civil procedure <i>Julia A. Kondyurina</i>	20
Przejście ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy w umowach konsumenckich po implementacji dyrektywy w sprawie praw konsumentów dr <i>Marcin Podleś</i>	26
Praktyczne aspekty prowadzenia komorniczej licytacji elektronicznej na Węgrzech dr <i>Aleksandra Klich</i>	31
Przygotowanie do wykonywania zawodu prawnika w świecie z informatyzowanego wymiaru sprawiedliwości – rozważania na tle działalności europejskich klinik prawa dr <i>Katarzyna Julia Furman</i>	37
Obowiązek poszanowania przekonań religijnych w ustawie o radiofonii i telewizji dr <i>Ewa Galewska</i>	41
Czyny nieuczciwej konkurencji w Internecie z wykorzystaniem słów kluczowych, czyli <i>meta-tagging</i> i <i>keyword-advertising</i> <i>Monika Szczotkowska</i>	47
Prawo do prywatności w dobie Internetu <i>Ewa Michałkiewicz</i> , <i>Ewa Milczarek</i>	53

Contents

Problems of the governing law and courts with jurisdiction within the area of contracts regarding digital content distributed online assistant professor <i>Dariusz Szostek</i> , assistant professor <i>Marek Świerczyński</i>	3
Limited competences of national regulation authorities in the area of perceived services of electronic communication professor <i>Robert Stefanicki</i>	14
The influence of the processes of informatization on the principles of civil procedure <i>Julia A. Kondyurina</i>	20
Risks of coincidental loss or damage of items in consumer contracts after the implementation of a directive in relation to consumer rights doctor <i>Marcin Podleś</i>	26
Practical aspects of conducting an electronic bailiff auction in Hungary doctor <i>Aleksandra Klich</i>	31
Preparation for becoming a lawyer in a world of computerized justice – a view set in the context of European law schools doctor <i>Katarzyna Julia Furman</i>	37
Obligation of respecting religious beliefs in radio broadcasting and television act doctor <i>Ewa Galewska</i>	41
Acts of unfair competition on the Internet with the use of keywords, i.e. <i>meta-tagging</i> and <i>keyword-advertising</i> <i>Monika Szczotkowska</i>	47
Right for privacy in the era of the Internet <i>Ewa Michałkiewicz</i> , <i>Ewa Milczarek</i>	53



Problem prawa właściwego oraz sądów właściwych w zakresie umów dotyczących treści cyfrowych dystrybuowanych on-line¹

dr hab. Dariusz Szostek²,
dr hab. Marek Świerczyński³

W niniejszym opracowaniu autorzy, w związku rosnącym znaczeniem czynności prawnych dokonywanych w świecie wirtualnym, zwracają uwagę na coraz częściej zgłaszaną potrzebę uznania Internetu za odrębne, niezależne od danego państwa terytorium. Omawiają zatem problemy związane z określaniem jurysdykcji oraz prawa właściwego przy umowach dotyczących treści cyfrowych dystrybuowanych on-line. Celem autorów jest m.in. analiza obowiązujących przepisów kolizyjnych w kontekście możliwości spełnienia w odniesieniu do międzynarodowych umów o treści cyfrowe takich zasad prawa prywatnego międzynarodowego, jak zasada najściślejszego związku prawa wskazanego przez normy kolizyjne, pewności prawa, a także ochrony słabszej strony umowy, tj. konsumenta – użytkownika treści cyfrowych.

Uwagi wstępne

Internet, jak żadne dotychczas inne medium, wpłynął na zmiany funkcjonowania społeczeństw na świecie. Znacznie zmienił życie codzienne, sposób komunikowania się, ale także umożliwił wytworzenie odrębnych (nowych – dotychczas nieistniejących) dóbr, i to zarówno mających swoje odpowiedniki w świecie realnym, jak i niemających takich. W ostatnich latach intensywnie rozwinął się tzw. wirtualny świat⁴, kreowany w znacznej mierze przez konsumentów, a dobra w nich wytwarzane coraz częściej podlegają obrotowi prawnemu w „świecie rzeczywistym”⁵. „Wirtualny świat” wymyka się spod dotychczasowych pojęć i wymusza ich redefinicję. Dotychczasowe regulacje prawne opierały się i w dalszym ciągu opierają się na koncepcjach powiązania prawa z konkretnym terytorium (państwem)⁶. Wiele czynności prawnych jest dokonywanych jednak wyłącznie w Internecie, w „oderwaniu od terytorium”. Coraz częściej są podnoszone głosy o konieczności stworzenia regulacji odnoszącej się wyłącznie do Internetu, i to niezależnie od terytorium państw⁷. Przykładami takich rozwiązań jest koncepcja autonomicznego prawa cyberprzestrzeni⁸, koncepcja cyberprzestrzeni jako czwartej przestrzeni międzynarodowej⁹, a także koncepcja utworzenia międzynarodowych konwencji dotyczących Internetu. W UE dostrzeżono ten problem, definiując go jako jedną z barier rozwoju rynku cyfrowego w zjednoczonej Europie. Aby temu zaradzić, przygotowano projekt rozporządzenia¹⁰ Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży¹¹, który jako tzw. instrument opcjonalny (a więc na podstawie wyboru dokonanego przez strony¹²) ma stanowić jednolite prawo dla umów zawieranych na odległość dotyczących sprzedaży towarów i treści cyfrowych oraz usług powiązanych ze sprzedanymi towarami lub treściami cyfrowymi¹³. W projekcie w sposób jednolity na równi ze sprzedażą towaru uregulowano prob-

lematykę sprzedaży tzw. kontentu cyfrowego¹⁴, który został zdefiniowany jako treści cyfrowe.

Pojęcie to zostało wprowadzone poprzez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającą dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europej-

¹ Reprint niniejszego artykułu ukaże się także w elektronicznej monografii pokonferencyjnej: K. Flaga-Gieruszyńska (red.), Konsument w świecie cyfrowym.

² Autor jest profesorem Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

³ Autor profesorem Uniwersytetu Opolskiego.

⁴ K. Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), Prawo w wirtualnych światach, Warszawa 2013, s. 7 i nast.

⁵ J. Rekiel, M. Zarski, Obrót wirtualnymi przedmiotami MMORPG, Sweatshop, gold farming i real money trading, [w:] K. Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), Prawo w wirtualnych światach, Warszawa 2013, s. 120 i nast.

⁶ Szerzej na temat pojęcia jurysdykcji w kontekście Internetu zob. J. Kulesza, Międzynarodowe prawo Internetu, Poznań 2010, s. 23 i nast.

⁷ Por. K. Kowalik-Bańczyk, Sposoby regulacji handlu elektronicznego w prawie wspólnotowym i międzynarodowym, Warszawa 2006, s. 55 i nast.

⁸ Szerzej J. Kulesza, Międzynarodowe..., s. 191 i cytowana tam literatura.

⁹ Ibidem, s. 299

¹⁰ Szerzej na temat projektu P. Rodziejewicz, Jednolite przepisy dotyczące umowy o dostarczanie treści cyfrowych zawarte w projekcie tzw. instrumentu opcjonalnego a konieczność ustalenia statutu pomocniczego, [w:] E. Galewska, S. Kotecka (red.), Księga pamiątkowa z okazji dziesięciolecia Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej, Wrocław 2012, s. 347; A. Majchrowska, Odpowiedzialność usługodawcy z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną – problem znalezienia norm prawnych stanowiących podstawę do wyznaczenia jej podstaw i zakresu, [w:] E. Galewska, S. Kotecka (red.), Księga pamiątkowa z okazji dziesięciolecia Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej, Wrocław 2012, s. 292.

¹¹ KOM(2011) 635, 2011/0284 (COD).

¹² Początkowo rozporządzenie miało dotyczyć wyłącznie umów pomiędzy przedsiębiorcami i konsumentami, następnie zostało rozszerzone na obrót B2B w zakresie małych i średnich przedsiębiorców.

¹³ O tym, jak kształtowały się koncepcje ujednolicenia systemu ochrony konsumenta, pisze M. Jagielska, Ewolucja ochrony konsumenta w prawie kolizyjnym Unii Europejskiej w zakresie zobowiązań umownych, Warszawa 2010, s. 1 i nast.

¹⁴ Por. D. Szostek, [w:] P. Stec, M. Załucki (red.), Quo Vadis? Pięćdziesiąt lat kodeksu cywilnego, Warszawa 2014, s. 19 i nast.

skiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady¹⁵ i implementowane do polskiego prawa w ustawie z 30.5.2014 r. o prawach konsumenta¹⁶. Stanowi ważną zmianę, nie tylko zresztą dla prawa prywatnego, poprzez literalne wyodrębnienie trzeciego rodzaju dobra (obok rzeczy i usług) podlegającego obrotowi gospodarczemu¹⁷.

Treści cyfrowe – pojęcie

Jak wynika z art. 2 pkt 5 PrKonsU, treści cyfrowe oznaczają dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej. W preambule dyrektywy 2011/83/UE (motyw Nr 19) definicja ta została szerzej omówiona. Są to dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej, takie jak programy komputerowe, aplikacje, gry (z wyłączeniem gier hazardowych), muzyka, nagrania wizualne lub teksty, bez względu na to, czy dostęp do nich osiąga się poprzez pobranie czy poprzez odbiór danych przesłanych strumieniowo, na trwałym nośniku czy przy użyciu jakichkolwiek innych środków. Warto podnieść, że trwały nośnik został zdefiniowany nie tak jak dotychczas, tj. jako trwałe narzędzie, ale także jako poczta elektroniczna¹⁸.

Treści cyfrowe mogą być dystrybuowane na trwałym nośniku materialnym i można je wtedy uznać za towar, ale także przez pocztę elektroniczną bądź, co stanowi obecnie regułę, po prostu być udostępniane on-line, np. w ramach streamingu. Warto zwrócić uwagę na preambułę dyrektywy 2011/83/UE, która wskazuje, że treścią cyfrową są dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej, takie jak: programy komputerowe, aplikacje, gry (z wyłączeniem gier hazardowych), muzyka, nagrania audialne, wizualne, teksty, bez względu na to, czy dostęp do nich osiąga się poprzez pobieranie czy odbiór danych przesyłanych strumieniowo, na trwałym nośniku lub przy użyciu innych środków. Aby dane mogły zostać uznane za treści cyfrowe, muszą zostać zarówno wytworzone, jak i dostarczone w postaci cyfrowej¹⁹, a sposób ich dostarczenia nie ma przy tym znaczenia. Jest to istotne w ujęciu określenia prawa właściwego oraz jurysdykcji krajowej odnośnie do spraw dotyczących treści cyfrowych. Należy bowiem odróżnić umowy dotyczące treści cyfrowych dystrybuowanych na materialnym nośniku, w przypadku których należy stosować normy kolizyjne dotyczące sprzedaży rzeczy oraz dystrybuowanych on-line bez nośnika, w przypadku których pojawiają się wątpliwości dotyczące ustalenia właściwych reguł kolizyjnych. Sytuację dodatkowo komplikuje fakt, że na potrzeby konsumenckiego prawa materialnego przyjęto (zob. dyrektywa 2011/83/UE i jej implementacje), że umowy dotyczące treści cyfrowych nie są ani umową sprzedaży, ani umową o świadczenie usług, lecz stanowią odrębny, nienazwany typ umów. Analizy wymaga, czy wyróżnienie to ma znaczenie również dla norm kolizyjnych, które mają przecież charakter autonomiczny.

W związku z tym, że w przypadku umów dotyczących treści cyfrowych powiązanych z materialnym nośnikiem nie powinny powstawać większe problemy przy określeniu jurysdykcji oraz prawa właściwego, w niniejszej pracy ograniczono się do rozważań dotyczących umów dotyczących treści cyfrowych dystrybuowanych on-line bez materialnego nośnika (tzw. umowy o treści cyfrowe). Przykładem wypowiedzi doktryny odnośnie do aktualnie zdefiniowanych „treści cyfrowych” może być stanowisko *M. Pazdana*²⁰, który twierdzi, że „sprzedaż materialnych nośników wiedzy lub myśli naukowo-technicznej, a więc przedmiotów, w których ucieleśniona jest wiedza lub rozwiązania naukowo-techniczne, podlega konwencji (...). Niektórzy autorzy dodają jednak, iż może to dotyczyć jedynie programów ucieleśnionych w materialnym substracie (co wyłączałoby programy udostępniane drogą elektroniczną)²¹”. Podział ten, mimo kilkunastoletniego upływu czasu od jego dokonania, odpowiada podziałowi na treści cyfrowe dystrybuowane na nośniku i on-line²².

Niezbędna jest również analiza obowiązujących przepisów kolizyjnych w kontekście możliwości spełnienia w odniesieniu do międzynarodowych umów o treści cyfrowe takich zasad prawa prywatnego międzynarodowego, jak zasada najściślejszego związku prawa wskazanego przez normy kolizyjne, pewności prawa, a także ochrony słabszej strony umowy, tj. konsumenta – użytkownika treści cyfrowych²³.

¹⁵ Dz.Urz. UE L Nr 304, s. 64; dalej jako: dyrektywa 2011/83/UE.

¹⁶ Dz.U. poz. 827; dalej jako: PrKonsU.

¹⁷ Od lat sugerowano konieczność wyodrębnienia treści cyfrowych jako odrębnego dobra m.in. odnośnie do eBooków, jednakże dokonano tego dopiero w dyrektywie 2011/83/UE, i to tylko fragmentarycznie i tylko w zakresie obrotu konsumenckiego, co implikuje wiele dalszych problemów prawnych. Zagadnienie to jednakże znacznie wychodzi poza zakres niniejszej publikacji.

¹⁸ *B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek* (red.), Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz, Warszawa 2014, s. 7 i nast.

¹⁹ Szerzej na temat pojęcia treści cyfrowych: *B. Kaczmarek-Templin, D. Szostek*, [w:] *B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek* (red.), Ustawa..., s. 12 i nast.; *D. Szostek*, Problem treści cyfrowych w obrocie konsumenckim, MoP 2014, Nr 24, s. 1289; *B. Kaczmarek-Templin*, Specyfika umów o dostarczanie treści cyfrowych w świetle ustawy o prawach konsumenta, [w:] *D. Karczewska, M. Namysłowska, T. Skoczny* (red.), Ustawa o prawach konsumenta, Warszawa 2015, s. 94.

²⁰ Por. *M. Pazdan*, [w:] *M. Pazdan* (red.), Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, Kraków 2001, s. 45 i nast.

²¹ Wypowiedź ta dotyczy Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów sporządzonej w Wiedniu w 1980 r. Miała ona zarówno pierwszeństwo odnośnie do poprzedniego polskiego prawa prywatnego międzynarodowego (z 1965 r.) – to samo można powiedzieć o jej stosunku do rozporządzenia Rzym I, chociaż jej zakres nie obejmuje umów w ramach sprzedaży konsumenckiej, obrazuje jednakże koncepcję związaną z poszukiwaniem prawa właściwego odnośnie do treści cyfrowych inkorporowanych w nośniku materialnym. Por. *M.A. Zachariasiewicz*, [w:] *Z. Radwański* (red.), System Prawa Prywatnego, *M. Pazdan* (red. tomu), Prawo Prywatne Międzynarodowe, t. 20B, Warszawa 2015, s. 96.

²² Por. *D. Szostek*, Czynność prawna a środki komunikacji elektronicznej, Kraków 2004, s. 186; *W.J. Kocot*, Zawieranie umów sprzedaży według Konwencji Wiedeńskiej, Warszawa 1998, s. 15; *M. Jagielska*, Odpowiedzialność za produkt, Kraków 1999, s. 139

²³ Por. *M. Czepelak*, Kolizyjnoprawna autonomia woli pięćdziesiąt lat po wydaniu monografii Józefa Skąpskiego, KPP 2014, z. 4, s. 889.

Na potrzebę osiągnięcia kompromisu między przewidywalnością a elastycznością wskazywał T. Pajor²⁴.

Jurysdykcja krajowa w zakresie umów o treści cyfrowe dystrybuowane on-line

Kluczowym aktem prawnym w zakresie jurysdykcji krajowej jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1215/2012 z 12.12.2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Bruksela I bis)²⁵. Stosuje się je od 10.1.2015 r. W rozporządzeniu brak jest przepisów dotyczących treści cyfrowych. Nie nasuwa zastrzeżeń możliwość zastosowania do sporów związanych z umowami dotyczącymi treści cyfrowych przepisów określających jurysdykcję ogólną (art. 4 ust. 1) oraz dotyczących umów konsumenckich (art. 17–19) ze względu na wykorzystanie w nich łączników personalnych. Chodzi o miejsce zamieszkania pozwanego w państwie członkowskim UE w zakresie jurysdykcji ogólnej oraz miejsca zamieszkania konsumenta lub jego kontrahenta (przedsiębiorcy), gdy chodzi o umowy konsumenckie. Trudności mogą się jednak pojawić, gdy powstanie potrzeba zastosowania innych podstaw jurysdykcyjnych, co omawiamy szczegółowo poniżej. Analizę rozpoczynamy od tych podstaw jurysdykcyjnych, których zastosowanie budzi najmniej wątpliwości.

1. Jurysdykcja ogólna

Łącznikiem, który pełni podstawową funkcję w rozporządzeniu Bruksela I bis w zakresie ustalenia jurysdykcji, jest miejsce zamieszkania pozwanego w państwie członkowskim UE (reguła *actor sequitur forum rei*)²⁶. Brak jest autonomicznej definicji pojęcia „miejsce zamieszkania osoby fizycznej”²⁷. W art. 62 rozporządzenia Bruksela I bis wyjaśniono jednak, że „w celu ustalenia, czy strona ma miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego, którego sądy rozpoznają sprawę, sąd stosuje swoje prawo, a zatem własną definicję pojęcia. Jeżeli strona nie ma miejsca zamieszkania w państwie członkowskim, którego sądy rozpoznają sprawę, sąd w celu ustalenia, czy strona ma miejsce zamieszkania w innym państwie, stosuje prawo tego państwa”. Z kolei art. 63 rozporządzenia Bruksela I bis określa pojęcie siedziby osoby prawnej jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej. I tak, „dla celów rozporządzenia spółka, osoba prawna lub ich związek ma siedzibę tam, gdzie znajduje się: a) siedziba statutowa, b) centralny zarząd, c) główne miejsce prowadzenia działalności”. Zastosowanie powyższych reguł w odniesieniu do sporów związanych z umowami o treści cyfrowe nie nasuwa wątpliwości.

2. Klauzule prorogacyjne w umowach o treści cyfrowe

W umowach dotyczących treści cyfrowych można zawrzeć klauzule prorogacyjne, czyli umowy dotyczące jurysdykcji (art. 25 rozporządzenia Bruksela I bis). Strony niezależnie od swojego miejsca zamieszkania mogą zawrzeć umowę jurysdykcyjną ustanawiającą właściwość sądów określonego państwa członkowskiego. Brak jest wymogu, aby co najmniej jedna ze stron miała miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego UE²⁸. Przepisy rozporządzenia ustanawiają wymogi dotyczące formy umowy jurysdykcyjnej. Przewidziano cztery rozwiązania, w tym formę pisemną, przy czym wystarczy spełnienie jednego, aby umowa o jurysdykcję krajową została skutecznie zawarta. W odniesieniu do umów dotyczących treści cyfrowych znaczenie ma zrównanie z formą pisemną przekazów elektronicznych umożliwiających trwały zapis umowy. Zawarcie umowy prorogacyjnej jest więc możliwe on-line, o ile tylko powstały w ten sposób dokument elektroniczny będzie można utrwalić²⁹. Również potwierdzenie umowy zawartej ustnie może nastąpić drogą elektroniczną, tj. za pomocą środków porozumiewania się na odległość umożliwiających trwały zapis umowy. Ze sprawozdania objaśniającego sporządzonego przez profesora F. Pocara dotyczącego drugiej konwencji lugańskiej, tj. konwencji o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, podpisanej w Lugano 30.10.2007 r.³⁰, wynika jednoznacznie, że testem na to, czy zawarty w omawianym przepisie wymóg formalny został spełniony, jest „sprawdzenie, czy możliwy jest trwały zapis przekazu elektronicznego przez jego wydrukowanie, zapisanie go na taśmie lub dysku lub zachowanie w inny sposób” i że ma to miejsce, „nawet jeżeli w rzeczywistości nie dokonano takiego trwałego zapisu”, co oznacza, że „zapis nie jest wymagany jako warunek formalnej ważności lub istnienia klauzuli”.

W tym miejscu przywołać należy wyrok TSUE z 21.5.2015 r.³¹, które jest aktualny na tle rozporządzenia Bruksela I bis oraz znajduje zastosowanie do umów o treści cyfrowe. Wynika z niego, że w przypadku umowy sprzedaży zawartej drogą elektroniczną, która zawiera klauzulę proro-

²⁴ T. Pajor, Nowe tendencje w części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego państw europejskich, PPHZ 1995, t. 18, s. 65.

²⁵ O.J. L Nr 351, s. 1; dalej jako: rozporządzenie Bruksela I bis. J. Gołaczyński, Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2015, s. 76 i nast.

²⁶ C. Smorszczewski, Jurysdykcja krajowa, s. 656; J. Gołaczyński, Komentarz do rozporządzenia Bruksela I bis, Warszawa 2015, s. X.

²⁷ J. Gołaczyński, Prawo prywatne..., s. 77–78.

²⁸ P. Rogerson, Conflict of Laws, Cambridge 2013, s. 138.

²⁹ Por. J. Gołaczyński, Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i handlowych w Unii Europejskiej, Warszawa 2007, s. 51.

³⁰ Dz.Urz. UE C z 2009 r. Nr 319, s. 1.

³¹ C 322/14, Jaouad El Majdoub v. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH, www.eur-lex.europa.eu.

gacyjną, technika akceptacji ogólnych warunków tej umowy przez kliknięcie (tzw. *click wrapping*) stanowi przekaz elektroniczny umożliwiający trwały zapis tej umowy w rozumieniu rozporządzenia, jeżeli technika ta stwarza możliwość wydrukowania i zapisania tekstu przedmiotowych warunków ogólnych przed zawarciem umowy.

Trybunał rozstrzygnął, że technika akceptacji przez kliknięcie stwarza możliwość wydrukowania i zapisania tekstu przedmiotowych warunków ogólnych przed zawarciem umowy. W związku z tym okoliczność, że strona internetowa zawierająca te warunki ogólne nie otwiera się automatycznie przy rejestracji na stronie internetowej ani przy okazji poszczególnych transakcji sprzedaży, nie może podważać ważności umowy jurysdykcyjnej.

3. Ochrona konsumenta treści cyfrowych

Celem regulacji jurysdykcyjnej poświęconej umowom konsumenckim jest ochrona słabszej strony umowy, jaką jest konsument³². W rozumieniu rozporządzenia Bruksela I bis jest nim osoba zawierająca umowę w celu, który nie może być uważany za jej działalność zawodową lub gospodarczą (art. 17). W świetle orzecznictwa Trybunału pojęcie konsumenta należy rozumieć szeroko³³.

Umowy konsumenckie według rozporządzenia Bruksela I bis to umowy, których przedmiotem jest:

- 1) sprzedaż na raty rzeczy ruchomych lub
- 2) pożyczka spłacana ratami lub inne umowy kredytowe, które są przeznaczone do sfinansowania zakupu rzeczy tego rodzaju, a także
- 3) wszystkie inne przypadki, gdy drugą stroną umowy w państwie członkowskim, na terytorium którego konsument ma miejsce zamieszkania, prowadzi działalność zawodową lub gospodarczą lub taką działalnością w jakikolwiek sposób kieruje do tego państwa członkowskiego lub do kilku państw włącznie z tym państwem członkowskim, a umowa wchodzi w zakres tej działalności.

To właśnie ta ostatnia kategoria może dotyczyć umów o treści cyfrowe. Przyjęty w rozporządzeniu mechanizm działalności wykonywanej lub skierowanej do państwa członkowskiego pozwala uwzględnić umowy o treści cyfrowe zawierane przy pomocy urządzeń dostępnych w państwie, gdzie znajduje się miejsce zamieszkania konsumenta.

W razie spełnienia powyższych warunków konsument może wytoczyć powództwo przeciwko swemu kontrahentowi według własnego wyboru przed sądami państwa członkowskiego, na którego terytorium kontrahent ma swoją siedzibę lub miejsce zamieszkania, albo też przed sądami miejsca, na którego terytorium konsument ma miejsce zamieszkania (w chwili wszczęcia postępowania) – art. 18 ust. 1 i 2 rozporządzenia Bruksela I bis. Warto ponadto zaznaczyć, że w sytuacji zawarcia umowy o treści cyfrowe przez kon-

sumenta z kontrahentem, który nie ma miejsca zamieszkania na terytorium danego państwa członkowskiego, ale ma filię, agencję lub inny oddział w państwie członkowskim, przyjmuje się, że kontrahent ma miejsce zamieszkania w tym państwie członkowskim (art. 17 ust. 3 rozporządzenia Bruksela I bis).

Kontrahent konsumenta może go natomiast pozwać tylko przed sądami państwa członkowskiego, na którego terytorium konsument ma miejsce zamieszkania (z wyjątkiem powództwa wzajemnego, które można wytoczyć przed sądem, przed którym toczy się główne postępowanie) – art. 18 ust. 3 rozporządzenia Bruksela I bis. Mamy tu do czynienia z asymetrycznym systemem jurysdykcyjnym.

Ograniczona została możliwość zawarcia umowy o jurysdykcję z uwagi na potrzebę ochrony konsumenta jako słabszej strony umowy. Umowa o jurysdykcję będzie dopuszczalna tylko wtedy, gdy została zawarta po powstaniu sporu albo przyznaje konsumentowi uprawnienie do wytaczania powództwa przed sądami innymi niż wymienione w ochronnych przepisach jurysdykcyjnych. Ponadto chodzi o sytuację, gdy umowa została zawarta między konsumentem a jego kontrahentem, którzy w chwili zawarcia umowy mają miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu w tym samym państwie członkowskim, a umowa ta uzasadnia jurysdykcję sądów tego państwa członkowskiego, chyba że taka umowa nie jest dopuszczalna według prawa tego państwa członkowskiego.

Warto wspomnieć o potencjalnym znaczeniu dla ustalenia jurysdykcji krajowej w przypadku umów o treści cyfrowe wyroku SN z 16.9.2014 r. w sprawie UEFA³⁴. Wynikać może z niego błędny wniosek o uznaniu *a priori* za abuzywne klauzul prorogacyjnych przewidujących właściwość obcych sądów, które zawarte są w regulaminach internetowych (wzorcach umów). Zdaniem autorów niniejszego opracowania w ww. wyroku przyjęto zbyt szeroki zakres ochrony konsumenta internetowego. Naszym zdaniem przepisy powinny chronić jedynie tzw. konsumenta „pasywnego”, odmawiając jednak ochrony konsumentowi „aktywnemu”. Ograniczenie wyboru sądów w umowach o treści cyfrowe można uzasadnić na korzyść konsumenta tylko dlatego, że zachowuje on się „biernie”, działając w zaufaniu do swego własnego społecznego i prawnego otoczenia. Jeżeli nie ma on świadomości „zagranicznego charakteru” kontrahenta, np. w związku z tym, że nakierowana na niego oferta została sporządzona w języku konsumenta (np. treści cyfrowe w języku polskim znajdujące się na AppStore), powinien podlegać ochronie jak „bierny” konsument. Ochrony nie wymaga „czynny” konsument, który z własnej inicjatywy zamawia treści cyfrowe od dostawcy z siedzibą za granicą, mając świadomość, że jest to podmiot

³² J. Gołaczyński, Prawo prywatne..., s. 81–82.

³³ Por. wyr. TS z 20.1.2005 r., C-464/01, Gruber v. Bay Wa AG, Legalis.

³⁴ I CSK 555/13, OSG 2015, Nr 3, poz. 15.

zagraniczny mający siedzibę za granicą i niemający takiej w kraju zamieszkania konsumenta, gdyż nie powinien on oczekiwać, by w takiej sytuacji chroniły go własne sądy czy prawo państwa jego zwykłego miejsca pobytu.

4. Jurysdykcja szczególna w zakresie umów o treści cyfrowe

W art. 7 rozporządzenia Bruksela I bis zostały wskazane główne podstawy jurysdykcji szczególnej (przemiennej)³⁵. Uzupełniają one jurysdykcję ogólną opartą na łączniku miejsca zamieszkania³⁶. W ten sposób umożliwia się powodowi wybranie innego sądu niż wskazany według podstawowej reguły jurysdykcyjnej z art. 4 rozporządzenia Bruksela I bis.

Wprowadzenie dodatkowych powiązań jest uzasadnione ścisłym związkiem pomiędzy sądem a sporem prawnym lub w interesie prawidłowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Istnienie ścisłego związku ma zagwarantować pewność prawną oraz pozwolić na uniknięcie możliwości pozywania pozwanego przed sąd państwa członkowskiego, którego właściwości pozwany nie mógł rozsądnie przewidzieć.

W sprawach dotyczących umów powód może złożyć pozew do sądów państwa, w którym znajduje się miejsce wykonania danego zobowiązania (art. 7 pkt 1 rozporządzenia Bruksela I bis). Nie ulega wątpliwości, że przepis obejmuje umowy o treści cyfrowe. Warto zaznaczyć, że w celu ustalenia znaczenia pojęcia umowy o treści cyfrowe nie należy sięgać do prawa krajowego, np. będącego prawem właściwym dla zobowiązań wynikających z umowy, której dotyczy postępowanie³⁷. W doktrynie wskazano, że potrzeba jednolitego stosowania przepisów z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego wymusza wykładnię podyktowaną specyficznymi funkcjami tej regulacji, mimo że może ona prowadzić do wyników niełatwych do pogodzenia z rozumieniem danego pojęcia w poszczególnych krajach³⁸. Trybunał nadaje wyrażeniu umowy szerokie znaczenie³⁹. Elementem konstytutywnym umowy w rozumieniu komentowanego przepisu jest zobowiązanie zaciągnięte dobrowolnie przez jedną ze stron względem drugiej strony⁴⁰.

W art. 7 pkt 1a rozporządzenia Bruksela I bis został wykorzystany łącznik miejsca wykonania zobowiązania (*locus executionis*)⁴¹. Nie znajduje zastosowania łącznik miejsca powstania zobowiązania. Byłby on szczególnie problematyczny w przypadku umów o treści cyfrowe zawieranych za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Uzasadnieniem dla przyjęcia łącznika miejsca wykonania zobowiązania jest dążenie do poddania kwestii pojawiających się w związku z realizacją umowy sądowi miejsca najbliższej związanej z łączącym strony stosunkiem prawnym.

Na potrzeby dalszych rozważań warto już na wstępie zaznaczyć, że w przypadku wielości miejsc świadczenia usług w różnych państwach członkowskich, mając na względzie cele

bliskości i przewidywalności, należy określić miejsce, które zapewni najściślejszy związek pomiędzy umową a sądem właściwym, a w szczególności miejsce, gdzie zgodnie z umową ma nastąpić główne świadczenie.

W rozporządzeniu Bruksela I bis podjęto próbę zdefiniowania pojęcia miejsca wykonania zobowiązania. Podlega ono wykładni autonomicznej, niezależnie od stanowiska prawa danego państwa, np. obowiązującego w siedzibie sądu, czy prawa właściwego dla zobowiązań wynikających z umowy będącej przedmiotem postępowania. W przypadku umów sprzedaży rzeczy ruchomych miejscem wykonania zobowiązania jest miejsce w państwie członkowskim, w którym rzeczy te zgodnie z umową zostały albo miały zostać dostarczone (art. 7 pkt 1 lit. a). Gdy chodzi o świadczenie usług, jest nim miejsce w państwie członkowskim, w którym usługi zgodnie z umową były świadczone albo miały być świadczone (art. 7 pkt 1 lit. b). W przypadku pozostałych umów stosuje się regułę pierwszą (art. 7 pkt 1 lit. c). Strony mogą jednak ustalić w umowie inne miejsce wykonania umowy (art. 7 pkt 1 *in principe*), co skutkuje wyłączeniem powyższych reguł interpretacyjnych.

W wyroku TSUE z 25.2.2010 r. wyjaśniono, że w przypadku sprzedaży na odległość miejsce, do którego rzeczy te zostały dostarczone albo miały zostać dostarczone, należy określić na podstawie przepisów tej umowy. Jeśli nie jest możliwe określenie miejsca dostarczania na tej podstawie bez odnoszenia się do prawa materialnego mającego zastosowanie do umowy, miejscem tym jest miejsce faktycznego wydania rzeczy, w ramach którego kupujący uzyskuje lub powinien uzyskać uprawnienie do rzeczywistego rozporządzenia rzeczami w ostatecznym miejscu przeznaczenia transakcji sprzedaży (zob. pkt 46, 55–57, 60–62; pkt 2 sentencji)⁴². Naszym zdaniem nie jest zasadne uwzględnianie wniosków wynikających tego wyroku w odniesieniu do umów o treści

³⁵ J. Golaczyński, *Prawo prywatne...*, s. 78–80.

³⁶ Por. C. Smorszczewski, *Jurysdykcja krajowa w sprawach cywilnych i handlowych według konwencji brukselskiej i lugańskiej*, KPP 1997, z. 4, s. 648.

³⁷ Zob. wyroki TS: z 22.3.1983 r., 34/82, *Peters v. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, Legalis; z 8.3.1988 r., C-9/87, *Arcado v. Haviland*; z 17.6.1992 r., C-26/91, *Handte v. Soc. Traitements mécano-chimiques des Surfaces*, Legalis.

³⁸ K. Sznajder, *Pojęcie umowy i roszczenia wynikającego z umowy na tle regulacji europejskich dotyczących jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych*, KPP 2005, z. 2, s. 498 i nast.

³⁹ Por. wyrok TS z 22.3.1983 r., 34/82, *Peters v. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, Legalis.

⁴⁰ Zob. wyroki TS: z 27.10.1998 r., C-51/97, *Reunion europeenne SA and Others v. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV and the Master of the vessel Alblasgracht V002*, www.eur-lex.europa.eu; z 17.6.1992 r., C-26/91, *Handte v. Soc. Traitements mécano-chimiques des Surfaces*, Legalis.

⁴¹ A. Torbus, *Jurysdykcyjny łącznik forum executionis contractus w rozporządzeniu nr 44/2001, EPS 2008, Nr 7, s. 14–21.*

⁴² C-381/08, *Car Trim GmbH v. KeySafety Systems Srl*, www.eur-lex.europa.eu.

cyfrowe z powodów, które zostaną wyjaśnione w dalszej części niniejszego punktu opracowania.

Przez pojęcie „świadczenia usług”, o których mowa w rozporządzeniu Bruksela I bis, należy rozumieć między innymi takie umowy, jak umowa zlecenia czy umowa o dzieło⁴³. W świetle wyroku TSUE z 11.3.2010 r. wykładni należy dokonywać w ten sposób, że w przypadku świadczenia usług w kilku państwach członkowskich sądem właściwym do rozpoznania wszystkich roszczeń wynikających z umowy jest sąd, w którego obszarze właściwości znajduje się główne miejsce świadczenia usług⁴⁴.

W przypadku umów o treści cyfrowe ustalenie miejsca wykonania zobowiązania może być trudne⁴⁵ bądź wręcz niemożliwe. W szczególności wątpliwości dotyczy sytuacja, gdy dochodzi do kopiowania informacji z komputera na komputer⁴⁶. Dostarczanie treści cyfrowych, które nie są ani towarem, ani usługą w świetle nowych przepisów prawa materialnego, przy użyciu środków elektronicznych odbywać się wyłącznie on-line. Pojawia się zatem pytanie, czy miejsce wykonania zobowiązania znajduje się w państwie dostawcy (*provider*) tych treści (tam, skąd umieszcza on treści cyfrowe na swojej stronie internetowej), czy też w państwie nabywcy (do którego przesyłane są zamówione treści)? W dotychczasowych opracowaniach dotyczących umów elektronicznych⁴⁷ przyjmowano jako regułę, że za miejsce wykonania zobowiązania powinno zostać uznane miejsce działania dostawcy (*provider*), tj. miejsce, skąd zostały wprowadzone określone treści cyfrowe do sieci komputerowej. Przyjmowano także, że bez znaczenia dla ustalenia miejsca wykonania umowy jest lokalizacja urządzeń technicznych, np. serwerów.

Z wyroku TSUE z 9.6.2011 r. mogą jednak wynikać odmienne wnioski. Stwierdzono w nim, że w przypadku sprzedaży na odległość, miejsce, w którym towar został lub powinien zostać dostarczony zgodnie z umową, określa się na podstawie postanowienia umowy⁴⁸. W celu ustalenia, czy miejsce dostawy zostało określone „zgodnie z umową”, sąd krajowy powinien brać pod uwagę wszystkie istotne reguły i klauzule umowy, które mogą określić w sposób jednoznaczny to miejsce, w tym reguły i klauzule powszechnie uznane i potwierdzone zwyczajami handlu międzynarodowego. W braku możliwości określenia miejsca dostawy na tej podstawie, bez odwoływania się do przepisów materialnych znajdujących zastosowanie do umowy, miejscem dostawy jest miejsce faktycznego wydania towaru, w wyniku którego to wydania nabywca uzyskał lub powinien był uzyskać możliwość rzeczywistego dysponowania towarem w miejscu ostatecznego przeznaczenia transakcji sprzedaży (por. pkt 26; sentencja).

Zdaniem autorów niniejszego opracowania zasadne wydaje się przyjęcie, że art. 7 pkt 1b rozporządzenia Bruksela I bis nie należy stosować do umów dotyczących treści cyfrowych, a zamiast tego wykorzystać ogólny łącznika

miejsca wykonania zobowiązania (dostarczenia treści cyfrowych) na podstawie art. 7 pkt 1c tego aktu. Umożliwia on doprecyzowanie miejsca wykonania zobowiązania za pomocą kryteriów personalnych. Zależnie od okoliczności polegać to będzie na uwzględnieniu miejsca zamieszkania dostawcy (co mogłoby stanowić zasadę w szczególności w obrocie dwustronnie profesjonalnym) albo odbiorcy treści cyfrowych (co należałoby traktować jako wyjątek mający istotne zastosowanie w umowach z tzw. „aktywnymi” konsumentami, tam gdzie ochronna regulacja konsumencka nie znajdzie zastosowania).

Powyższą propozycję wykładni uzasadniamy tym, że należy uwzględnić potrzebę zapewnienia równości praw i obowiązków stronom toczących się postępowań w poszczególnych państwach. Przepisy powinny być interpretowane w sposób pozwalający normalnie poinformowanemu pozwanemu na rozsądne przewidzenie, w którym państwie może zostać wszczęte postępowanie w związku z określonym zdarzeniem. Identyfikacja jednego z łączników ma umożliwić ustalenie jurysdykcji sądu, który obiektywnie znajduje się w najlepszej sytuacji do dokonania oceny, czy spełnione są przesłanki powstania odpowiedzialności pozwanego. Powództwo może być prawidłowo wniesione tylko do sądu, w którego obszarze właściwości miejscowej mieści się właściwy łącznik⁴⁹.

Trybunał wielokrotnie podkreślał w swoich orzeczeniach, że wybór sądu dokonany przez powoda powinien bazować na istnieniu szczególnie ścisłego powiązania pomiędzy sporem i sądami innymi niż te sądy, którym jurysdykcja ogólna. Tylko takie powiązanie usprawiedliwia przyznanie im jurysdykcji ze względu na zasady pewności prawnej i efektywnego prowadzenia postępowania⁵⁰. Wyznacznikiem dla wyboru sądu nie może być zatem przeświadczenie powoda, że powinien to być jakikolwiek dogodny sąd. Również w piśmiennictwie zaznaczono potrzebę zawężającej wykładni komento-

⁴³ Por. K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania cywilnego, Warszawa 2007, komentarz do art. 5 rozporządzenia RE Nr 44/2001, s. 4110.

⁴⁴ C-19/09, Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v. Silva Trade SA, www.eur-lex.europa.eu.

⁴⁵ K. Weitz, Jurysdykcyjne aspekty umownych i deliktowych zobowiązań elektronicznych w świetle rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 – zagadnienia węzłowe, [w:] J. Golaczyński (red.), Kolidujące aspekty zobowiązań elektronicznych. Materiały z konferencji, Warszawa 2008, s. 278 i nast.

⁴⁶ M. Bogdan, Cross-Border Transactions on the Internet, [w:] Recht und Internet, Baden-Baden 2001, s. 61.

⁴⁷ Por. M. Świerczyński, Prawo Internetu, wyd. 1 i 2, Warszawa 2004 oraz Warszawa 2007.

⁴⁸ C-87/10, Electrosteel Europe SA v. Edil Centro SpA, www.eur-lex.europa.eu.

⁴⁹ Zob. wyroki TSUE: z 25.10.2012 r., C-133/11, Folien Fischer AG i Fofitec AG v. Ritrama SpA, www.eur-lex.europa.eu oraz z 16.5.2013 r., C-228/11, Melzer v. MF Global UK Ltd, www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁰ Zob. wyroki TS: z 17.1.1980 r., 56/79, Zelger v. Salintri, Legalis; z 27.10.1998 r., C-51/97, Reunion Europeenne S.A. i in. v. Spliethoff's Bevrachtingkantoor Bvand, Legalis.

wanych przepisów jako wyjątków od jurysdykcji ogólnej⁵¹. Wykładnia przepisów, „będąc w istocie interpretacją wyjątku od reguły, powinna się charakteryzować dużą starannością, precyzją i rozważą”, z trafnym jednak zaznaczeniem, iż „nie oznacza to, że może być ona dokonywana bezrefleksyjnie i automatycznie na zasadzie absolutnego rygoryzmu. Wykładnia taka powinna bowiem jednocześnie zapewniać skuteczność wprowadzonego wyjątku i w żadnym razie nie powinna prowadzić do naruszenia jego celu”⁵².

Na zakończenie trzeba zaznaczyć, że umowa przewidująca wyłączną jurysdykcję zawartą przez strony, która spełnia wymogi art. 25, wyłączy zastosowanie art. 7 rozporządzenia Bruksela I bis. Strony mają swobodę co do wyboru sądu właściwego, zatem nie musi to być wyłącznie sąd miejsca wykonania zobowiązania czy nawet sąd państwa pozostającego w jakimkolwiek związku z umową⁵³. Odmiernym przypadkiem wpływu woli stron na jurysdykcję krajową będzie natomiast, co już wcześniej zasygnalizowano, określenie w umowie miejsca wykonania zobowiązania. W świetle zastrzeżenia zawartego w art. 7 pkt 1 rozporządzenia Bruksela I bis sądowi temu będzie przysługiwać jurysdykcja, także gdy chodzi o umowy dotyczące treści cyfrowych. Istotne jest dokonanie w tym względzie prawidłowej interpretacji oświadczeń woli stron. Chodzi o ustalenie, czy strony zawarły umowę jurysdykcyjną, czy też jedynie zdefiniowały miejsce wykonania umowy o treści cyfrowe. W tym drugim przypadku miejsce to nie może być fikcyjne czy też pozbawione rzeczywistego związku z umową o treści cyfrowe⁵⁴.

Prawo właściwe dla umów o treści cyfrowe dystrybuowane on-line

Podstawowym źródłem prawa, gdy chodzi o ustalenie prawa właściwego dla umów o treści cyfrowe, jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 593/2008 z 17.6.2008 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)⁵⁵. Rozporządzenie to stosuje się od 17.12.2009 r. Brak jest w nim przepisów dotyczących treści cyfrowych.

Nie nasuwa zastrzeżeń stosowanie ogólnych zasad ustalania prawa właściwego, takich jak swoboda wyboru prawa (art. 3), gdzie wykorzystano łącznik subiektywny wyboru prawa właściwego oraz wykorzystania przepisów dotyczących umów konsumenckich (art. 6). Podobnie jak w przypadku jurysdykcji krajowej problem może powstać w zakresie kwalifikacji umów o treści cyfrowe do jednej z kategorii umów wyszczególnionych w art. 4 rozporządzenia Rzym I.

1. Umowy o treści cyfrowe w rozumieniu rozporządzenia Rzym I

Rozporządzenie Rzym I nie zawiera definicji pojęcia „zobowiązanie umowne”. W doktrynie przyjmuje się, że termin

ten należy wyklądać autonomicznie, poszukując samodzielnego, europejskiego znaczenia dla potrzeb art. 1 ust. 1 rozporządzenia Rzym I⁵⁶. Wyjaśnia się, że „we wszystkich państwach członkowskich, słowo umowa oznacza dobrowolne porozumienie będące źródłem zobowiązań, których wykonanie można egzekwować z pomocą przepisów prawa”⁵⁷. Z kolei na tle rozporządzenia Bruksela I bis i wyroków Trybunału, co można wykorzystać pomocniczo na potrzeby interpretacji rozporządzenia Rzym I, można przyjąć, że z zobowiązaniem umownym mamy do czynienia, jeżeli „strona dobrowolnie przyjmuje na siebie zobowiązanie względem drugiej strony”⁵⁸. W kontekście umów o treści cyfrowe trzeba podkreślić, że kluczową przesłanką zastosowania rozporządzenia Rzym I jest powiązanie zobowiązania umownego z prawem różnych państw. Dotyczy to także czysto krajowych stanów faktycznych pod warunkiem wystąpienia elementu, który wskazuje na powiązanie zobowiązania umownego z prawem innego państwa (np. wyboru prawa tego innego państwa w umowie o treści cyfrowe)⁵⁹. Przykład to zawarcie umowy o treści cyfrowe powiązanej wyłącznie z terytorium polskim przez dwóch Polaków, którzy jednak dokonali w tej umowie wyboru prawa obcego. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 3 ust. 3 rozporządzenia Rzym I, wybór prawa obcego nie narusza zastosowania polskich przepisów bezwzględnie wiążących (*ius cogens*), z którym stan faktyczny jest obiektywnie w całości powiązany⁶⁰. Jest to przejaw tzw. materialnoprawnego wskazania regulacji prawnej⁶¹.

⁵¹ A. Stadler, From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European law of civil procedure, CML Rev. 2005, Nr 6, s. 1637–1661.

⁵² A. Najberg-Idczak, Sąd właściwy w sprawach o naruszenie dóbr osobistych w Internecie – uwagi na tle prawa UE i orzecznictwa TS, EPS 2013, Nr 8, s. 24–28.

⁵³ Zob. wyrok TS z 17.1.1980 r., C-56/79, w *Zelger v. Salinitri*, Legalis.

⁵⁴ Zob. wyrok TS z 20.2.1997 r., C-106/95, *Mainschiffahrts – Genossenschaft Eg v. Les Gravières Rhénanes SARL*, Legalis.

⁵⁵ Dz.Urz. UE L Nr 177, s. 6; dalej jako: rozporządzenie Rzym I. Na temat znaczenia przepisów unijnych w omawianej dziedzinie zob. Por. M. Czepelak, Europeizacja międzynarodowego prawa zobowiązań umownych a prawo polskie, PiP 2009, Nr 6, s. 37–50.

⁵⁶ M. Zachariasiewicz, Ł. Żarnowiec, M.A. Zachariasiewicz, M. Kropka, M. Jagielska, Komentarz do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), Lex/el. 2013, komentarz do art. 1 ust. 1; por. na tle konwencji rzymskiej M. Wojewoda, Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych, Warszawa 2007, s. 65.

⁵⁷ R. Plender, M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, London 2009, s. 49.

⁵⁸ Zob. wyroki TS z: 17.6.1992 r., C-26/91, *Handte v. TMCS*, pkt 15, www.eur-lex.europa.eu; z 17.9.2002 r., C-334/00, *Tacconi v. Wagner*, pkt 23, 27, www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁹ Na temat znaczenia tzw. elementu obcego w ppm zob. szerzej J.-L. Elhoveiss, L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, *Journal du droit international* 2003, Nr 1, s. 39–85.

⁶⁰ Por. M. Wojewoda, *Zakres...*, s. 75.

⁶¹ M. Pazdan, *Materialnoprawne wskazanie a kolizyjnoprawny wybór prawa*, PPHZ 1995, t. 18, s. 105–119.

Jeśli ma się na uwadze uniwersalny charakter norm kolizyjnych rozporządzenia (art. 2), nie ma znaczenia, czy umowa o treści cyfrowe jest w jakikolwiek sposób powiązana z państwami członkowskimi UE ani też czy ostatecznie właściwe będzie prawo państwa członkowskiego⁶². Rozporządzenie znajdzie zastosowanie także w przypadku, w którym chodzi o rozstrzygnięcie kolizji praw pomiędzy państwami trzecimi i jeżeli właściwe ma się okazać prawo państwa niebędącego członkiem UE.

2. Swoboda wyboru prawa właściwego dla zobowiązań z umów o treści cyfrowe

Swoboda wyboru przez strony umowy prawa właściwego stanowi jeden z fundamentów systemu norm kolizyjnych⁶³ w odniesieniu do zobowiązań umownych (pkt 11 preambuły do rozporządzenia Rzym I)⁶⁴. Zasada ta jest powszechnie akceptowana we współczesnych kodyfikacjach kolizyjnoprawnych⁶⁵.

Według art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rzym I umowa podlega prawu wybranemu przez strony⁶⁶. Wybór prawa musi zostać dokonany wyraźnie lub w sposób jednoznaczny wynikać z postanowień umowy lub okoliczności sprawy⁶⁷. Strony mogą dokonać wyboru prawa właściwego dla całej umowy lub tylko dla jej części. Strony mogą w każdym czasie umówić się, że umowa podlega prawu innemu niż to, które dla tej umowy było uprzednio właściwe na podstawie wcześniejszego wyboru lub na podstawie innych przepisów rozporządzenia Rzym I. Wszystkie te reguły znajdują pełne zastosowanie do umów o treści cyfrowe. Trzeba zastrzec, że przedmiotem dokonanego wyboru kolizyjnoprawnego może być w obecnym stanie prawnym nadal jedynie prawo określonego państwa⁶⁸. Dopuszczalność kolizyjnoprawnego wyboru regulacji niemającej charakteru prawa jakiegokolwiek państwa zastrzeżono na przyszłość w razie przyjęcia przez UE regulacji materialnoprawnej z zakresu zobowiązań umownych. Przykładem może być pożądana jednolita regulacja unijna dotycząca treści cyfrowych, o czym będzie jeszcze mowa w ostatnim punkcie niniejszego opracowania.

Nie można również wykluczyć wyboru złożonego w umowie o treściach cyfrowych, tj. poddania poszczególnych elementów umowy przepisom wchodzącym w skład różnych systemów prawnych. Może to jednak skutkować problemami praktycznymi. Warto też przypomnieć, że umowa o treści cyfrowe musi mieć obiektywnie charakter międzynarodowy⁶⁹.

3. Brak wyboru prawa w umowach o treści cyfrowe dystrybuowanych on-line

Jeżeli strony nie dokonały wyboru prawa właściwego dla umowy albo jeżeli dokonany przez nie wybór okazał się nieważny lub nieskuteczny, znajdują zastosowanie reguły kolizyjne z art. 4 rozporządzenia Rzym I⁷⁰. W przepisach tych przewi-

dziano szczegółowe normy kolizyjne dla wybranych typów albo zbiorów umów (art. 4 ust. 1 lit. a–h rozporządzenia Rzym I)⁷¹. Umowy nieobjęte ich zakresem albo podlegające więcej niż jednej normie poddane są prawu zwykłego pobytu dłużnika spełniającego świadczenie charakterystyczne (art. 4 ust. 2 rozporządzenia)⁷². Sąd może jednak zastosować inne prawo niż wskazane w ust. 1 lub 2, o ile pozostaje ono w znacznie ściślejszym związku z umową (art. 4 ust. 3 rozporządzenia). Prawo najściślej związane znajduje zastosowanie także do umów, które nie podlegają normom szczegółowym katalogu z ust. 1 i dla których nie można określić świadczenia charakterystycznego (art. 4 ust. 4 rozporządzenia).

Łącznikiem wskazującym prawo właściwe jest zwykły pobyt strony⁷³. W przypadku osób prawnych albo jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej odpowiednikiem zwykłego pobytu osób fizycznych będzie siedziba ich głównego organu zarządzającego. Gdy chodzi o osoby fizyczne, które umowę zawierają w ramach prowadzonego przez siebie przedsiębiorstwa, o prawie właściwym zadecyduje siedziba głównego przedsiębiorstwa. Jeżeli umowa zostaje zawarta w ramach działalności filii, agencji lub oddziału, za miarodajną należy uznać siedzibę owej filii, agencji lub oddziału (zob. art. 19 rozporządzenia Rzym I).

⁶² V. Behr, Rome I Regulation A – Mostly – Unified Private International Law of Contractual Relationship Within – Most – of the European Union, *Journal of Law and Commerce*, t. 29, s. 238; O. Lando, A. Nielsen, *The Rome I Regulation*, CML Rev 2008, vol. 45, s. 1689.

⁶³ M. Pazdan, [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, M. Pazdan (red. tomu), *Prawo Prywatne Międzynarodowe*, t. 20B, Warszawa 2015, s. 71 i nast. oraz M. Czepelak, *Kolizyjnoprawna...*, s. 889.

⁶⁴ J. Skąpski, *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym w zakresie zobowiązań z umów*, Kraków 1964, s. 124.

⁶⁵ M. Pazdan, *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym*, [w:] M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, Warszawa 2008, s. 139–152; J. Golaczyński, *Prawo prywatne...*, s. 205; J. Basedow, *Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, Rabelsz 2011, z. 75, s. 34–37.

⁶⁶ Zob. szerzej M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 103 i nast.

⁶⁷ M. Zachariasiewicz, Ł. Żarnowiec, *Dorozumiany wybór prawa*. Glosa do wyroku SN z 8.1.2003 r., II CKN 1077/00, PPM 2007, t. 1, s. 153–173; M.A. Zachariasiewicz, *Dorozumiany wybór prawa*, *Przegląd Stosunków Międzynarodowych* 1975, Nr 3, s. 103; W. Popiołek, *W sprawie ograniczeń kolizyjnoprawnego wyboru prawa w polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*, [w:] A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar (red.), *Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, Kraków 1994, s. 352.

⁶⁸ H. Heiss, *Party Autonomy*, [w:] F. Ferrari, S. Leible (red.), *The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe (Rome I)*, Munich 2009, s. 12.

⁶⁹ Por. M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo...*, s. 91–92.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 151 i nast.

⁷¹ J. Golaczyński, *Prawo prywatne...*, s. 206.

⁷² Na temat teorii świadczenia charakterystycznego zob. szerzej M.A. Zachariasiewicz, *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności prawnych w braku wyboru prawa w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, Katowice 1989, s. 37–39.

⁷³ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2010, s. 54–55; M. Świerczyński, *Łączniki SPP* 2014.

Wydaje się, że w odniesieniu do umów o treści cyfrowe dystrybuowanych on-line nie należy stosować art. 4 ust. 1 lit. a poświęconego umowom sprzedaży towarów. „Towary” oznaczają bowiem rzeczy ruchome, w tym materialne nośniki wiedzy, w przeciwieństwie do nieruchomości i praw⁷⁴. Analogicznie wyłączyć należy zastosowanie art. 4 ust. 1 lit. b poświęconego umowom o świadczenie usług. Pojęcie „umowy o świadczenie usług” należy rozumieć w taki sam sposób, jak pojęcie to jest rozumiane w omawianym już w niniejszym opracowaniu art. 7 pkt 1 rozporządzenia Bruksela I bis (prezypis ten zastąpił art. 5 pkt 1 lit. b rozporządzenia Bruksela I, do którego odwołuje się pkt 17 motywów rozporządzenia Rzym I)⁷⁵. Pojęcie „usługi” obejmuje wszelkie prace wykonywane na zamówienie innej osoby⁷⁶. Kategoria „umowy o świadczenie usług” odwołuje się do kategorii zbiorczej i dotyczy umów różnego typu, np. o dzieło, zlecenia, komis, agencji⁷⁷. Pomimo potrzeby dokonywania szerokiej autonomicznej wykładni tego pojęcia do zakresu normy (lit. b) nie należą jednak naszym zdaniem umowy o treści cyfrowe z powodów analogicznych jak wskazane wcześniej w niniejszym opracowaniu w świetle art. 7 pkt 1 rozporządzenia Bruksela I bis. Poszukiwać prawa właściwego należy zatem na podstawie art. 4 ust. 2 rozporządzenia Rzym I, opartego na zasadzie charakterystycznego świadczenia. Wskazuje on jako właściwe prawo zwykłego pobytu dłużnika spełniającego świadczenie charakterystyczne, czyli dostawcy treści cyfrowych. Nie można jednak wykluczyć, że ze względu na okoliczności towarzyszące danej umowie świadczenie charakterystyczne spełnia nabywca treści cyfrowych bądź inne prawo jest znacznie silniej związane z umową.

W tym miejscu poruszyć należy różnicę między umowami o treści cyfrowe a licencjami⁷⁸. Istotną część umów dotyczących treści cyfrowych to umowy zawierające postanowienia o udzieleniu licencji (np. na programy komputerowe, w szczególności aplikacje do urządzeń mobilnych), część natomiast to umowy, które nie zawierają w ogóle takich postanowień (np. umowy dotyczące „kontentu” wykorzystywanego w grach MMORPG⁷⁹). Pojawia się dodatkowo problem kwalifikacji umów z licencjami typu open source. Problematyka ta wymaga dogłębnych badań i zasługuje na odrębne opracowanie. Na potrzeby niniejszego opracowania omawiamy wyłącznie takie umowy dotyczące treści cyfrowych udostępnianych on-line, które nie zawierają postanowień o udzieleniu licencji w rozumieniu prawa własności intelektualnej, a kwalifikacji tej nie zmienia fakt, że używane w takich umowach pojęcie licencji często polega jedynie na zapewnieniu dostępu do treści cyfrowych.

W rozporządzeniu Rzym I została przewidziana w art. 4 ust. 3 możliwość korekty skutków zastosowania norm kolizyjnych z art. 4 ust. 1 lub 2. Jest ona uzależniona od analizy „wszystkich okoliczności sprawy”⁸⁰. Korektę poprzedza ustalenie prawa właściwego dla umowy danego typu. Ko-

rzystanie z tego mechanizmu bezpieczeństwa musi być wyjątkowe⁸¹. Nie wystarczy ściślejszy związek umowy o treści cyfrowe z prawem innego państwa. Prawo to musi być w sposób oczywisty i pewny znacznie silniej związane z umową, np. ze względu na miejsce zwykłego pobytu lub siedziby stron umowy czy miejsce wykonania umowy (ale już nie miejsce jej zawarcia, które jest zbyt słabym powiązaniem, albo język serwisu udostępniającego treści cyfrowe czy walutę wykorzystywaną do płatności za dostęp do tych treści).

4. Konsumentkie umowy o treści cyfrowe dystrybuowane on-line

Według art. 6 rozporządzenia umowa zawarta przez osobę fizyczną w celu, który można uznać za niezwiązany z jej działalnością gospodarczą lub zawodową („konsument”), z inną osobą wykonującą działalność gospodarczą lub zawodową („przedsiębiorca”) podlega prawu państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, pod warunkiem że przedsiębiorca:

- 1) wykonuje swoją działalność gospodarczą lub zawodową w państwie, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, lub
- 2) w jakikolwiek sposób kieruje taką działalność do tego państwa lub do kilku państw z tym państwem włącznie; a umowa wchodzi w zakres tej działalności.

Jeżeli nie są spełnione warunki określone w pkt 1) i 2), prawo właściwe dla umowy między konsumentem a przedsiębiorcą ustala się zgodnie z omawianymi wcześniej art. 3 i 4 rozporządzenia Rzym I⁸².

⁷⁴ Por. M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo...*, s. 166–168, oraz U. Magnus, [w:] F. Ferrari, S. Leible (red.), *Rome I...*, s. 37.

⁷⁵ M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo...*, s. 171–172.

⁷⁶ G. Żmij, *Umowy o usługi na tle art. 4 konwencji rzymskiej*, EPS 2009, Nr 4, s. 27 i nast. oraz cytowani autorzy.

⁷⁷ M. Zachariasiewicz, Ł. Żarnowiec, M.A. Zachariasiewicz, M. Kropka, M. Jagielska, *Komentarz do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady...*, komentarz do art. 4.

⁷⁸ K. Grzybczyk, *Prawo właściwe dla autorskoprawnej umowy licencyjnej*, Warszawa 2010, s. 105 i nast.; E. Traple, *Umowy o eksploatację utworów w prawie polskim*, Warszawa 2010, s. 196 i nast.; M. Pazdan, *W poszukiwaniu prawa właściwego dla licencji patentowych*, PPHZ 1989, t. 13, s. 29 i nast.; S. Soltysieński, *Prawo właściwe dla licencji patentowych w polskim prawie międzynarodowym prywatnym*, RPEiS 1987, Nr 2, s. 17 i nast.; J. Skąpski, *Umowa licencyjna w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, PWOWI 1973, Nr 1, s. 363 i nast.

⁷⁹ O wątpliwościach związanych z charakterem takich umów B. Pudo, *Treści tworzone przez użytkowników wirtualnych światów (user-generated content) a prawo autorskie i prawa pokrewne*, [w:] K. Grzybczyk, A. Auleytnier, J. Kulesza (red.), *Prawo w wirtualnych światach*, Warszawa 2013, s. 155.

⁸⁰ Zob. szerzej M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo...*, s. 183–192.

⁸¹ M. Zachariasiewicz, Ł. Żarnowiec, M.A. Zachariasiewicz, M. Kropka, M. Jagielska, *Komentarz do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady...*, komentarz do art. 4.

⁸² J. Gólczyński, *Prawo prywatne...*, s. 207–208.

Przewidziane w rozporządzeniu przepisy poświęcone ochronie konsumentów – jako słabszej stronie umowy⁸³(art. 6) – dotyczą wszystkich typów umów z wyjątkiem umowy przewozu, ubezpieczenia oraz umów posiadających cechy wskazane w art. 6 ust. 4⁸⁴. W świetle rozporządzenia Rzym I wybór wskazania prawa właściwego przez strony dla umów o treści cyfrowe jest dopuszczalny, z zastrzeżeniem że nie może on pozbawiać konsumenta ochrony wynikającej z norm bezwzględnie wiążących prawa, które byłoby właściwe dla umowy w normalnym toku rzeczy, tj. prawa państwa miejsca zwykłego pobytu konsumenta⁸⁵. Nie chodzi przy tym o wszystkie umowy o treści cyfrowe, lecz takie, w przypadku których dostawca prowadzi działalność gospodarczą lub zawodową w państwie miejsca zwykłego pobytu konsumenta bądź kierujące swoją działalność do takiego państwa⁸⁶ (zatem aktualnie usługa Netflix dostarczająca treści cyfrowe, z której korzysta polski konsument, nie podlega tej regulacji, ponieważ oficjalnie nie jest dostępna na polskim terytorium, tj. dostawca treści stosuje geoblokowanie polskich konsumentów). W przypadku nakierowania działalności sąd powinien porównać standard ochrony konsumenta wynikający z zastosowania przepisów prawa wybranego przez strony z poziomem ochrony gwarantowanym konsumentowi przez prawo państwa miejsca jego zwykłego pobytu⁸⁷.

Podsumowanie

Unia Europejska dostrzegła problem dotyczący treści cyfrowych, w tym trudności związane z określeniem jurysdykcji krajowej oraz prawa właściwego, a także szersze zagadnienie potrzeby odrębnego uregulowania cyberprzestrzeni. Podjęto działania legislacyjne mające na celu zapobieżenie tym trudnościom⁸⁸. Opracowane zostało wspomniane na wstępie rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, zwane „instrumentem opcjonalnym”, które ma dotyczyć sprzedaży transgranicznej. Państwa członkowskie będą jednak mogły dopuścić jego zastosowanie także do umów mających charakter czysto krajowy (niezawierających elementu obcego). W rozumieniu proponowanych przepisów umowa ma charakter transgraniczny, jeżeli jest zawierana pomiędzy stronami mającymi miejsce zwykłego pobytu w różnych państwach, z których przynajmniej jedno jest państwem UE. Gdy stroną umowy jest konsument, wystarczy, że poda adres, który jest w innym państwie niż państwo zwykłego pobytu przedsiębiorcy (lub na który zostanie wystawiona faktura)⁸⁹. Rozporządzenie będzie obowiązywać wprost i bez konieczności implementacji w poszczególnych systemach prawnych państw europejskich. Zrywa ono z zasadą terytorialności obowiązywania prawa (można tu dostrzec wpływy koncepcji aterytorialnego ujmowania cyberprzestrzeni). W doktrynie podnosi się, że kwestia relacji instrumentu opcjonalnego

do systemów prawnych państw członkowskich jest przedmiotem szczególnych wątpliwości prawnych⁹⁰. Uważa się go bądź za odrębny samodzielny byt prawny, równorzędny regulacjom i systemom prawnym państw członkowskich (tzw. 29 system prawa umów), bądź jako mający swoją podstawę w dokonanym „wyborze kolizyjnoprawnym”, podlegającym art. 3 rozporządzenia Rzym I. Wydaje się jednakże za właściwe uznanie instrumentu opcjonalnego za integralną część porządku danego państwa członkowskiego stanowiącą alternatywny do krajowego reżim prawny⁹¹. Co istotne, w przypadku wyboru instrumentu opcjonalnego nie zostanie uruchomiony mechanizm kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta z art. 6 rozporządzenia Rzym I. *M. Zachariasiewicz* trafnie wskazał: „Innymi słowy, ograniczenia wynikające z art. 6 ust. 2 nie mogą być stosowane, jeżeli zastosowanie znajduje instrument opcjonalny, w wyniku jego wyboru przez strony. CESL zmierza bowiem do likwidowania barier w handlu we wspólnym rynku”⁹².

Instrument opcjonalny odnosi się wyłącznie do umów sprzedaży oraz do umów o dostarczenie treści cyfrowych lub umów o świadczenie usług powiązanych (ze sprzedażą towarów lub treści cyfrowych). Wybór instrumentu ma charakter umowy i powinien zostać potwierdzony konsumentowi na trwałym nośniku (tj. także poprzez pocztę elektroniczną). Jest możliwy wyłącznie do całości regulacji (nie jest dopuszczalny częściowy wybór przepisów)⁹³. Koncepcja dotycząca możliwości wyboru dla umowy instrumentu opcjonalnego opiera się o tzw. mechanizm *opt-in*, w ramach którego strony

⁸³ O ewolucji ochrony konsumenta na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej zob. *M. Jagielska*, Ewolucja ochrony konsumenta w prawie kolizyjnym Unii Europejskiej w zakresie zobowiązań umownych, Warszawa 2010, s. 2 i nast.; *B. Gnela*, Kolizyjnoprawna ochrona konsumenta w polskim prawie prywatnym międzynarodowym, [w:] *A. Janik* (red.), Warszawa Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Calusowi 2009, s. 449; *B. Gnela*, Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym, Warszawa 2013, *passim*. W świetle rozporządzenia Rzym I zob. *M. Czepelak*, Międzynarodowe prawo..., s. 200.

⁸⁴ *F. Ragno*, The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation, [w:] *F. Ferrari, S. Leible* (red.), Rome I, s. 137–149. Por. *B. Gnela*, Kolizyjnoprawna..., s. 467–471.

⁸⁵ *M. Czepelak*, Międzynarodowe prawo..., s. 199 i nast.

⁸⁶ Na temat przesłanki kierowania działalnością zob. *M. Czepelak*, Międzynarodowe prawo..., s. 207–208.

⁸⁷ *M. Zachariasiewicz, Ł. Żarnowiec, M.A. Zachariasiewicz, M. Kropka, M. Jagielska*, Komentarz do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady..., komentarz do art. 6.

⁸⁸ Por. *M. Zachariasiewicz*, Projekt rozporządzenia w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży a krajowe przepisy imperatywne, [w:] *J. Poczobut* (red.), Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego Warszawa 2013, s. 372 i nast.

⁸⁹ *P. Rodziewicz*, Jednolite..., s. 349.

⁹⁰ Por. *M.A. Zachariasiewicz*, Prawo..., s. 101.

⁹¹ *Ibidem*, s. 101.

⁹² *M. Zachariasiewicz*, Projekt..., s. 381.

⁹³ *M. Zachariasiewicz*, Porozumienie stron w przedmiocie wyboru wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży a krajowe przepisy imperatywne, EPS, Nr 2, s. 17.

mogą, lecz nie muszą, po spełnieniu przesłanek określonych w instrumencie, wybrać go jako źródło prawa dla umowy. W projekcie ustawodawca unijny ograniczył możliwość wyboru instrumentu opcjonalnego dla obrotu konsumenckiego (tj. pomiędzy konsumentem i przedsiębiorcą) oraz dla małych i średnich przedsiębiorców. Poszczególne państwa członkowskie UE mogą jednakże rozszerzyć ten zakres na wszystkich przedsiębiorców.

Wybór instrumentu opcjonalnego jest związany z wyborem prawa materialnego dla zawieranej umowy. Prawo to w założeniu projektodawców ma mieć charakter zupełny w odniesieniu do umów dotyczących treści cyfrowych. Znaczącą część projektowanego rozporządzenia zajmuje problematyka dotycząca zawarcia umowy (przedkontraktowa), w ramach której uregulowano zagadnienia dotyczące jej zawarcie (m.in. ofertę, aukcję itd.), złożenie oświadczenia woli, jej wykładni⁹⁴, formy czynności prawnej. W odniesieniu do sfery kontraktowej projekt rozporządzenia reguluje prawa i obowiązki stron umowy, a także przesłanki odpowiedzialności dotyczące wykonania oraz nienależytego wykonania zobowiązania, wreszcie kwestię przedawnienia roszczeń wynikających z umowy. Ważnym rozwiązaniem dotyczącym odpowiedzialności za wady (usterki) treści cyfrowych jest stosowanie przepisów dotyczących rękojmi za wady (na uwagę zasługuje analogiczne traktowanie sprzedaży towarów i umów o treści cyfrowe m.in. poprzez wykorzystanie tych samych narzędzi, a co za tym idzie – tych samych regulacji prawnych⁹⁵). Instrument opcjonalny nie zawiera uregulowania wszystkich koniecznych dla umów elementów materialnoprawnych (jak chociażby regulacji dotyczących zdolności

do czynności prawnych itd.). Tak zwane „zewewnętrzne luki”, czyli kwestie o charakterze umownym lub pozaumownym, które nie zostały ujęte w instrumencie opcjonalnym, będą „wypełniane” przez normy prawa materialnego wskazane przez normy kolizyjne⁹⁶. Konieczne będzie zatem ustalenie dla nieuregulowanych zakresów wielu praw właściwych poprzez wykorzystanie statutów pomocniczych⁹⁷. Oznacza to, że pomimo kompleksowego uregulowania umowy o treści cyfrowe z chwilą wejścia instrumentu opcjonalnego w życie w dalszym ciągu dla umów o treści cyfrowej konieczne będzie korzystanie z regulacji prawa prywatnego międzynarodowego bądź europejskiego i poszukiwanie za pomocą stosownych łączników prawa właściwego⁹⁸. Spowoduje to, że w odniesieniu do umów o treści cyfrowe zastosowanie będą mogły mieć regulacje różnych reżimów prawnych (w odniesieniu do poszczególnych elementów umowy) z przewagą przepisów materialnoprawnych instrumentu opcjonalnego, które w zależności od stanu faktycznego opierać się będą na różnych łącznikach stanowiących powiązanie z sytuacją życiową stron.

⁹⁴ Por. na temat wykładni w instrumencie opcjonalnym E. Rott-Pietrzyk, *Metoda wykładni umów w projekcie Common European sales law (CESL)*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2012, Nr 4, s. 85 i nast.

⁹⁵ Problematyka treści umowy dotyczącej treści cyfrowej wychodzi po za ramy niniejszej pracy i stanowi materię wymagającą dogłębniejszych badań. Por. na ten temat. P. Rodziewicz, *Jednolite...*, s. 355.

⁹⁶ M.A. Zachariasiewicz, *Prawo...*, s. 103.

⁹⁷ *Ibidem*; P. Rodziewicz, *Jednolite...*, s. 355.

⁹⁸ Szerzej M. Zachariasiewicz, *Projekt...*, s. 380 i nast.

Problems of the governing law and courts with jurisdiction within the area of contracts regarding digital content distributed online

Based on increasing significance of legal actions in the virtual world, in the present study, the authors point to the fact that there is an increase in reporting the need to acknowledge the Internet as a separate territory independent from any given country. They discuss problems connected with determining jurisdiction and the governing law in contracts relevant to digital content distributed online. The objective of the authors is inter alia analysis of current conflict-of-law regulations in the context of possibilities of fulfilling rules of international law related to international contracts with digital content, such as the rule of strict connection of the law indicated by the norms of conflict-of-law, certainty of law, and also protection of the more vulnerable party of a contract, that is a consumer – user of digital content.

Ograniczone kompetencje krajowych organów regulacyjnych w obszarze świadczenia usług łączności elektronicznej

prof. dr hab. Robert Stefanicki¹

Swobodne świadczenie usług łączności elektronicznych stanowi niewątpliwą wartość z punktu widzenia rozwoju pluralizmu mediów, różnorodności kulturowej, a także swobodnego przepływu informacji. Procedury przyznawania prawa instalowania urządzeń powinny być przeprowadzane w sposób niedyskryminacyjny i transparentny, w warunkach zabezpieczenia sprawiedliwej i skutecznej konkurencji między usługodawcami. Państwa członkowskie mogą wprowadzić statutować pewne ograniczenia dla usługodawców działających w przestrzeni transgranicznej z zastrzeżeniem jednak respektowania wymogów traktatowych.

Uwagi wstępne

Sieci i świadczone za ich pomocą usługi łączności elektronicznej w zakresie, w jakim posiadają wymiar transgraniczny, podlegają wymogom normatywnym porządku unijnego. Na ramy prawne przedmiotowych usług składają się akty prawa wtórnego oraz wymogi wynikające z postanowień traktatowych.

Do pierwszej z wymienionych kategorii aktów służących zbliżaniu standardów krajowych w drodze ich transpozycji należy dyrektywa ramowa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.3.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej². Do regulacji szczególnych zalicza się m.in. dyrektywę 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.3.2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej³, dyrektywę 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.3.2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń⁴ i dyrektywę 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.3.2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników⁵.

Klauzula minimalnej harmonizacji

Powyższe akty⁶ nie zawierają wyczerpującej regulacji, ponieważ zostały oparte na klauzuli minimalnej harmonizacji. Ten model zbliżania stwarza dla państw członkowskich margines swobody regulacyjnej w procesie implementacji i dynamicznego wdrażania, z zastrzeżeniem respektowania wymogów proporcjonalności i konieczności wprowadzanych ograniczeń świadczenia usług. Fakt, że materii regulowanej wzmiankowanymi dyrektywami nie oparto o klauzulę zupełnej harmonizacji, nie oznacza *a priori* dowolności stanowienia i wdrażania krajowego prawa. Ramy normatywne są bowiem określone w wielu wypadkach dosyć precyzyjnie

w związku z wprowadzaniem do dyrektyw definicji kluczowych pojęć i ustaleniem w nich zasad przewodnich.

W preambule wzmiankowanej już dyrektywy ramowej wskazuje się, że jej postanowienia oraz treści szczegółowych dyrektyw „nie uchybiają uprawnieniom każdego z państw członkowskich do podejmowania środków mających na celu zapewnienie ochrony jego podstawowych interesów w zakresie bezpieczeństwa, zapewnienia porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego oraz umożliwienie prowadzenia dochodzeń, wykrywania czy ścigania przestępstw, w tym ustanowienie przez krajowe organy regulacyjne szczegółowych i proporcjonalnych obowiązków dla podmiotów świadczących usługi w dziedzinie łączności elektronicznej”. Celem nowych ram regulacyjnych usługi łączności elektronicznej jest m.in. administrowanie sieciami, w tym respektowanie w tym zakresie wymogów prawa konkurencji⁷. Wzmiankowane na wstępie akty prawa wtórnego zasadniczo nie obejmują swoim zakresem materii dotyczącej kontroli treści przekazu. Wynika to zresztą wprost z definicji usługi łączności elektronicznej zawartej w art. 2 dyrektywy ramowej⁸. Nie oznacza to jednak zupełnego wyłączenia ochrony konsumenta⁹, zważywszy chociażby na fakt, że usługi łączności mogą być

¹ Autor jest profesorem zwyczajnym na Uniwersytecie Wrocławskim.

² Dz.Urz. UE L Nr 108, s. 33 zmieniona dyrektywą 2009/140/WE z 25.11.2009 r., Dz.Urz. UE L Nr 337, s. 37; dalej jako: dyrektywa ramowa.

³ Dz.Urz. UE L Nr 108, s. 21, zmieniona ww. dyrektywą 2009/140/WE; dalej jako: dyrektywa o zezwoleniach.

⁴ Dz.Urz. UE L Nr 108, s. 7, zmieniona ww. dyrektywą 2009/140/WE.

⁵ Dz.Urz. UE L Nr 108, s. 51, zmieniona dyrektywą 2009/136/WE z 25.11.2009 r., Dz.Urz. UE L Nr 337, s. 11.

⁶ Te przepisy regulacyjne określa się także jako nowe ramy regulacyjne usługi łączności elektronicznej.

⁷ Zob. szerzej N. Dunne, *Competition Law and Economic Regulation*, Cambridge 2015, s. 169–170 i nast.

⁸ Dyskusyjne jest stanowisko M. Kręcisz (Głosa do wyroku TS z 30.4.2014 r., C-475/12, Lex/el. 2014), w którym autorka przyjmuje, że TSUE w niniejszym wyroku dokonał wykładni dyrektywy ramowej ze szczególnym uwzględnieniem celu, jakim jest ochrona konsumentów.

⁹ W kwestii relacji konkurencja–konsument zob. E. Newman, *Consumer protection and telecommunications*, [w:] I. Walden (red.), *Telecommunications Law and Regulation*, Oxford 2012, pkt 9.1.2.

świadczone warunkowo po opłaceniu określonego abonamentu. Stąd ocena jednostronnej zmiany warunków umów przez świadczącego je, np. w odniesieniu do podniesienia opłaty abonamentowej, podlega kwalifikacji z punktu widzenia zgodności z korpusem prawa konsumenckiego. Standardy ich ochrony są wyznaczone wieloma przedmiotowymi aktami, w tym m.in. zawierającą klauzule zupełnej harmonizacji dyrektywą 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.5.2005 r. dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym¹⁰. Jak zostało podniesione na wstępie, ramy regulacyjne usług łączności elektronicznej w związku z modelem częściowej harmonizacji są wyznaczone zarówno prawem unijnym, jak i w zakresie nim nieuregulowanym prawem krajowym. W praktyce wdrażania unijnego prawa przez organy państw członkowskich ujawniają się jednak liczne trudności, których wyrazem jest poszukiwanie użytecznej wykładni porządku unijnego na potrzeby rozstrzygnięcia krajowego postępowania głównego.

Wykładnia postanowień dyrektywy ramowej przez Trybunał Sprawiedliwości

Na uwagę w przedmiotowym zakresie zasługuje wyrok TSUE z 30.4.2014 r.¹¹ Stan faktyczny dotyczył spółki UPC, mającej siedzibę w Luksemburgu, świadczącej odpłatnie pakiet usług łączności elektronicznej. Dostęp do programów radiowo-audiowizualnych odbiorców innych państw członkowskich był uzależniony od płacenia abonamentu. W wyniku skarg wniesionych przez odbiorców usług władze węgierskie wezwały spółkę do udzielenia stosownych informacji odnośnie do umów zawieranych z klientami. Zważywszy na niezastosowanie się do niniejszego żądania, władze węgierskie nałożyły na spółkę grzywnę. Spółka odwołała się od niniejszej decyzji oraz rozstrzygnięcia organu drugiej instancji oddalającego odwołanie. Spółka UPC w dalszym postępowaniu procesowym podnosiła naruszenie prawa krajowego z uzasadnieniem braku właściwości organów państwa członkowskiego do nadzoru nad jej działalnością na Węgrzech w związku z faktem posiadania siedziby w Luksemburgu. W związku z wątpliwościami, jakie ujawniły się w kwestii zgodności regulacji krajowej z prawem UE, sąd węgierski uznał za niezbędne sięgnięcie do procedury wstępnej z art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹². Pytania zgłoszone Trybunałowi dotyczą w pierwszej kolejności wykładni dyrektywy ramowej w celu ustalenia charakteru i treści działalności świadczonej przez UPC, a w dalszej odnoszą się do kwestii stosowania zasady swobody świadczenia usług ustanowionej w art. 56 TFUE w zakresie wykazującym związek ze świadczeniem usług spornych w postępowaniu

głównym. Punkt ciężkości wykładni unijnej, dokonanej przez TSUE, skupiał się na ramach wyznaczonych dla przedmiotowych usług dyrektywą ogólną 2002/21/WE¹³. Jak już zostało podniesione na wstępie, definicje zawarte w aktach wtórnych prawa unijnego wiążą państwa członkowskie. Z reguły wyznaczają one zakres materialno-prawnej regulacji określonej danym aktem. Dotyczy to zarówno podmiotowego, jak i przedmiotowego zakresu oddziaływania dyrektywy.

Zgodnie z legalną definicją zawartą w słowniku podstawowych pojęć dyrektywy ramowej (art. 2a) „sieć łączności elektronicznej” oznacza systemy transmisyjne, które umożliwiają przekazywanie sygnałów przewodowo lub za pomocą innych elektromagnetycznych środków, w tym sieci satelitarnych. Z kolei zgodnie z rozumieniem nadanym art. 2c tego aktu „usługa łączności elektronicznej” oznacza usługę zazwyczaj świadczoną za wynagrodzeniem, polegającą całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej, w tym usługi telekomunikacyjne i usługi transmisyjne świadczone poprzez sieci nadawcze; nie obejmuje jednak usług związanych z zapewnianiem albo wykonywaniem kontroli treści przekazywanych przy wykorzystaniu sieci lub usług łączności elektronicznej. Spod zakresu niniejszej definicji wyłączone są usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.6.1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego¹⁴, jeżeli nie polegają one całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej.

Przedmiotowy spór dotyczył świadczenia usług mieszczących się w wymienionym wyżej zakresie przez spółkę UPC zarejestrowaną w Luksemburgu. Usługi kierowane były

¹⁰ Dz.Urz. UE L Nr 149, s. 22. Zob. szerzej R. Stefanicki, Consumer Protection against Unfair Commercial Practices in the Light of Directive 2005/29 Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market, Jurisprudence 2011, Nr 1, s. 69 i nast.

¹¹ W sprawie C-475/12 mającej za przedmiot wnioszek o wydanie na podstawie art. 267 TFUE orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez sąd węgierski w postępowaniu UPC DTH Srl v. krajowy organ ds. komunikacji i mediów (Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság).

¹² Traktat z Lizbony z 13.12.2007 r. zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (O.J. 2007, C 306, s. 1), wszedł w życie 1.12.2009 r.; dalej jako: TFUE. System współpracy sądów krajowych z TSUE, regulowany art. 267 TFUE, daje wyłączne prerogatywy dla sądów państw członkowskich wnoszących o rozstrzygnięcie wstępne. Na temat innowacji wynikających z Regulaminu postępowania przed TS z 25.9.2012 r. (O.J. 2012, L 265, s. 1) w brzmieniu zmienionym 18.6.2013 r. (O.J. 2013, L 173, s. 65) zob. A. Sikora, Praktyka Trybunału Sprawiedliwości w postępowaniach na podstawie art. 267 TFUE w świetle orzecznictwa i ostatniej reformy procedury, EPS 2014, Nr 11, s. 35 i nast.

¹³ Poza wykładnią celowościową dokonywaną przez Trybunał Sprawiedliwości na uwagę zasługuje interpretacja Komisji Europejskiej – zob. szerzej S. Lavrijssen, A.T. Ottow, The Legality of Independent Regulatory Authorities, [w:] L.F.M. Besselink, F. Pennings, S. Prechal (red.), The Eclipse of the Legality Principle in the European Union, The Hague 2011, s. 88–89.

¹⁴ Dz.Urz. UE L Nr 204, s. 37 – nieobow.

do abonentów zamieszkałych m.in. na Węgrzech¹⁵. Obejmowały one oferowanie pakietu programów radiowych i audio-wizualnych podlegających ograniczonemu dostępowi i pobieranych drogą satelitarną. Wymieniona spółka nie była właścicielem koniecznej do ich przekazywania infrastruktury, korzystała w tym celu z usług osób trzecich. Spór w postępowaniu krajowym ogniskował się zwłaszcza wokół granic powinności ciężących na świadczącym usługi w państwie innym niż siedziba spółki. Zastosowanie miałyby tutaj wymienione przepisy dyrektywy, która wyznacza ogólne ramy transgranicznego świadczenia usług w postaci pakietów radiowo-telewizyjnych. Zdaniem TSUE ich świadczenie w wersji pakietu podstawowego dostępnego drogą kablową mieści się w pojęciu usługi komunikacji elektronicznej. Do przedmiotowego zakresu należy zatem stosowanie się usługodawców do wymogów określonych zarówno w dyrektywie ramowej, jak i w dyrektywach szczególnych wymienionych na wstępie. Sam fakt przesyłania sygnału siecią łączności elektronicznej drogą kablową lub przez infrastrukturę satelitarną nie ma decydującego wpływu na zaszeregowanie usługi do kategorii „usługi łączności elektronicznej”. Również nie ma znaczenia okoliczność, że przesyłanie sygnału następuje za pomocą infrastruktury, która nie należała do UPC. Natomiast prawnie relewantna jest okoliczność dotycząca ponoszenia odpowiedzialności względem końcowych odbiorców przesyłanego sygnału za jakość usługi dostępnej w ramach płaconego przez nich abonamentu. Warunkowy dostęp do usługi elektronicznej nie zmienia kwalifikacji odnośnie do przedmiotowych świadczeń z punktu widzenia zakresu objętego postanowieniami dyrektywy 2002/21/WE. Trybunał nie pozostawił wątpliwości w kwestii, że wprowadzenie systemu warunkowego dostępu jest bezpośrednio związane ze świadczeniem chronionej usługi. We wszystkich sytuacjach, w których operator systemu abonamentowego dostępu jest usługodawcą usługi rozpowszechniania programów radiowych lub telewizyjnych, mamy zatem do czynienia z usługą jednolitą podlegającą niniejszej regulacji.

Pojemna definicja dostawcy usług łączności elektronicznej

W sporze, który miał być rozwiązany w krajowym postępowaniu sądowym, pojawiła się kwestia dookreślenia pojęcia dostawcy przedmiotowych usług. Wprawdzie wskazane na wstępie dyrektywy (dotyczące nowych ram regulacyjnych usług łączności elektronicznej) nie zawierają definicji tego pojęcia, to można jego zakres doprecyzować, bazując na definicji odbiorcy usług. Stanowi go jakakolwiek osoba prawna lub fizyczna, która jest stroną umowy z „podmiotem udostępniającym publicznie usługi łączności elektronicznej o świadczeniu takich usług”. W świetle powyższego usługa

polegająca na odpłatnym, czyli świadczeniu warunkowego dostępu do pakietu programów transmitowanych przez satelitę, obejmującego programy radiowe i telewizyjne, mieści się w pojęciu „usługi łączności elektronicznej”. Fakt, że dostęp do usługi jest warunkowany opłacaniem abonamentu, nie przesądza o możliwości wyłączenia z zakresu oddziaływania dyrektywy ramowej.

Sąd węgierski, wnosząc o rozstrzygnięcie wstępne, poszukiwał także użytecznej wykładni unijnej przepisów omawianych dyrektyw przez pryzmat wymogów traktatowych. Ugruntowane jest już stanowisko orzecznictwa TSUE w kwestii współzależności między poziomem harmonizacji wyznaczonym przez dyrektywę a potrzebą sięgania do prawa pierwotnego Unii. W tych wszystkich sytuacjach, w których normodawca unijny posługuje się klauzulą zupełnej harmonizacji, punkt odniesienia stanowią dla krajowej implementacji statycznej i dynamicznej wymogi i ramy określone takim aktem¹⁶. Przyjmuje się tutaj założenie ogólne, że są one zgodne z wymogami określonymi przez traktaty. Natomiast w odniesieniu do harmonizacji niewyczerpującej, nazywanej także harmonizacją minimalną, państwa członkowskie mogą korzystać z marginesu swobody regulacyjnej w procesie implementacji tego rodzaju aktów wtórnych i dynamicznej ich wykładni. System, na którym zostały oparte cytowane na wstępie dyrektywy szczególne oraz ramowa, nie zakłada modelu wyczerpującej harmonizacji. Konsekwencją tego podejścia jest niezbędność poszanowania zasad określonych traktatami, w tym m.in. wymogów proporcjonalności w procesie krajowej implementacji przepisów unijnych, i to zarówno postanowień materialnoprawnych, jak i procesowych. Prawo państwa członkowskiego, sporne w postępowaniu głównym, powinno być zatem oceniane z punktu widzenia art. 56 TFUE w zakresie kwestii nieobjętych nowymi ramami regulacyjnymi usług łączności elektronicznej lub uregulowanych w sposób częściowy. Trybunał nie podzielił stanowiska rządu węgierskiego w kwestii wyłączenia z zakresu dyrektywy ramowej oferowanych przez UPC usług, ze względu na nieświadczenie ich w państwie siedziby oferenta. Stwierdził bowiem że prawo dostawcy usług mającego siedzibę w jednym państwie członkowskim do ich świadczenia w drugim państwie członkowskim, ustanowione w art. 56 TFUE, nie jest uzależnione od warunku, aby świadczył on je również w państwie siedziby. W rzeczywistości wymieniony przepis Traktatu wymaga jedynie, aby usługodawca miał siedzibę w państwie członkowskim innym niż to, do którego jest kierowana przedmiotowa oferta. Zasada skuteczności swobód traktatowych w dziedzinie świadczenia usług czyni

¹⁵ Por. również komentarz do art. 3a i 3b M. Świerczyński, [w:] J. Golańczyński (red.), Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz, Warszawa 2009, s. 57 i nast.

¹⁶ Zob. pkt 63 omawianego wyroku i powołane tam orzecznictwo. Podobnie Rzecznik Generalny w pkt 65 opinii z 30.1.2014 r.

niezbędnym objęciem zakresem wszystkich ich form z zastrzeżeniem transgranicznego charakteru. Trybunał podkreślił niezbędność posługiwania się pojemną definicją usługi. Stwierdził m.in., że w Traktacie brak jest przepisu umożliwiającego ustalenie w sposób abstrakcyjny czasu trwania lub częstotliwości, po przekroczeniu których świadczenie danej usługi lub usługi określonego rodzaju nie może być uważane za świadczenie usług w rozumieniu Traktatu. Pojęcie to może zatem obejmować usługi o różnym charakterze, włącznie ze świadczeniami oferowanymi w dłuższym przedziale czasu. Fakt, że przedsiębiorca mający siedzibę w jednym państwie członkowskim świadczy usługi identyczne lub podobne z mniejszą lub większą częstotliwością lub w sposób bardziej lub mniej regularny w innym państwie członkowskim bez posiadania w tym ostatnim infrastruktury pozwalającej na prowadzenie w sposób trwały i nieprzerwany działalności usługowej, nie wystarczy zatem do uznania go za mającego siedzibę w rzeczonym państwie członkowskim.

Odrębną kwestią jest ocena występujących w praktyce nadużyć prawa w związku z nieuzasadnionym powoływaniem się na traktatową swobodę świadczenia usług. Okoliczność, że usługodawca przedmiotowych świadczeń obrał siedzibę w jednym państwie członkowskim w celu uniknięcia stosowania prawa innego państwa członkowskiego, nie wyklucza tego, że jego usługi mogą zostać uznane za mieszczące się w definicji tego pojęcia. Wykonywanie podstawowej swobody w celu skorzystania z bardziej korzystnego uregulowania innego państwa członkowskiego nie wystarczy samo w sobie do stwierdzenia faktu nadużycia sankcjonowanego przez prawo¹⁷.

Respektowanie wymogów proporcjonalności i niezbędności wprowadzanych ograniczeń

Swoboda regulacyjna państw członkowskich w zakresie nie-normowanym przez przepisy unijne podlega wymogom traktatowym, a zwłaszcza zasadzie proporcjonalności i niezbędności wprowadzanych ograniczeń. W każdym wypadku wyboru instrumentu regulującego zachowania rynkowe przedsiębiorców zasadą pozostaje wybór środka najmniej ingerującego w wolności gospodarcze. W przedmiotowym obszarze ramy regulacyjne wyznacza prawo unijne, w tym wspomniana na wstępie dyrektywa szczególna o zezwoleniach, nieharmonizująca przedmiotowej materii w sposób wyczerpujący. Nie oznacza to możliwości swobodnego tworzenia bądź utrzymywania wewnętrznych ograniczeń przepływu świadczenia usług poza wymogi konieczne. Sąd węgierski zmierzał zasadniczo do ustalenia, czy funkcje nadzorcze w zakresie przedmiotowych usług należą do organów państwa członkowskiego, w którym mają miejsce za-

mieszkania odbiorcy tych usług, czy też do kraju, w którym jest położone przedsiębiorstwo świadczące usługi, a także jak daleko mają sięgać te wymogi¹⁸. Obowiązek rejestracji przedmiotowych usług przez organy regulacyjne państwa członkowskiego, na terytorium którego są one świadczone, jest określony w niniejszym akcie. Z art. 3 ust. 2 i 3 dyrektywy o zezwoleniach wynika, że świadczący usługi łączności elektronicznej mogą zostać zobowiązani do dokonania wobec organu regulacyjnego notyfikacji zawierającej określone informacje przed rozpoczęciem działalności w danym państwie członkowskim. Wymagane prawem krajowym informacje nie mogą wykraczać poza to, co konieczne. Przede wszystkim nie można żądać od pragnącego świadczyć usługi uzyskania jednoznacznej decyzji lub innego aktu administracyjnego od krajowego organu regulacyjnego warunkującego rozpoczęcie wykonywania uprawnień wynikających z zezwolenia. Zgodnie z art. 6 wymienionej dyrektywy zatytułowanym „Wymogi związane z ogólnym zezwoleniem i prawami użytkowania radiowych częstotliwości i numerów oraz szczegółowe obowiązki” ogólne zezwolenie na udostępnianie sieci lub świadczenie usług łączności elektronicznej oraz prawa użytkowania częstotliwości radiowych i prawa użytkowania numerów mogą być poddane jedynie wymogom określonym w załączniku. Takie wymogi powinny być niedyskryminacyjne, proporcjonalne i przejrzyste. Z kolei art. 11 ust. 1 dyrektywy o zezwoleniach stanowi, że niezależnie od obowiązku dostarczania informacji i sporządzania sprawozdań wynikającego z przepisów prawa krajowego, ale niewynikającego z ogólnego zezwolenia, krajowy organ regulacyjny może jedynie wymagać od przedsiębiorstw dostarczenia informacji niezbędnych, a więc niewychodzących poza to, co konieczne i obiektywnie uzasadnione. W świetle powyższego państwa członkowskie mogą nakładać pewne obowiązki na ustawodawcę w ściśle określonych granicach. Jednak nie powinny to być środki naruszające zasady równoważności i skuteczności. Respektowanie tego ostatniego wymogu należy rozumieć jako osiągnięcie określonego prawem materialnym rezultatu, a nie jedynie spełnienie wymogów formalnych. Z punktu widzenia zasad wyrażonych w art. 56 TFUE ograniczenia, jako wyjątek od zasady, nie powinny prowadzić do naruszenia ekonomicznych desygnatów rywalizacji rynkowej.

Ugruntowane jest już orzecznictwo unijne w kwestii zakazu ograniczeń swobody świadczenia usług w postaci wymogu ustanawiania oddziału lub przedstawicielstwa w państwie usługobiorcy świadczeń. Jednak ustawicznie są

¹⁷ Zob. pkt 77 niniejszego wyroku oraz powołane tam orzecznictwo oraz pkt 60 opinii Rzecznika Generalnego z 30.1.2014 r.

¹⁸ Zob. też uwagi dotyczące definicji rynku jako kluczowego analitycznego narzędzia przy interpretacji – S. Rab, A. Sprague, *Media Ownership and Control Law, Economics and Policy in an Indian and International Context*, Oxford, Portland 2014, s. 47 i nast.

zgłaszane wątpliwości sądów krajowych w związku z postępowaniem głównym, sygnalizujące złożoność problemu. Wymóg, by przedsiębiorstwo utworzyło stały oddział lub spółkę zależną w państwie członkowskim, w którym świadczy usługi, sprzeciwia się istocie swobodnego świadczenia usług, ponieważ nadmiernie, a więc w sposób nieproporcjonalny do założonego celu, utrudnia świadczenie w tym państwie usług przez mających siedzibę w innym państwie członkowskim. Nie ulega wątpliwości, że powinność ustanowienia oddziału lub przedstawicielstwa w państwie, w którym świadczone są usługi, może ułatwiać skuteczną kontrolę. Poprzez takie przedstawicielstwa w państwie wykonywania usługi właściwe organy uzyskują dostęp do informacji, osób i majątku przedsiębiorstwa usługodawcy¹⁹. Jednak tego rodzaju powinności mogą czynić mniej atrakcyjnymi usługi świadczone w państwie, które je nakłada. Te m.in. względy przesądzają o nadaniu priorytetu swobodom traktatowym nad ich ograniczeniem uzasadnionym względami interesu publicznego²⁰. Trybunał Sprawiedliwości w przedstawionym już wyroku z 30.4.2014 r. potwierdził, że regulacja prawa państwa członkowskiego, zgodnie z którą przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim powinno utworzyć stały zakład w państwie członkowskim, w którym zamierza świadczyć usługi łączności elektronicznej, narusza przewidziany w art. 56 TFUE zakaz ograniczania swobody świadczenia usług. Wprawdzie sąd unijny nie wyklucza wyjątków od powyższej reguły przewidzianych w art. 52 TFUE, mających zastosowanie w niniejszej dziedzinie na podstawie art. 62 TFUE, lub odstępstw uzasadnionych nadrzędnymi względami interesu powszechnego, to jednak zasadniczo przyjmuje, że obowiązek *a priori*, odnoszący się do utworzenia zakładu, stanowi zaprzeczenie swobody świadczenia usług i w konsekwencji pozbawia skuteczności art. 56 TFUE²¹. Mając na uwadze powyższe, Trybunał w niniejszym wyroku orzekł, że art. 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że: nie sprzeciwia się on temu, aby państwo członkowskie nakładało na przedsiębiorstwa, które świadczą na jego terytorium usługi łączności elektronicznej, takie jak w sprawie głównej, obowiązek rejestracji usług, o ile działają one z poszanowaniem wymogów określonych w art. 3 dyrektywy o zezwoleniach. Natomiast pozostaje w sprzeczności z prawem unijnym każde rozwiązanie krajowe, które zawiera wymóg, aby przedsiębiorstwa, które zamierzają świadczyć usługi łączności elektronicznej, takie jak w sprawie głównej, w państwie członkowskim innym niż to, na którego terytorium mają one swoją siedzibę, były zobowiązane do utworzenia w tym państwie oddziału lub podmiotu prawnego odrębnego niż podmiot mający siedzibę w państwie członkowskim emisji.

Współpraca państw członkowskich elementem ograniczającym wymogi formalne

Wzajemna pomoc między państwami członkowskimi w dziedzinie wymiany informacji i ścigania naruszeń może stanowić bardziej efektywny mechanizm regulowania rynku usług łączności elektronicznej niż instrument sformalizowane, wprowadzające faktyczne bariery przepływu. Powyższa teza znalazła odzwierciedlenie w wyroku TSUE z 11.12.2014 r.²² Sąd krajowy, wnoszący o rozstrzygnięcie wstępne, w kwestii krajowych ograniczeń świadczenia usług przedstawił istotne argumenty uzasadniające wymóg obligatoryjnego wyznaczenia przedstawiciela podatkowego w miejscu ich świadczenia ze względu na skuteczność kontroli podatkowych i efektywne zwalczanie zjawisk unikania opodatkowania. Nie sposób pominąć faktu, że skuteczność poboru danin publicznych stanowi ważny element realizacji interesu ogólnego. Trybunał nie podważył znaczenia efektywnego funkcjonowania niniejszego systemu. Uznał jednocześnie za konieczne przestrzeganie wyboru najmniej restrykcyjnego dla swobody świadczenia usług środka w przestrzeni transgranicznej. Takim instrumentem właściwym mogą, zdaniem sądu unijnego, okazać się mechanizmy współpracy między państwami członkowskimi. Nie mogą usprawiedliwić ograniczeń swobód traktatowych wszelkie utrudnienia administracyjne, odnoszące się do ściągania danin publicznych. Mając na uwadze powyższe, orzekł, że wynikający z prawa krajowego obowiązek wyznaczenia przedstawiciela podatkowego w państwie świadczenia usług jest nie do pogodzenia z wymogami określonymi art. 56 TFUE, bowiem skuteczność kontroli podatkowej można zagwarantować przy pomocy instrumentów mniej ingerujących w swobody rynkowe, takich jak współpraca i zasada wzajemnej pomocy między państwami członkowskimi w dziedzinie wymiany informacji i ścigania naruszeń. Natomiast za usprawiedliwione, zarówno w świetle art. 56 TFUE, jak i art. 36 porozumienia Europejskiego Obszaru Gospodarczego, Trybunał Sprawiedliwości uznał stosowane praktyki wyznaczenia takiego przedstawicielstwa w odniesieniu do państw trzecich. Dotyczyłyby to tych państw członkowskich Unii Europejskiej, które nie za-

¹⁹ Zob. pkt 88 opinii z 30.1.2014 r.

²⁰ Stanowisko TSUE jest zbieżne z wnioskiem zawartym w opinii Rzecznika Generalnego, który stwierdził (pkt 93), że art. 56 TFUE sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, które przewiduje, że usługa, poprzez którą usługodawca gwarantuje za wynagrodzeniem warunkowy dostęp do pakietu programów obejmujący jednocześnie usługi programów radiowych i telewizyjnych transmitowanych przez satelitę, może być świadczona jedynie za pośrednictwem oddziału w państwie członkowskim odbioru tej usługi lub mającej tam siedzibę autonomicznej osoby prawnej.

²¹ Zob. pkt 104 wyroku i powołane tam orzecznictwo.

²² C-678/11, Komisja Europejska v. Królestwo Hiszpanii, ECLI:EU:C:2014:2434.

warły umów dwustronnych w zakresie wymiany informacji i współpracy.

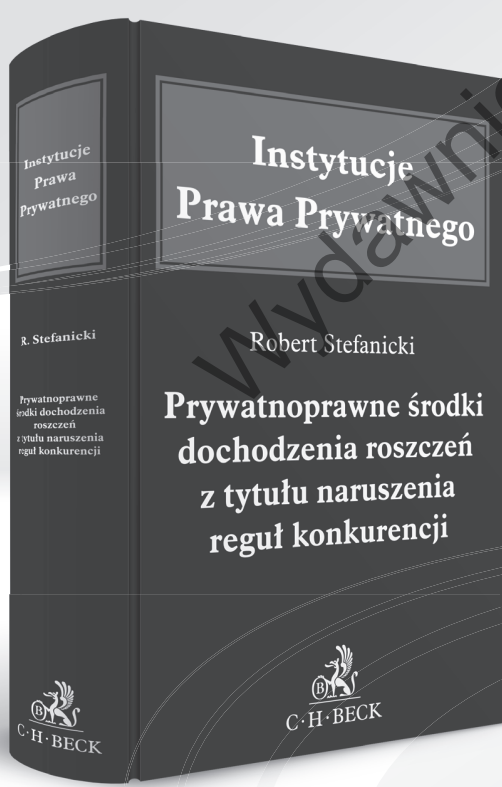
Podsumowanie

Z motywów i przepisów dyrektyw wyznaczających ramy świadczenia usług łączności elektronicznej wynika, że nie stoją one w sprzeczności ze stanowieniem przez państwa członkowskie niezbędnych ram normatywnych w przedmiotowym

zakresie. Jednak swoboda regulacyjna krajów członkowskich jest ograniczona wymogami wynikającymi zarówno z aktów prawa wtórnego, transponowanych do porządku krajowego, jak i postanowień prawa pierwotnego. Ścieśniająca wykładnia wyjątków od zasady swobodnego przepływu usług, dokonywana przez Trybunał Sprawiedliwości, wskazuje na stosunkowo wąski margines w procesie implementacji i w praktyce wdrażania transponowanych przez państwa członkowskie dyrektyw.

Limited competences of national regulation authorities in the area of perceived services of electronic communication

Free perceived services of electronic communication represents implicit value from the viewpoint of media pluralism, cultural difference, and also free flow of information. Procedures of granting the right to install devices should be conducted in a transparent and nondiscriminatory way, in conditions of securing fair and effective competition between service providers. Membership countries may of course establish certain limitation for service providers functioning in transboundary area on condition of respecting treaty requirements.



Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji

www.ksiegarnia.beck.pl

The influence of the processes of informatization on the principles of civil procedure

Julia A. Kondyurina¹

In this article the author researches the questions of the influence of the processes of informatization of court procedure on realizing principles of civil procedure, first of all, the principles of equality of parties, transparency of the court inquiry, competitiveness, dispositivity, orality, directness of court proceedings, the author analyses possible changes in this field. It is noted that using information technologies in civil court procedure causes, on the one hand, the appearance of new qualities of the principles of court proceedings, on the other hand, changes the volume of realization of the given principles.

Introduction

Information technologies have come into our live so solidly that it's quite impossible to imagine it without them. Informatization touches all spheres of public life, so the use of modern technologies in court procedure seems rather, logical and reasonable.

The improvement of the means of social communication which has led to unprecedented in the history of mankind increasing the speed of exchanging information could not but change the character of the interaction "man-society-state". It could not but influence civil legal procedure which is one of the most important forms of such interaction².

The most developed economically and technically foreign countries have been actively implanting information and communication technologies into the court system and legal proceedings. It greatly changes the court system, let speak about forming electronic justice.

The process of informatization of legal proceedings is individual for every country, as for the character of fulfilled deeds, so for the time of their application. However, in all countries the implantation of information technologies in courts went alongside with laying down law rules regulating electronic rotation of documents and making special programme providing.

In Russia working in the field of informatization of courts has been held long. Applying information technologies in the Russian Federation is actual for many reasons. First of all, it is the large area and hence, the necessity to ensure the access to the court defence, the increase of the electronic share of civil rotation, the instantaneous character of court activities because of the practical need of sending a case from one city or town to another, the necessity to control the reliability of the documents given by official representatives, persons or organs in authority and other circumstances.

The result of information technologies of courts has become the conception of electronic justice.

The System of Electronic Justice

The consequence of the process of informatization of the society must be considered the appearance and application of new law definitions and institutes which must be scientifically proved as well as legally written and admitted.

The world is now developing in the paradigm of information technologies and moving towards forming the "net" society living in the "on-line" regime. Internet and its possibilities have solidly taken their place in the life of most people that is why it is logically clear that "electronic justice" is spreading and this term has different contents and meaning in different countries³. Among the main aims of electronic justice pointed by foreign commentators are the followings: to make courts more available, to improve the management of "paper" procedures, to decrease the work time of the court workers⁴.

Electronic justice is the system of elements ensuring the access of the information about court activities and the systems of automatization of courts procedure. Electronic justice is the common term as the notions of the unity of homogenous elements being the whole are reflected in this term. The contents of such a notion cannot be referred to any of its elements but only to its unity as the whole.

In scientific literature and in practical work of courts the common term "electronic justice" is considered to be the wide range of things such as electronic documents rotation (it may be with the use of different electronic signatures), electronic evidence, the use of technical devices in court activities (audi-

¹ The lecturer of the Department of Civil and Arbitration Procedure of the Omsk State University.

² S.A. Kurochkin, *Civil Procedure in the System of Social Management, Arbitration and Civil Procedure 2010*, No 7, p. 39.

³ E.V. Kudryavtseva, *Tendencies of Developing the English Civil Procedure after Adopting the Rules of the Civil Court Procedure, The Announcer of the Civil Procedure 2012*, No 2, Consultant Plus legal information system.

⁴ E.V. Kudryavtseva, *Implanting Information Technologies into Civil Court Proceedings, Law 2011*, No 2, p. 51.

orecording, videoconference-communication), the influence of technologies on the basis of court procedure.

In spite of the fact that the given problem becomes the object of attention of processualists in the Russian Federation and abroad there is no common definition of “electronic justice” yet.

If one takes the basic recommendations (G45–G50) of the Committee of Ministers of the Council of Europe CM/Rec(2009)1 to member states on electronic democracy (adopted by the Committee of Ministers on 18.02.2009 at the 1049th Meeting of the Ministers’ Deputies) which are taken as the basis of developing civil procedure legislation of the Russian Federation, one can see the definition of electronic justice in its appendix. It is as following: electronic justice is the use of information communication technologies (ICT) in realizing justice by all involved parties in the field of law with the aim to increase the effectiveness and quality of the state service and, particularly, for private persons and enterprises. It includes electronic communication and information exchange and access to the court information (p. 38)⁵.

Electronic justice is the use of information communication technologies while administering traditional justice, “the use of electronic systems while fulfilling actions which earlier were fulfilled otherwise”⁶.

In scientific literature the notion “electronic justice” is suggested to regard in the broad sense of the word and in the narrow sense of the word. So, in the broad sense, electronic justice may be considered as the number of different automatized information systems – services, providing means for the issuance of court documents, conducting an “electronic case” and the access of the parties to the materials of the “electronic case”. The above mentioned means allow to bring the activities of the court, interrelations of the court, participants of the trial and other engaged people to the new level of quality. At the same time all these services are of applied character and they don’t change the methods of conducting court procedure.

In the narrow sense of the word, “electronic justice” is the possibility of the court and participants of the trial to fulfill the actions prescribed by normative legal documents directly influencing the beginning of the trial and conducting it (e.g. such actions as bringing documents in electronic form to the court or participating in the trial through the system of videoconference-communication).

Between electronic justice in the broad sense of the word and in the narrow sense of the word there is dialectical interrelation⁷. Electronic justice is such court jurisdiction order of the inquiry of civil cases which is realized by means of the electronic form of giving procedural information and interaction of the participants of civil court procedure (including fulfilling all necessary procedural actions)⁸.

In our opinion, electronic justice should be considered as the use of information communication technologies in court inquiry of civil cases which allows to fulfill some procedural actions in the electronic form and provides the access to the information about the activities of courts. The given definition is rather conditional as informatization of court activities is developing permanently though already having great achievements in this field that, in its turn, doesn’t allow to give the complete definition of this law category. Electronic justice is only the instrument, the technology giving the opportunity to do court inquiries more effective, to have their optimum efficiency on the new level of social development⁹.

The use of electronic devices in civil procedure must ensure absolute transparency and accessibility of the courts, improve the quality of court working, decrease the costs and make the maximum comfort for the participants of the court and of the trial. The system of electronic justice allows to build organization and procedural relations of courts and inside courts as well as between courts and persons taking part in the trial much more effectively and rationally.

Informatization of Civil Procedure and the Principles of Court Procedure

Any actions of the court must be presented in the civil procedural form, it also concerns the actions fulfilled in the electronic form. It necessitates their normative ensuring, the requirements should be established by law.

The principles of law play the important role in improving the legislation. The principles of civil procedural law, being its basic foundation, define the contents of the propositions of civil procedural law as the branch regulating public relations which appear in administering justice of civil cases. So, the new propositions and rules of law assuring the results of information of the court activities and setting the rules of applying information technologies in legal proceedings must not only satisfy the principles of the law branch but also strengthen the guarantees of their realization, deepen the contents of the principles, open new notions and specific features.

⁵ Recommendation CM/Rec(2009)1 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on electronic democracy (adopted by the Committee of Ministers on 18.02.2009, at the 1049th Meeting of the Ministers’ Deputies), <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1410627> (the date of the appeal: 1.5.2013).

⁶ F.G. *Inchausti*, Electronic Service of Documents. National and International Aspects, [in:] *Electronic Justice – Present and Future*, University of Pécs 2010, p. 29.

⁷ S.V. *Romanenkova*, The Notion of the Electronic Justice, its Genesis and Use in Law Practice of Foreign Countries, *Arbitration and Civil Procedure* 2013, No 3, p. 26–27.

⁸ V.A. *Ponomarenko*, New Simplified Production: the Era of Electronic Justice Has Come?, *Arbitration and Civil Procedure* 2013, No 3, p. 26.

⁹ L.A. *Terekhova*, *Electronic Justice: the textbook*, Omsk 2013, p. 11.

Nowadays the speed-up and simplification of civil procedure, its transparency are impossible without using information technologies. However, one should remember that the application of technologies in legal proceedings serves the decision of the tasks of justice, but is not the aim in itself. That is why it is necessary not only to have the correlation of the new legal norms to the principles of law, but it is important to research the legal consequences of using electronic technologies, to evaluate possibilities of realizing the principles of civil legal proceeding in the “new” conditions. As prof. *L.A. Terekhova* remarks, “new technologies will make change civil legal proceedings basically, reconsider some traditional procedural principles”¹⁰. The principles of legal proceedings should play the main role in applying information technologies in court procedure. Maybe, informatization will be restricted by the standards of the basic principles or it may require reconsideration of the traditional principles.

Minding the fact that the great number of principles are realized in civil procedural law and these principles are specific only for the given branch of law, we suggest to research here only the questions of the influence of processes of informatization on realizing the basic traditional principles of civil procedure, first of all, the principles of equality of the parties, transparency of the court, competitiveness, dispositivity, orality, directness of the court inquiry.

The Principles of Equality of the Parties, Transparency and Orality of the Court Inquiry

The principle of equality of the parties gives reasons for the necessity of ensuring equal access to the system of electronic justice of all subjects of law in big cities and in the country, otherwise the inequality will increase being now on the technological basis. The principle of equality brings also the demand of equal access of all persons to the bases of legislation and court working practice.

The access to the law information ensures the realization of the principle of transparency of court inquiry and is an important aspect of ensuring transparency of justice. Using modern information technologies cannot be regarded out of the context of increasing the transparency of the judicial system and transparency of justice. Nowadays transparency and accessibility of information technologies such as the use of the system of videoconference-communication, the system of audiorecording in the trials, the system of sorting out coming applications through the computer programme and receiving the information about the complaints, appeals, cassation and supervision complaints in the automatized form coming to the e-mail address of the participants (if they had organized it

in court), and the possibility to send court citations by means of facsimile communication, of e-mail.

Widespread use of information technologies in civil proceedings gives the opportunity to fix the trial more effectively, disciplines the persons taking part in the case, the court, and besides it reconstructs the visual and objective picture of the given case.

Transparency in civil procedure realizes itself not only in the form of perception of everything going on at the trial by the persons present there but the possibilities of such persons to make notes while watching the trial, to fix it with the help of technical means and in the form of spreading various information about court trials in mass media, publishing court documents.

Creating official websites of courts in Internet together with organizing the place of free access to Internet resources (“the automat” for access to the court websites, free Wi-Fi) in the building of the court ensures the solution of the problem of instantaneous giving a wide range of actual information to some indefinite circle of persons interested in its receiving, they may be people having no access to Internet at home, in their houses.

Publishing court documents in Internet has the great meaning for the solution of the problem of court transparency. Publishing court documents in the electronic form gives the opportunity to form the whole court practice which can lead to working out the definite standards of the proof as the notions about the number of the items of evidence sufficient for making the lawful and reasonable decision. It seems evident that accessibility of court decisions for the uncertain range of persons by their publication in Internet gives the opportunity of the deeper analyses and summary of the court practice, increasing responsibility of judges for the decisions adopted and approved by them and raising the trust of the society to the court as the organ of justice. However, one must remember that transparency of the court activities should have definite restrictions. In Internet it shouldn't be placed the information which refers, according to the due order, to confidential, e.g. personal data, the information of restricted accessibility according to the legislation (a state secret, commercial, service, defence secrets, a national secret, the secret of telephone communication, of mail sending, of telegraphic communication, etc).

The law analysis of the practice of using information technologies in court allows to speak of broadening the principle of transparency of civil procedure that is connected with changing the range of rights of citizens to receive the information about the court activities and circumstances of definite cases through the means of mass information and

¹⁰ *L.A. Terekhova*, *Electronic Technologies in Civil Legal Proceedings. The Materials of the International Scientific-Practical Conference “State and Law: Challenges of the 21st Century”*, 2010, p. 367.

using information technologies and other achievements of scientific and technical progress which are being implanted into court activities.

The realization of the principle of transparency is ensured by realizing the principle of orality, if it is not realized, the sense of the principle of transparency is lost: if the participant of the process doesn't understand what is the matter, his presence at the trial is formal.

In connection with using information technologies, first of all, electronic devices, audiorecording of the trial, videoconferences in court procedure the realization of the principle of orality acquires new features.

Audiorecording ensures permanent fixing all the data of the trial, audiorecords are in fact the analogue of the written record. Obligatory audiorecording the trial answers a number of questions connected with recording the trial as in the technical sense so in the sense of proving. Audiorecording becomes the major means of fixing the trial, the material source of which is attached to the materials of the case and gives the opportunity to refer to it in case of objections. Using videoconference-communication solves the questions connected with giving and demanding evidence. The explanations of the persons taking part in the case and of other participants of the trial received with the help of the system of videoconference-communication are admitted as the evidence. While using the system of videoconference-communication videorecording the trial is realized, its material source is attached to the record of the trial.

Using audiorecording and videoconference-communication allows to fix the trial more effectively and completely, disciplines the persons taking part in the case and reconstructs the visual and objective picture of the case. So, orality of the trial acquires the new quality.

In legal literature it is uttered the fear connected with great and inevitable process of reforming due to electronic means of court proceedings which will lead, early or late, to the change of the role of orality or its total disappearance from the court procedure. As a result, the principle of orality may be taken away, the written or electronic forms will win in this competition of procedural forms¹¹.

We think that this point of view about the inevitability of excluding the principle of orality is not right. Using the elements of electronic justice cannot entirely exclude the principle of orality because of the following.

Orality is the obligatory and most important method of realizing the fundamental right of the person to be heard the essence of it consists of the rights of the persons taking part in the case to give explanations to the court, make statements and requirements, argue their positions concerning the case, as well as the responsibilities of the court to make and control the conditions of realizing such procedural rights by persons.

Excluding orality when the arguments of the parties are given in the written form without the possibility of their uttering orally will not only be the violation of the right to be heard but will lead to reducing the guarantees of realizing the principle of competitiveness. Orality gives the opportunity to change the information, give arguments, object against the arguments of other persons taking part in the case, ask questions to the participants of the trial, give oral explanations, argue one's position taking into consideration the circumstances of the trial that increases the efficiency of the trial and leads to directness and spontaneity of the actions and reactions. Oral investigation is necessary for clearing up the circumstances of the case and giving the parties the opportunity to know the point of view of another party and change a little one's mind.

Besides, as P. Gilles notes, orality and the requirement of personal presence of participants ensuring their meeting "face to face" creates the necessary atmosphere for voluntary decision of the argument (it concerns the consent procedures, making peaceful arguments and courts inquiry)¹². It is possible that using high technologies in the field of communication and transmitting information in future may lead to some narrowing verbal giving information. At the same time orality is the simplest and fastest method of reconstructing the details of the factual situation of the investigated case.

Analysing the influence of information technologies on the realization of the given principle it should be noted that using electronic technologies in some spheres can restrict realizing the principle of orality as automatized procedures imply written forms of communication. Meanwhile technical opportunities may give new possibilities for realizing the principle of orality. Orality can be implemented without the physical presence by means of the videoconference. The importance of orality and directness may increase if the visual reconstruction of the court inquiry, the scene search, making the expertise is protected and kept and records may be used by the court for making the decision in some months and even years. The record can also be used by supervising courts that changes their procedure greatly, if earlier they watched and read the documents given in the case, now they can reconstruct any procedural action visually, using electronic technologies¹³.

So, it should be noted the "double" influence of using the elements of the system of electronic justice on the principle of orality, when on the one hand, implanting such elements to the court procedure narrows the realization of the princi-

¹¹ P. Gilles, *Electronic Justice and the Principle of Orality*, The Russian Law Journal 2011, No 3, p. 43.

¹² P. Gilles, *Electronic Justice and the Principle of Orality*, The Russian Law Journal 2011, No 3, p. 52.

¹³ L.A. Terekhova, *Electronic Justice: the textbook*, Omsk 2013, p. 81–82.

ple of orality and, on the other hand, the principle of orality acquires the new quality.

The Principle of Competitiveness

One of the central principles of civil procedure is the principle of competitiveness. The obligatory condition and guarantee of the realization of the principle of competitiveness is the institute of the proper announcement. Without proper regulating the order of the announcement and citations it is difficult to bring to life the idea of competitiveness wholly¹⁴. Really no announcement or no proper announcement of some persons participating in the case about the time and place of the trial is no doubt the reason to refuse the court action and is the substantial violation of the procedural legislation.

Informing the persons taking part in the case by means of the court website and E-mail has the purpose to speed up the process of giving more freedom to the parties. However, if the legislation makes such means of informing as the obligatory ones and excludes traditional methods of informing (through the post), it will lead to the violation of the principle of equality of the parties and great weakening of the guarantees of realizing the principle of competitiveness. The aim of speeding up the court procedure will be achieved only on condition of the persons participating in the case not taking into account the fact that nowadays a wide range of physical persons take part in civil procedure, many of them don't have the real opportunity to get the information about moving the case with the help of the usage of modern information technologies.

The Principle of Directness

The main part of civil procedure is the trial which is conducted by the court solving the case. Using information technologies here has great advantages as the parties and other participants of the trial are able to save time and money especially minding the territory of Russia. Technical devices allow to hold the meetings of the participants even in the "regime of real time"¹⁵.

Using such an element of the system of electronic justice as videoconference-communication modifies the principle of directness. The principle of directness defines forms and methods of the perception of the factual and evidential material by the court, it is the rule according to which the court should investigate directly and percept all the evidence of the case, i.e. listen to the explanations of the persons taking part in the case, the evidence of witnesses, the conclusions of experts, come to know the written evidence, search the physical evidence. While applying videoconference-communication there is the indirect perception of the evidential material

by the court by means of technical devices and the copies received, if they are the written evidence there is no personal perception of the evidence by the court in fact. Videoconference is the substitution of the personal and direct contact, but it will ensure realizing the principle of directness to the more degree than the written record. But, on the other hand, its possibilities are restricted in comparison with direct perception. Using videoconference increases the "distance", such technical aid doesn't decrease significance of the evidence and evidential activities of the court. "The witness whose evidence is represented in the court room through the picture and sound will remain the same witness, as well as the judge hearing him is not substituted by the mediator"¹⁶.

At the same time the usage of videoconference-communication in civil procedure gives the opportunity to the persons taking part in the case and other participants to take part in the trial directly with the help of the court according to their factual address. Consequently, using videoconference-communication ensures completely the realization of the principle of directness of the court inquiry. The significance of directness may increase if visual reconstruction of the court inquiry, search scene, making the expertise is kept and the record may be used not only by the court of the first instance for making the decision but by supervising courts that greatly changes their proceedings, if earlier they came to know the documents represented in the case, now using information technologies courts can reconstruct visually any procedural action which is necessary for the solution of some given questions. So, the usage of information technologies in civil procedure broadens the opportunities of realizing the principle of directness that leads to renewing the substance of the given principle taking into consideration the modern state and development of telecommunication means.

The Principle of Dispositivity

Concerning the influence of informatization on the principle of dispositivity it should be noted that for ensuring the realization of dispositivity, the other control of the originally of the declarations of will of the parties is necessary. In particular, giving bills and statements, fulfilling procedural actions, informing the parties, other relations of the court and participants of the procedure if they are conducted with the use of information technologies call forth the questions about the certification of the signature and testing the originality of

¹⁴ V.M. *Sherstyuck*, Proceedings in the Court of Arbitration of the First Instance, Prospect 2011, Garant legal information system.

¹⁵ A. *Trunk*, Electronic Forms of Conducting the Civil Procedure, The Russian Annual of Civil and Arbitration Proceeding 2004, No 3, p. 251–252.

¹⁶ V. *Harsagi*, Digital Technology and the Character of Civil Procedure, [in:] Electronic Justice – Present and Future, University of Pécs 2010, p. 232.

the declaration of will of the party which had been received through Internet as in this case there exists the opportunity of penetrating other persons into the system and the wrong declaration of will of the person participating in the case.

On deciding the question about adopting the corresponding appeal to the procedure, the court fulfils the preliminary control where it tests if the given appeal is signed and if the signature is the real signature of the official person. In the course of the inquiry of the case the court establishes if the document received in the electronic form had really been given by the person who had signed it. One of the possible and available methods of the identification of the document and establishing its origin is the electronic signature. The electronic signature guarantees the whole and stability of the document signed by it, differently from the simple written signature, the electronic signature influences the proving power of the document signed by it. The degree of the trust of the court to the data signed by such a signature will depend on technology and reliability of the signature. It is also possible while giving the documents in the electronic form to use such methods as getting the identification name of the user and the parole to the complainant by the court or using the electronic signature and certificated electronic address. The fact of signing the document received by the court in the electronic form by the person who had given it, may be also established by the court when the applicant is at the trial.

The other important aspect of the principle of dispositivity is defining the necessity of the agreement of the parties to

court proceedings or fulfilling some procedural actions in the electronic form. Taking into consideration the fact that some people have no skills and abilities of the work with information technologies or have no access to them it seems that the basis of the system of electronic communication must be the principle of dispositivity which means the agreement of the parties to such procedural actions of the court, the agreement to such a form of communication will ensure the reliability of mutual exchange of information, the possibility of identification of concerned persons and testing the originality of their declarations of will.

Conclusion

Summarizing everything written above we can note that informatization of civil procedure is a positive deed satisfying the demands of the society. On using information technologies the speed up and simplification of civil procedure take place, its transparency is achieved. However, one should remember that the processes taking place in this sphere at present should correspond to the principles of civil procedure and raise the level of the guarantees of abiding the rights of access to justice. In case of using information technologies in court proceedings the principles of civil procedure play the decisive role. So, on the one hand, informatization is restricted by the standards of the basic principles, on the other hand, the "new" conditions lead to the reconsideration of the very traditional principles.

Tłumaczenia tekstów ustaw

The Act on Foreigners
Ustawa o cudzoziemcach

The Act on the Acquisition of Immovable Properties by Foreigners
Ustawa o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców

The Act on Land and Mortgage Registers and on Mortgage
Ustawa o księgach wieczystych i hipotece

www.ksiegarnia.beck.pl

Przejście ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy w umowach konsumenckich po implementacji dyrektywy w sprawie praw konsumentów

dr Marcin Podleś¹

W niniejszym opracowaniu autor poddaje analizie regulację dotyczącą przejścia ryzyka pomiędzy stronami umowy sprzedaży, co ma istotne szczególne w obszarze *e-commerce*. W tym celu przedstawia zawarte w prawie polskim ogólne zasady odpowiedzialności stron w razie zaistnienia przypadkowej utraty i uszkodzenia towaru, właściwe obecnie dla obrotu dwustronnie profesjonalnego oraz powszechnego. Odrębnej analizie poddaje natomiast zagadnienie przejścia ryzyka na tle umów konsumenckich w oparciu o nową regulację, z uwzględnieniem płaszczyzny prawa unijnego.

Uwagi wstępne

Przypadkowa utrata lub uszkodzenie rzeczy (towaru) w szczególności w relacji między sprzedawcą a kupującym odgrywa z gospodarczego punktu widzenia istotną rolę. System prawny musi skutki takiego zdarzenia przypisać w relacji dwustronnej którejś ze stron stosunku obligacyjnego. Zagadnienie to stało się obecnie na płaszczyźnie regulacji konsumenckiej przedmiotem zainteresowania również prawodawcy unijnego, który poświęcił mu odrębny przepis w dyrektywie 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady². W rezultacie obowiązek implementacyjny w tym zakresie powstał w obszarze prawa polskiego, co zostało dokonane w ramach obowiązującej od 25.12.2014 r. nowelizacji Kodeksu cywilnego, odnoszącej się m.in. do kwestii związanych z wykonaniem umów konsumenckich i odpowiedzialności sprzedawcy w ramach instytucji rękojmi i gwarancji³.

Zagadnienie ryzyka niebezpieczeństwa przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy szczególnie w obszarze *e-commerce* ma istotne znaczenie. Z reguły bowiem zawarcie umowy sprzedaży za pośrednictwem Internetu skutkuje koniecznością dostarczenia towaru (wysyłki). Wynika to z faktu, iż zarówno samo zawarcie umowy, jak i jej wykonanie odbywa się bez jednoczesnej obecności stron. Implikuje to zazwyczaj konieczność posłużenia się osobą trzecią, której zadaniem jest jak najefektywniejsze (w tym jak najszybsze i najtańsze) i realizowane w ramach jej profesjonalnej działalności dostarczenie towaru do kupującego.

Ustawodawca nie definiuje samego pojęcia przypadkowej utraty oraz przypadkowego uszkodzenia rzeczy, chociaż posługuje się nim niejednokrotnie⁴. W tej sytuacji pozostaje oparcie się na dorobku doktryny i orzecznictwa. Na tle głosów doktrynalnych 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 – co również istotne – jednocześnie odpowiedzialność za utratę lub uszkodzenie rzeczy nie jest wynikiem okoliczności, za które odpowiadałaby druga strona umowy.

Ponieważ z istoty przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru wynika, że strona umowy, w której obszarze ryzyka dane zdarzenie nastąpiło, nie może obciążać skutkami przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru drugiej strony, kluczowe staje się ustalenie, z jakim momentem ryzyko to przechodzi ze sprzedawcy na kupującego.

Ogólne zasady przejścia ryzyka ze sprzedawcy na kupującego

Centralnym przepisem prawa zobowiązań, regulującym zagadnienie przypadkowej utraty oraz przypadkowego uszkodzenia sprzedawanej rzeczy, jest art. 548 KC. Przepis ten stanowi, że ryzyko przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy przechodzi ze sprzedawcy na kupującego z chwilą wydania rzeczy, nie odwołując się przy tym bezpośrednio do momentu przejścia własności rzeczy na kupującego⁶.

Samo rozumienie pojęcia „wydanie rzeczy” bywa jednak sporne. W doktrynie trafnie przez pojęcie „wydanie” rozumie się wszelkie sposoby przeniesienia posiadania, a ponadto przestrzega się je „w każdym zachowaniu sprzedawcy, które aprobe-

¹ Autor jest adiunktem w Zakładzie Prawa Gospodarczego i Handlowego Uniwersytetu Wrocławskiego.

² Dz.Urz. UE L Nr 304, s. 64; dalej jako: dyrektywa 2011/83/UE.

³ Ustawa z 30.5.2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. poz. 827).

⁴ Por. przykładowo art. 548 § 1, art. 580 § 3, art. 641, 714, 739 i 841 KC.

⁵ Por. przykładowo: W.J. Katner, [w:] J. Rąjski (red.), System prawa prywatnego, T. 7, Warszawa 2010, s. 122; W. Górski, K. Wesolowski, Umowy obrotu towarowego a przewóz przesyłek, Radca Prawny 1998, Nr 5, s. 25.

⁶ Tak m.in. wyroki SN: z 28.7.1999 r., II CKN 552/98, OSNC 2000, Nr 2, poz. 24; z 28.7.2005 r., V CK 58/05, Legalis; A. Szpunar, Zastrzeżenie własności rzeczy sprzedanej, PiP 1993, Nr 6, s. 29.

je kupujący⁷. 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 towaru⁸. Może się jednak zdarzyć, że dojdzie w sensie prawnym do wydania rzeczy, mimo że kupujący nie przejął jej w swoje władanie, co oznacza brak tożsamości między pojęciem wydania rzeczy a jej odebraniem przez kupującego⁹. Nie jest zatem uprawnione kategoryczne 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 KC może ono także polegać na powierzeniu rzeczy osobie trzeciej (np. przechowawcy)¹⁰.

Co do zasady wydanie rzeczy następuje w miejscu wykonania zobowiązania, ponieważ w przypadku umów zobowiązujących do przeniesienia własności rzeczy, wydanie rzeczy stanowi jeden z głównych obowiązków umownych, a wydanie w innym miejscu może stanowić nienależyte wykonanie zobowiązania – zachowanie sprzeczne z treścią łączącej strony umowy. Jednakże w ramach swobody umów i mając na uwadze potrzebę stron umowy, zdarzają się sytuacje, w których pomimo ustalenia między stronami umowy określonego miejsca wykonania umowy sprzedawca przejmuje na siebie dodatkowy obowiązek przesłania towaru (zorganizowania jego wysyłki) do innego miejsca, co skutkuje modyfikacją ogólnej zasady przejścia ryzyka¹¹. Według art. 544 § 1 KC, jeśli rzecz ma być przesłana przez sprzedawcę do miejsca, które nie jest miejscem spełnienia świadczenia, to poczytuje się w razie wątpliwości, że wydanie nastąpiło z chwilą, gdy w celu dostarczenia rzeczy na miejsce przeznaczenia sprzedawca powierzył ją przewoźnikowi trudniącemu się przewozem rzeczy tego rodzaju. Ustawodawca polski w sposób szczególny reguluje zatem moment wydania rzeczy i tym samym moment 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. W rezultacie zaś przewóz, względnie przesyłka rzeczy, odbywa się na ryzyko kupującego¹².

Stosowanie dyspozycji art. 544 § 1 KC jest uzależnione od ustalenia miejsca spełnienia świadczenia w ramach danego stosunku zobowiązaniowego i dopiero, gdy okaże się, że sprzedawca – na polecenie kupującego – wysłał towar do miejsca, niebędącego miejscem spełnienia świadczenia, zmodyfikowana zasada przejścia ryzyka wynikająca z art. 544 § 1 KC może być zastosowana. Najprościej miejsce spełnienia świadczenia ustalić, w sytuacji gdy uzgodnienia w tym zakresie dokonały same strony, wskazując miejsce spełnienia świadczenia u sprzedawcy. Wtedy, gdy w związku z życzeniem

kupującego (niestanowiącym zmiany umowy w zakresie miejsca spełnienia świadczenia) sprzedawca wyda przewoźnikowi zakupioną rzecz w celu jej transportu do innego miejsca niż umownie ustalone, znajdzie zastosowanie reguła z art. 544 § 1 KC o przejściu ryzyka na kupującego już z chwilą wydania rzeczy przewoźnikowi. W praktyce taka sytuacja nie zachodzi jednak szczególnie często w obrocie krajowym, ponieważ gdy strony czynią już przedmiotem indywidualnego uzgodnienia miejsce wydania towaru, to z reguły kupujący (przynajmniej w obrocie krajowym) albo sam jest w stanie odebrać towar, albo sam organizuje jego transport. Z kolei art. 544 § 1 KC nie będzie miał zastosowania, gdy strony jako miejsce spełnienia świadczenia (wydania rzeczy) uzgodniły siedzibę lub miejsce zamieszkania kupującego. W takiej bowiem sytuacji, nawet gdyby sprzedawca posłużył się w celu dostarczenia rzeczy do kupującego osobą trzecią, wyspecjalizowaną w doręczaniu przesyłek, to osoba ta będzie 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 KC). W takiej sytuacji ryzyko związane z transportem (przesyłką) towaru ciąży więc na sprzedawcy.

Artykuł 544 § 1 KC zyskuje istotnie na znaczeniu w związku z istnieniem wyrażonej dyspozytywnym art. 454 KC reguły, stanowiącej, że zobowiązanie niepieniężne – a zatem również zobowiązanie do wydania rzeczy – ma co do zasady charakter długu odbiorczego, stąd powinno być ono spełnione w miejscu siedziby sprzedawcy jako dłużnika¹³. Jeżeli zatem strony nie ustaliły w umowie miejsca wykonania zobowiązania (wydania rzeczy) ani nie wynika ono z samej właściwości zobowiązania, kupujący ma obowiązek odebrania towaru w siedzibie sprzedawcy, co implikuje często konieczność zwrócenia się do sprzedawcy przez kupującego z dodatkowym życzeniem zorganizowania na jego rzecz wysyłki towaru do innego miejsca niż miejsce spełnienia świadczenia w rozumieniu łączącej strony umowy, czyli do siedziby kupującego.

⁷ 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.

⁸ Tak: *S. Buczkowski*, [w:] *Z. Resich* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Księga trzecia – zobowiązania, Warszawa 1972, s. 1273.

⁹ Tak również: *W.J. Katner*, O niektórych kwestiach..., s. 116; natomiast odmiennie SA w Gdańsku w orzeczeniu z 12.4.1996 r., I ACr 154/96, OSA 1997, Nr 1, poz. 3.

¹⁰ Tak: orzeczenie SN z 23.5.1997 r., III CZP 18/97, OSNC 1997, Nr 9, poz. 119.

¹¹ W literaturze wskazano, że praktyce obrotu towarowego wręcz regułą jest przesyłanie przez sprzedawcę, na podstawie dodatkowego porozumienia z kupującym, rzeczy do miejsca nie zawsze będącego miejscem spełnienia świadczenia – zob. *Z. Kwaśniewski*, Wydanie przesyłki stanowiącej przedmiot sprzedaży, Rejent 1998, Nr 3, s. 87.

¹² Por. przykładowo *J. Skąpski*, [w:] *S. Grzybowski* (red.), System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1976, s. 104–105.

¹³ Zamiast wielu por. *K. Zagrobelny*, [w:] *E. Gniewek* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2006, s. 784.

Regulacja przejścia ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy dla umów konsumenckich

Przed dokonaniem przez polskiego ustawodawcę nowelizacji Kodeksu cywilnego w celu implementacji dyrektywy 2011/83/UE do umów zawieranych z konsumentami stosowano określone wyżej reguły odnoszące się obecnie do obrotu dwustronnie profesjonalnego (czynności dwustronnie handlowych) oraz powszechnego (umów zawieranych pomiędzy osobami niebędącymi przedsiębiorcami ani konsumentami)¹⁴. Wcześniej prawo unijne nie ingerowało bowiem w regulację państw członkowskich dotyczącą przejścia ryzyka¹⁵. Ponieważ ani ustawa z 27.7.2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego¹⁶, ani ustawa z 2.3.2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny¹⁷ nie zawierały w odniesieniu do umów na odległość przepisów regulujących odpowiedzialność za towar w czasie realizacji wysyłki, dla oceny sytuacji prawnej konsumenta – nabywcy towaru – należało wyjść od przywołanych wyżej przepisów Kodeksu cywilnego, z uwzględnieniem specyfiki obrotu konsumenckiego i umów zawieranych na odległość w kontekście ustalania, czy miejsce spełnienia świadczenia w miejscu wybranym przez konsumenta w konkretnym przypadku nie wynikało z właściwości zobowiązania¹⁸.

W wyniku analizowanej nowelizacji Kodeksu cywilnego dodano dodatkowe przepisy szczególne o charakterze bezwzględnie obowiązującym, zgodnie z którymi, jeżeli rzecz ma zostać przesłana przez sprzedawcę kupującemu będącemu konsumentem, to niebezpieczeństwo przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy przechodzi na kupującego dopiero z chwilą jej wydania kupującemu¹⁹. W takim przypadku w świetle znówelizowanych przepisów za wydanie rzeczy uznaje się dopiero dostarczenie finalnie do konsumenta, a nie – odrębnie niż w świetle ogólnej reguły z art. 544 KC – samo jej przekazanie przewoźnikowi czy też innemu podmiotowi profesjonalnie zajmującemu się dostarczaniem rzeczy²⁰. Jednocześnie do Kodeksu cywilnego dodano kolejny bezwzględnie obowiązujący przepis szczególny (odnoszący się do umów konsumenckich), zgodnie którym, jeżeli przedsiębiorca jest obowiązany przesłać rzecz konsumentowi do oznaczonego miejsca, miejsce to uważa się w sensie prawnym za miejsce spełnienia świadczenia (art. 454¹ KC). W rezultacie w razie przyjęcia przez sprzedawcę obowiązku wysyłki towaru (nawet jedynie jako obowiązku ubocznego i dodatkowego) w odniesieniu do konsumenckich umów sprzedaży mamy do czynienia po stronie takiego sprzedawcy z długiem oddawczym. Powierzenie rzeczy przewoźnikowi tylko wtedy ma stanowić wydanie w sensie prawnym, gdy

sprzedawca nie miał wpływu na wybór przewoźnika, ponieważ jego wybór dokonał sam kupujący (konsument)²¹.

Mając na uwadze literalną treść przywołanych znówelizowanych przepisów Kodeksu cywilnego, można uznać, że ustawodawca polski wzmocnił w analizowanym obszarze pozycję konsumenta kosztem sprzedawcy (przedsiębiorcy) na dwóch płaszczyznach – po pierwsze, określając w sposób bezwzględnie obowiązujący miejsce wydania rzeczy w razie dokonania przez kupującego (konsumenta) ze sprzedawcą uzgodnienia w zakresie wysyłki towaru przez sprzedawcę, oraz – po drugie – w zakresie momentu przejścia na konsumenta ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru w razie dokonywania wysyłki rzeczy. Z uwagi na bezwzględnie obowiązujący charakter znówelizowanych przepisów wyłącza to możliwość ustalenia między sprzedawcą (przedsiębiorcą) oraz kupującym (konsumentem) innego – mniej korzystnego dla konsumenta – momentu przejścia ryzyka. Wątpliwości budzi jednak relacja nowego art. 454¹ KC do znówelizowanego art. 548 KC. Skoro przyjęcie na siebie przez przedsiębiorcę wobec konsumenta obowiązku przesłania nabytej rzeczy do oznaczonego miejsca zawsze skutkuje tym, że miejsce to uważane jest za miejsce spełnienia świadczenia, w rezultacie z wykonaniem zobowiązania będziemy mieli zawsze do czynienia dopiero, gdy rzecz znajdzie się w tym oznaczonym miejscu. Naturalną konsekwencją nowych przepisów wydaje się to, że wszystkie zaistniałe do tego momentu uszkodzenia rzeczy lub nawet jej całkowita utrata stanowią ryzyko sprzedawcy, skoro następują, zanim rzecz zostaje wydana kupującemu w miejscu spełnienia świadczenia. Nie wiadomo zatem, w jaki sposób ma dojść w praktyce obrotu konsumenckiego do aktualizacji dyspozycji art. 548 § 3 zd. 2 KC, skoro wydanie rzeczy przewoźnikowi w wielu przypadkach może być traktowane jako przesyłanie rzeczy konsumentowi przez sprzedawcę, nawet jeśli sprzedawca nie miał wpływu na wybór przewoźnika. Jednocześnie sytuacje, w których to sam konsument zleca przewoźnikowi odbiór od sprzedawcy rzeczy nabytej i go do sprzedawcy wysłał w celu odebrania w jego imieniu rzeczy, nie wymagają szczególnego uregulowania z punktu widzenia przejścia ryzyka, ponieważ

¹⁴ Por. m.in. J. Pisuliński, [w:] J. Rajska (red.), System prawa prywatnego, t. 7, Warszawa 2010, s. 186; J. Szczęotka, Sprzedaż konsumencka, Lublin 2007, s. 47–48. Za stosowaniem art. 544 § 1 KC do sprzedaży konsumenckiej opowiedział się również J. Jezioro, [w:] J. Jezioro (red.), Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Komentarz, Warszawa 2010, s. 141. W doktrynie reprezentowane było jednak stanowisko wykluczające stosowanie art. 544 § 1 KC w zakresie sprzedaży konsumenckiej – tak m.in. M. Olczyk, Sprzedaż konsumencka, Warszawa 2006, s. 104.

¹⁵ Por. szerzej M. Podleś, Zagadnienie przejścia ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru konsumpcyjnego przy sprzedaży towarów za pośrednictwem Internetu, PME 2011, Nr 4, s. 9 i nast.

¹⁶ Dz.U. Nr 141, poz. 1176 ze zm. – nieobow.

¹⁷ T.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 1225 – nieobow.

¹⁸ Por. M. Podleś, Zagadnienie..., s. 11 i nast.

¹⁹ Por. art. 548 § 3 zd. 1 KC.

²⁰ Por. także uzasadnienie rządowe do projektu ustawy o prawach konsumentów, druk Nr 2076, s. 8.

²¹ Por. art. 548 § 3 zd. 2 KC.

według zasad ogólnych w takiej sytuacji przewoźnik jest pomocnikiem kupującego i odbiera tę rzecz z upoważnienia kupującego w miejscu spełnienia świadczenia.

Analizowana nowelizacja Kodeksu cywilnego stanowi implementację art. 20 dyrektywy 2011/83/UE, dlatego – mając na uwadze prowsólnotową wykładnię prawa krajowego – warto odwołać się do treści tego aktu. Dyrektywa 2011/83/UE w swoim motywie Nr 55 zawiera wskazanie celu ingerencji w obszar przejścia ryzyka. W świetle tego motywu nowa regulacja ma służyć wyeliminowaniu sporów w związku z wysyłaniem przez przedsiębiorców do konsumentów towarów w sytuacjach utraty lub uszkodzenia, poprzez zapewnienie konsumentowi ochrony „przed wszelkim ryzykiem utraty lub uszkodzenia towarów, zanim wejdzie on w fizyczne posiadanie towarów”. Ochrona ma zatem przysługiwać konsumentowi podczas transportu zorganizowanego lub wykonywanego przez przedsiębiorcę, nawet gdyby w konkretnym przypadku to konsument wybrał konkretną metodę dostarczenia towaru spośród różnych opcji oferowanych przez przedsiębiorcę. Zgodnie z motywem 55 celem prawodawcy unijnego nie było stosowanie takiej reguły do sytuacji, „w których to konsument podejmuje się odbioru towarów we własnym zakresie lub zwraca się do przewoźnika o dostarczenie towarów”, ale jednocześnie z punktu widzenia przejścia ryzyka prawodawca unijny nakazuje uznawać za wejście w posiadanie przez konsumenta towaru chwilę otrzymania tego towaru. Założenia dyrektywy 2011/83/UE prawodawca unijny realizował w jej art. 20, stanowiącym, że „w przypadku umów, zgodnie z którymi przedsiębiorca wysłał towary konsumentowi, ryzyko utraty lub uszkodzenia towarów przechodzi na konsumenta w chwili wejścia przez konsumenta lub osobę trzecią wskazaną przez konsumenta, inną niż przewoźnik, w fizyczne posiadanie towarów”. I dalej, ryzyko przechodzić ma na konsumenta z chwilą dostarczenia towarów przez sprzedawcę przewoźnikowi, „jeżeli konsument zlecił temu przewoźnikowi ich transport, a przedsiębiorca nie oferował takiej możliwości, bez uszczerbku dla praw konsumenta wobec przewoźnika”. Wyjątkowo zatem ryzyko przechodzi na konsumenta już z chwilą wydania rzeczy przez sprzedawcę przewoźnikowi, o ile przewoźnika tego wybrał sam konsument, a wybór ten nie był wynikiem możliwości, jakie przygotował sprzedawca, lecz przejawem własnej inicjatywy konsumenta²².

Biorąc pod uwagę treść art. 20 dyrektywy 2011/83/UE oraz motywy do niej, wyraźnie rysuje się zamysł wzmocnienia pozycji konsumenta w relacji z przedsiębiorcą w kierunku przyjęcia momentu przejścia ryzyka na chwilę faktycznego otrzymania rzeczy przez konsumenta. Wprowadzony wyjątek od tej zasady dotyczy sytuacji, w której to sam konsument organizuje sobie odbiór towaru od sprzedawcy lub z miejsca z nim uzgodnionego i w efekcie towar ten odbiera sam lub zleca z własnej inicjatywy oraz według swojego wyboru odbiór tego towaru przez osobę trzecią („przewoźnika”).

Na płaszczyźnie prawa polskiego regulację tę w zasadzie zrealizowano, stanowiąc o przejściu ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy mającej zostać przesłaną przez sprzedawcę konsumentowi dopiero z chwilą jej wydania kupującemu (art. 548 § 3 zd. 1 KC). Jednakże wprowadzenie do Kodeksu cywilnego normy stanowiącej o tym, że jeżeli przedsiębiorca jest obowiązany przesłać rzecz konsumentowi do oznaczonego miejsca, to miejsce to uważa się w sensie prawnym za miejsce spełnienia świadczenia (art. 454¹ KC), może znacząco utrudnić stosowanie w praktyce przewidzianego dyrektywą, a także w Kodeksie cywilnym (art. 548 § 3 zd. 2 KC) wyjątku. Nawet jeśli bowiem, np. sprzedawca (przedsiębiorca) zastrzeże w swojej ofercie wyłącznie odbiór osobisty towaru lub jego odebranie w miejscach wyznaczonych (punktach odbioru), ale następnie w wyniku indywidualnego porozumienia z konsumentem z inicjatywy samego konsumenta wyda towar wybranemu przez konsumenta przedsiębiorcy świadczącemu usługi kurierskie, to zachodzi ryzyko uznania, że w rozumieniu art. 454¹ KC do wydania towaru dojdzie wtedy również dopiero w sytuacji, gdy konsument towar fizycznie otrzyma. Z drugiej strony w świetle przywołanych wyżej motywów dyrektywy wątpliwości może budzić treść wyłączenia stosowania zaostrożonej zasady przejścia ryzyka w przypadku, gdy sprzedawca nie miał wpływu na wybór przewoźnika, ponieważ dokonał go sam kupujący (konsument)²³. Literalna treść polskiej regulacji pozwala bowiem przyjąć, że jeśli sprzedawca (przedsiębiorca) proponuje konsumentowi wiele różnych możliwości otrzymania towaru (np. przez odbiór osobisty, kilka różnych przedsiębiorstw kurierskich/przewoźników bądź odbiór w paczkomacie), to ryzyko przechodzi na kupującego już z chwilą wydania rzeczy przez sprzedawcę przewoźnikowi²⁴. Tymczasem w motywach dyrektywy za kluczowe uznaje się właśnie to, czy metoda dostarczenia towaru wybrana przez konsumenta była jedną spośród opcji oferowanych przez przedsiębiorcę.

Podsumowanie

W wyniku dokonanej nowelizacji Kodeksu cywilnego wywołanej koniecznością implementacji dyrektywy 2011/83 UE zróżnicowano zasady związane ze skutkami przypadkowej utraty oraz uszkodzenia rzeczy sprzedanej. W umowach między przedsiębiorcami (umowy dwustronnie handlowe)

²² Por. także wytyczne Komisji Europejskiej, Dyrekcji Generalnej ds. Sprawiedliwości, dotyczące dyrektywy 2011/83/UE, s. 67.

²³ Por. art. 548 § 3 zd. 2 KC

²⁴ W doktrynie wskazuje się, że o przesunięciu chwili przejścia ryzyka decydować ma ustalenie, czy sprzedawca uczestniczył decyzyjnie (miał wpływ), w tym co najmniej mógł wyrazić swój sprzeciw przeciwko skonkretyzowanemu wyborowi kupującego, gdy wykonanie umowy wymagało przesłania rzeczy konsumentowi – tak J. Jezioro, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2014, komentarz do art. 548, s. 3.

oraz w obrocie powszechnym obowiązuje dotychczasowa zasada, zgodnie z którą, o ile strony nie umówią się inaczej, ryzyko przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy przechodzi ze sprzedawcy na kupującego z chwilą wydania rzeczy (art. 548 KC). W tym obszarze nadal obowiązuje reguła z art. 544 § 1 KC. Przepis ten w sposób szczególny – korzystny dla sprzedawcy – reguluje przejście ryzyka w sytuacji gdy rzecz ma być przesłana przez sprzedawcę do miejsca, które nie jest miejscem spełnienia świadczenia. O ile bowiem strony nie umówiły się inaczej, w takiej sytuacji ryzyko przechodzi na kupującego już w chwili, gdy w celu dostarczenia rzeczy na miejsce przeznaczenia sprzedawca powierzył ją profesjonalnemu przewoźnikowi.

Istotne zmiany wprowadzono natomiast w obszarze sprzedaży konsumenckiej. W świetle obowiązujących przepisów wysyłka rzeczy konsumentowi odbywać się musi bowiem zawsze na ryzyko przedsiębiorcy, a ryzyko to przechodzi na konsumenta dopiero z momentem wydania mu rzeczy. W świetle znowelizowanych przepisów wydanie rzeczy przewoźnikowi uznane może być za tożsame z wydaniem towaru konsumentowi, jeśli sprzedawca nie zobowiązał się do dostarczenia konsumentowi rzeczy do określonego miejsca (innego niż siedziba samego sprzedawcy)²⁵, a ponadto nie miał on wpływu na wybór przewoźnika, ponieważ tego wyboru dokonał sam kupujący (konsument), a mając na uwadze wymóg prowsłotnotowej wykładni, naleŹy dodać, Źe wybór konsumenta nie nastąpił spośród opcji oferowanych przez sprzedawcę²⁶.

Zmianę naleŹy ocenić co do zasady pozytywnie, poniewaŹ ogólne reguły, wynikające z art. 544 § 1 KC w zw. z art. 548 KC, pasują bardziej do obrotu dwustronnie profesjonalnego i w obliczu rozkwitu handlu elektronicznego łatwo były naduŹywane przez sprzedających. U podłoża tych przepisów tkwiło bowiem założenie o nienakładaniu w ujęciu modelowym ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy sprzedawanej na sprzedawcę, w sytuacji gdy sprzedawca – na podstawie ubocznego obowiązku umownego – organizował wysyłkę rzeczy do miejsca innego niż miejsce spełnie-

nia świadczenia. Taki mechanizm nie odpowiada już jednak realiom obrotu elektronicznego, gdzie przedsiębiorcy, obejmujący zakresem działalności cały kraj, a nawet zagranicę, celowo organizują swoją działalność w ten sposób, aby dostarczanie towarów do konsumentów odbywało się w sposób wysyłkowy i co do zasady nie zakładają osobistego odbioru towaru. Przedsiębiorcy, czerpiąc korzyści z takiego kanału dystrybucji, muszą więc pokryć koszty przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru na drodze do konsumenta, względnie realizować roszczenia wobec podmiotów, świadczących usługi kurierskie (co jest dla nich łatwiejsze niż dla konsumentów z uwagi na z reguły stałe więzi współpracy gospodarczej z takimi podmiotami) czy też w końcu koszty ubezpieczenia takich ryzyk. Można się zastanawiać, czy nie nadmiernym rygoryzmem z punktu widzenia obrotu gospodarczego było dodanie bezwzględnie obowiązującego art. 454¹ KC, zgodnie którym, jeżeli przedsiębiorca jest obowiązany przesłać rzecz konsumentowi do oznaczonego miejsca, miejsce to uważa się w sensie prawnym w każdym przypadku za miejsce spełnienia świadczenia. Wydaje się, Źe dyrektywa 2011/83/UE takiej ingerencji nie wymagała. W ten sposób w odniesieniu do umów sprzedaży konsumenckiej uczyniono zaś ze świadczenia niepieniężnego sprzedawcy dłuŹ oddawczy we wszystkich sytuacjach, gdy przedsiębiorca zobowiązał się przesłać rzecz konsumentowi do oznaczonego miejsca. W rezultacie, w razie przypadkowej utraty lub uszkodzenia towaru, konsument będzie miał nie tylko odpowiednio możliwość odmowy zapłaty ceny, względnie realizowania uprawnień z tytułu rękojmi, lecz także będzie mógł od sprzedawcy Źądać spełnienia świadczenia zgodnego z umową, pomimo Źe sprzedawca nie odpowiada za utratę lub uszkodzenie towarów, a te nastąpiły poza jego sferą kontroli, już po przekazaniu towaru przewoźnikowi czy innemu podmiotowi świadczącemu usługi doręczenia przesyłek.

²⁵ Wniosek z art. 454¹ KC.

²⁶ Por. art. 548 § 3 zd. 2 KC.

Risks of coincidental loss or damage of items in consumer contracts after the implementation of a directive in relation to consumer rights

In the present study, the author submits for analysis the regulation related to transition of the risk between parties of a contract of sale, which is crucial especially in the e-commerce area. In order to do that, firstly, he brings near the very idea of coincidental loss and damage of items. Secondly, the author presents general rules included in the Polish law of responsibility of parties in case of coincidental loss and damage of items, currently proper for professional and common bilateral trade. The author submits separate analysis for issues of transition of risk in the context of consumer contract based on a new regulation, including the area of the European law.

Praktyczne aspekty prowadzenia komorniczej licytacji elektronicznej na Węgrzech

dr Aleksandra Klich¹

Celem niniejszego opracowania jest omówienie rozwiązań legislacyjnych statuujących tzw. e-aukcję na Węgrzech, a także jej przebieg. Omówione zostaną podstawowe regulacje prawne w tym zakresie znajdujące zastosowanie w węgierskim systemie prawnym.

Uwagi wstępne

W ciągu ostatnich dwóch dekad funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości wielu krajów systematycznie jest uzupełniane o rozwiązania oparte na nowoczesnych usługach technologicznych. Nie są to jednak rozwiązania zupełnie obce i nieznanne współczesnemu użytkownikowi komputera. W dużej mierze implementowane rozwiązania prawne mają bowiem swoje pierwotne źródło w ukształtowanej od lat praktyce wynikającej z coraz powszechniejszego wykorzystywania narzędzi teleinformatycznych w codziennym życiu. Jednym z przykładów są aukcje internetowe, które są formą sprzedaży bardzo dobrze rozwijającą się na rynku, a nawet – w niektórych kręgach lub grupach społecznych – wypierają one tradycyjną formułę sprzedaży (np. w Stanach Zjednoczonych, na rynku zdominowanym przez eBay; w drugim kwartale 2007 r. użytkownicy tego portalu udostępniili około 559 mln ofert, których łączna wartość brutto wynosiła około 14,46 bln dolarów²). Systemy prawne oparte na tradycyjnych instytucjach kształtowanych przez lata nie są na tyle elastyczne, aby zawsze nadążać za szybkim rozwojem technologicznym. Nie oznacza to jednak, że powinny być one oparte na instytucjach nieadekwatnych i niedostosowanych do potrzeb współczesnego społeczeństwa informacyjnego. Proces ich wdrażania jest długotrwały, ponieważ niejednokrotnie wymaga zmiany postrzegania tradycyjnych struktur wymiaru sprawiedliwości, stopniowo uzupełnianych o nową, elektroniczną formę. Z uwagi na powszechne korzystanie ze znanych w życiu codziennym rozwiązań technologicznych naturalne wydaje się wkraczanie tych rozwiązań do funkcjonowania organów sądowych oraz egzekucyjnych.

Oczywistym i logicznym krokiem w rozwoju funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości jest objęcie procesem informatyzacji także działalności organów egzekucyjnych, bowiem wykonywanie obowiązków komornika sądowego za pośrednictwem kanałów elektronicznych z pewnością wpływa pozytywnie na efektywność tego etapu postępowania sądowego. Konieczne jest jednak umiejętne dokonywanie zmian w przepisach prawnych, gdyż rozdrobnienie wdrażania instrumentów mających na celu usprawnienie postępowania sądowego, a jednocześnie opartych na nowoczesnych techno-

logiach teleinformatycznych może doprowadzić do zniszczenia stabilności przepisów proceduralnych. Istotne jest także to, aby przebudowa ustawy procesowej czy też odrębnych aktów prawnych statuujących egzekucję sądową była procesem spójnym, uzupełniającym dotychczasowe regulacje prawne. Proces ten nie może bowiem zmierzać do tworzenia zupełnie odrębnych instytucji, prowadzących do rozdrobnienia i rozproszenia dotychczasowych rozwiązań prawnych. Podkreślenia wymaga to, że zarówno ustawodawca węgierski, jak i ustawodawca polski starają się realizować wyżej przedstawiony postulat, co wyraża się w uzupełnianiu dotychczasowych regulacji prawnych opartych na tradycyjnych formach komunikacji o nowoczesne rozwiązania technologiczne w przemyślany sposób.

Pogłębiony proces informatyzacji polskiego postępowania egzekucyjnego, wyrażający się m.in. w stworzeniu prawnych ram funkcjonowania komorniczej licytacji elektronicznej³, skłania do zwrócenia uwagi na rozwiązania, jakie kilka lat temu zaproponował ustawodawca węgierski. Niewątpliwie Węgry zajmują pozycję lidera w aspekcie usprawniania przebiegu postępowania egzekucyjnego, o czym może świadczyć fakt, iż prawodawcy z Litwy czy Łotwy oparli się na tych rozwiązaniach. Z pewnością na obecny kształt procedury sądowej na Węgrzech, w tym postępowania egzekucyjnego, wpływ miały przemiany demokratyczne czy też społeczno-gospodarcze, następujące po 1989 r. Proces komputeryzacji, a także informatyzacji węgierskiego wymiaru sprawiedliwości był uzewnętrzniony na kilku poziomach odnoszących się do konkretnych grup społecznych, realizujących określone zadania bądź też stających się potencjalnymi adresatami kierowanych do nich e-usług. Proces ten rozpoczął się przede wszystkim od wprowadzenia w 2001 r. do tamtejszego systemu prawnego ustawy statuującej podpis elektroniczny, której zamierzeniem było uregulowanie kwestii związa-

¹ Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Szczeciński, Mazurkiewicz, Cieszyński, Mazuro – Adwokaci i Radcowie Prawni sp.p.

² J.A. Livingston, The behavior of inexperienced bidders in Internet auctions, „Economic Inquiry” 2010, Vol. 48, No. 2, s. 237.

³ Wprowadzonych ustawą z 10.7.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1311; dalej jako: ZmKPC.

nych z praktycznymi aspektami jego zastosowania. Ponadto w 2009 r. zostały znowelizowane przepisy prawa cywilnego procesowego, na mocy których od 1.7.2010 r. na Węgrzech wprowadzono elektroniczną formę postępowania sądowego. Dużą wagę przywiązuje się także do ułatwienia obywatelom dostępu do informacji prawnej, co wyraża się w funkcjonowaniu publicznych rejestrów (np. centralna lista biegłych sądowych i mediatorów).

Ze względu na fakt, że informatyka jest szybko rozwijającym się obszarem, ważna dla organów sądowych oraz egzekucyjnych jest umiejętność wykorzystania elektronicznych kanałów komunikacyjnych, wpływających na przejrzystość, a także na usprawnienie i przyspieszenie ich pracy. Jak podkreślono, jednym z kluczowych rozwiązań wdrożonych na grunt węgierskiego prawa cywilnego procesowego jest komornicza licytacja elektroniczna (*elektronikus árverés*). Głównym celem wprowadzenia tej elektronicznej formy w 2009 r. było zwiększenie efektywności egzekucji sądowej poprzez zapewnienie przejrzystości procesu sprzedaży w drodze licytacji. Zwolennicy nowelizacji podnosili, iż wykorzystanie nowoczesnych technologii informatycznych wpłynie pozytywnie na sprawność postępowania egzekucyjnego⁴.

Ogólne zasady inicjowania i przebiegu e-aukcji

Szczegółowe regulacje statuujące wprost problematykę licytacji elektronicznej na Węgrzech są zawarte w węgierskiej ustawie o egzekucji sądowej⁵ w sekcjach 132/B – sekcji 135 TBV, które stanowią rozszerzenie zakresu regulacji prawnych dotyczących licytacji komorniczej. Według węgierskiego ustawodawcy komornik przystępuje do sprzedaży w drodze licytacji elektronicznej:

- 1) na wniosek wierzyciela – wszelkiego mienia ruchomego o szacunkowej wartości 100 tys. forintów lub wyższej (kwestia ta jest uzależniona od uprzedniego opłacenia przez stronę wnioskującą o wszczęcie postępowania egzekucyjnego kosztów transportu i składowania mienia). Należy jednak podkreślić, iż ustawodawca zobowiązuje jednocześnie komornika sądowego do podjęcia czynności w celu zorganizowania transportu oraz przechowania mienia ruchomego, co trzeba ocenić pozytywnie, ponieważ na wnioskującym o przeprowadzenie egzekucji w tym trybie nie ciąży obowiązek logistycznego zapewnienia transportu i przechowania mienia, jego udział ogranicza się zaś do ich należytego opłacenia;
- 2) wszelkiego mienia ruchomego, dla którego zapewnione zostało przechowywanie lub składowanie;
- 3) akcji (udziałów);
- 4) papierów wartościowych, jeżeli mają być sprzedawane w drodze licytacji, zgodnie z przepisami ustawy.

Z katalogu przedmiotów licytacji elektronicznej ustawodawca węgierski wyłącza rzeczy nietrwałe, a także rzeczy ruchome, które według przepisów mają być sprzedane w pakiecie. Ustawodawca mimo wprowadzenia odrębnego sposobu licytacji z wykorzystaniem drogi elektronicznej przewiduje, iż do regulacji w przedmiocie elektronicznej licytacji ruchomości mają odpowiednio zastosowanie przepisy w przedmiocie licytacji z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w sekcjach 132/C-132/G TBV, co jest związane z technicznymi aspektami szczegółowego trybu przeprowadzenia licytacji z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego.

W sposób szczegółowy została uregulowana kwestia tzw. nadzoru czy zarządzania nad platformą komunikacyjną (tj. systemem operacyjnym licytacji elektronicznej, *elektronikus árverési rendszer* – EÁR), przeznaczona zarówno do publikowania ogłoszeń w postaci elektronicznej o licytacjach ruchomości i nieruchomości, jak i do elektronicznego składania ofert przy użyciu środków elektronicznych. Zgodnie z sekcją 132/C TBV na Krajową (Węgierską) Izbę Komorników Sądowych (MBVK) został nałożony obowiązek zarządzania dostępną całodobową internetową platformą dla trybu komorniczej licytacji w drodze elektronicznej, poprzez którą użytkownicy mogą uzyskać dostęp do rejestru elektronicznych ogłoszeń licytacji, a także elektronicznego rejestru oferentów i rejestru złożonych ofert. Ponadto, zgodnie z ust. 2 wskazanej regulacji, komornicy przeprowadzają procedurę rejestracji i zakończenia licytacji EÁR za pomocą swoich oficjalnych podpisów elektronicznych. Ustawodawca węgierski wyposażył ich także w prawo do zamieszczania lub usuwania danych z rejestru opublikowanych ogłoszeń oraz ofert jedynie w zakresie prowadzonych przez siebie licytacji. Należy zauważyć, iż na gruncie węgierskich rozwiązań w zakresie e-aukcji dostęp do systemu operacyjnego licytacji elektronicznych EÁR jest możliwy jedynie dla użytkowników zarejestrowanych w rejestrze oferentów przy użyciu loginu i hasła – utworzonego i zarejestrowanego dla tego celu.

W sekcji 132/D TBV węgierski ustawodawca uregulował kwestie związane z technicznymi aspektami inicjowania i prowadzenia komorniczej licytacji elektronicznej, choć stanowią one uzupełnienie ogólnych reguł wyrażonych w sekcji 120 TBV. Ogłoszenie o aukcji dokonane przez komornika sądowego powinno zatem zawierać oznaczenie stron, miejsce i datę planowanej licytacji, oznaczenie majątku ruchomego stanowiącego przedmiot aukcji i jego wartości (przy uwzględnieniu określonych przez węgierskiego prawodawcę progów postępień w wysokości 2% szacowanej wartości zaokrąglonych do 100 forintów, gdzie wyceniona wartość jest mniejsza

⁴ A.K. Trunikos, Ismerkedés a Magyar Birósági Végrehajtói Kamara Elektronikus Árverési Rendszerével, Miskolci Jogi Szemle 2013, t. 8, Nr 1, s. 122.

⁵ A bírósági végrehajtásról szóló 1994. évi LIII. Törvény (Act No. LIII of 1994 on Judicial Enforcement); dalej jako: TBV.

niż 5000 forintów, lub 100 forintów, gdy wyceniona wartość przekracza 1 mln forintów), a także dokładne oznaczenie miejsca i daty, służące wskazaniu, gdzie i kiedy ruchomości mogą zostać poddane oględzinom poprzedzającym licytację. Ponadto ogłoszenie o licytacji elektronicznej ma zawierać informację w przedmiocie wysokości wadium oraz cenę wywoławczą, czas trwania licytacji, sposób składania ofert oraz numer konta bankowego komornika, na który należy wpłacić wadium. W rejestrze elektronicznych ogłoszeń o licytacjach obok ogłoszenia jest zawarty również opis licytowanej ruchomości w oparciu o posiadane dane oraz zdjęcie.

W przypadku licytacji elektronicznej, zgodnie z sekcją 132/D ust. 1 TBV, komornik publikuje ogłoszenie o licytacji w rejestrze ogłoszeń licytacji elektronicznej. Postanowienia ogólne są uzupełnione w sekcji 139 ust. 3 TBV, zgodnie z którą komornik publikuje ogłoszenie o licytacji nieruchomości w rejestrze elektronicznych ogłoszeń o licytacjach w ciągu 30 dni od daty dokonania oszacowania wartości nieruchomości lub po otrzymaniu ostatecznej decyzji sądu w przedmiocie oszacowania wartości nieruchomości po rozpatrzeniu złożonego odwołania. Podkreślenia wymaga to, iż prawne konsekwencje dokonania publicznego ogłoszenia o licytacji wiążą od chwili dokonania ogłoszenia do chwili zamknięcia rejestru ofert, co jest powszechnie określane „czasem trwania publikacji ogłoszenia”. Węgierski ustawodawca statuuje, że licytacja nie może być uznana za skutecznie ogłoszoną, jeżeli rejestr ogłoszeń elektronicznych nie był dostępny dla użytkowników przez czas dłuższy niż 10% wymaganego czasu trwania publikacji ogłoszenia. Rozwiązanie to zasługuje na aprobatę, ponieważ pełni funkcję ochronną względem potencjalnego wykluczenia lub marginalizowania udziału potencjalnych uczestników aukcji ze względu na problemy natury technicznej, niezależne od ich woli i podejmowanych działań. Podkreślenia wymaga to, że system operacyjny licytacji elektronicznych EÁR automatycznie wprowadzi czas publikacji ogłoszenia o licytacji i czas zamknięcia rejestru ofert (zakończenie licytacji) na ogłoszeniu, zanim ogłoszenie zostanie opublikowane w rejestrze elektronicznych ogłoszeń licytacyjnych. Węgierski ustawodawca przewiduje, że rejestr elektronicznych ogłoszeń licytacyjnych jest nieodpłatny i ogólnie dostępny (sekcja 132/D ust. 4 TBV).

Jak wynika z węgierskiego ustawodawstwa, co do zasady każda osoba fizyczna lub prawna może żądać dopuszczenia do elektronicznego rejestru pod warunkiem wyrażenia zgody dotyczącej warunków korzystania z elektronicznego systemu operacyjnego licytacji elektronicznych EÁR w celu udziału w licytacji bądź też składania ofert. W sekcji 132/E ust. 2 TBV prawodawca wymienia dane, które zawiera ten rejestr, klasyfikując je w pierwszej kolejności na podstawie tego, czy oferent jest osobą fizyczną, czy też osobą prawną. W pierwszym przypadku, tj. dla osób fizycznych – są to dane osobowe, adres zamieszkania, narodowość, PESEL, NIP, nr i seria dokumentu

tożsamości. W drugiej zaś, tj. dla podmiotów prawnych, dane te obejmują nazwę, siedzibę, nazwę podmiotu rejestrującego, nr KRS, NIP, REGON. Wspólne dla obu kategorii osób są dane pełnomocnika, adres zamieszkania, rodzaj i numer dokumentu tożsamości. Ponadto w omawianym rejestrze znajdują się:

- 1) dane dotyczące zgody oferentów na wspólny udział w licytacji;
- 2) nazwa użytkownika i adres dostępu do elektronicznego systemu operacyjnego licytacji w charakterze oferenta;
- 3) unikalny identyfikator dostarczany przez oferenta jako biorącego udział w licytacji;
- 4) adres mailowy w celu dostarczenia dokumentacji związanej z przeprowadzaną licytacją;
- 5) wskazanie, czy oferent jest osobą fizyczną, czy też osobą prawną.

Początkiem procedury rejestracyjnej jest złożenie wniosku o rejestrację w rejestrze elektronicznym oferentów i rejestracji zmian, który może być złożony osobiście w dowolnej kancelarii komorniczej po dokonaniu opłaty rejestracyjnej oraz po uprzednim przedłożeniu dokumentów w przedmiocie szczegółowych danych oferenta. Przed dokonaniem rejestracji komornik sądowy ustali ważność i autentyczność przedłożonych dokumentów oraz sprawdzi narodowość i adres miejsca zamieszkania oferenta, co pozostaje w zgodności z postanowieniami sekcji 47/A TBV. Jednocześnie węgierski prawodawca nakłada na oferentów obowiązek niezwłocznego informowania o zmianach wskazanych wyżej danych. Odmowa rejestracji może nastąpić w drodze decyzji komornika spowodowanej stwierdzeniem braków w wymaganej dokumentacji oraz w przypadku wątpliwości co do tożsamości niedoszłego oferenta. Zgodnie z sekcją 132/E ust. 6 TBV także podmiot złożony, tj. składający się z kilku innych podmiotów, może być oferentem. W takiej sytuacji udział każdego z podmiotów w podmiocie zbiorowym ma być wskazany w elektronicznym rejestrze oferentów. Dokonanie zmiany w zgłoszonym składzie podmiotu i wysokości posiadanego udziału jest dopuszczalne do chwili złożenia przez podmiot zbiorowy pierwszej oferty. Podkreślić należy to, iż dane przekazane przez oferenta, które zostają następnie wprowadzone do elektronicznego rejestru, będą usunięte na żądanie oferenta. Ustawodawca w sposób bezwzględny konstruuje obowiązek komornika w tym zakresie. Wgląd do danych zawartych w elektronicznym rejestrze referentów mają wyłącznie komornicy. Dane te mogą być udostępnione jedynie sądom, krajowym służbom bezpieczeństwa oraz właściwym organom ścigania, co koresponduje z ogólnymi zasadami ochrony danych osobowych, które doznają ograniczenia w przypadkach wyraźnie uzasadnionych i wymienionych przez ustawodawcę.

Ustalenie w sposób wyraźny i nieskomplikowany zasad funkcjonowania portalu licytacyjnego bądź też systemu tele-

Automatyzacja działania EÁR jest także dostrzegalna na etapie finalizacji licytacji elektronicznych, bowiem automatycznie są usuwane z rejestru elektronicznych ogłoszeń o licytacji dane 30 dni po zamknięciu rejestru ofert. Licytacja jest uznana za bezskuteczną, jeśli nie została zarejestrowana żadna oferta w rejestrze ofert lub zwycięzca licytacji nie uiszczył ustalonej ceny zakupu. Należy odnieść się także do sytuacji, w których pierwsza licytacja została uznana za bezskuteczną. Wówczas druga licytacja jest prowadzona zgodnie z zasadami mającymi zastosowanie do pierwszej licytacji, z zastrzeżeniem zakazu brania w niej udziału przez zwycięzcę pierwszej licytacji, który nie wpłacił wymaganej kwoty (ceny). Druga licytacja zostanie unieważniona, jeżeli zwycięzca pierwszej licytacji przedstawi komornikowi dowód wpłaty wylicytowanej kwoty lub wpłaci komornikowi w gotówce cenę nabycia przed rozpoczęciem drugiej licytacji oraz zwróci koszty organizacji drugiej licytacji. W takim przypadku złożone wadium, które uległo przepadkowi, nie może być zaliczone na poczet ceny nabycia w terminie późniejszym. Zgodnie z ust. 7 sekcji 132/G TBV, jeżeli rzecz ruchoma jest sprzedana w drugiej licytacji po cenie niższej od najwyższej ceny oferowanej na pierwszej licytacji, różnica w cenie zostanie wypłacona przez oferenta, który w pierwszej licytacji oferował najwyższą cenę w ciągu 15 dni od otrzymania od komornika zawiadomienia. W przypadku braku zapłaty komornik prześle do właściwego sądu dokumenty w sprawie, na których podstawie sąd wyda nakaz zapłaty wnioskowanej kwoty przez oferenta, który złożył najwyższą ofertę w trakcie pierwszej licytacji. Wpłacone wadium przepada, a jej stosowna część zostaje zaliczona na rzecz zbilansowania różnicy ceny zakupu. Wadium, które przepadło, oraz wpłacona przez oferenta pierwszej licytacji różnica ceny zakupu stanowią część wpływów z egzekucji.

Mówiąc o systemie elektronicznej licytacji na Węgrzech, niezbędne wydaje się wyraźnie podkreślenie kompleksowości skonstruowanych przepisów prawnych, ponieważ ustawodawca odnosi się nie tylko do istoty e-aukcji – jej zainicjowania czy też przebiegu, lecz reguluje także kwestie ewentualnego niepowodzenia sprzedaży w tym trybie. Kwestia ta została uregulowana w sekcji 135 TBV, zgodnie z którą, jeżeli sprzedaż majątku ruchomego w drodze licytacji elektronicznej okazała się bezskuteczna, a jej przeprowadzenie nie było żądane przez wierzyciela, jeżeli ochrona lub przechowywanie majątku ruchomego jest zapewniona – komornik ma prawo do powtórzenia licytacji elektronicznej, gdzie cena wywoławcza może być zmniejszona bez ograniczeń. W przypadku zaś innych rzeczy ruchomych, a także w sytuacji ponownej bezskuteczności licytacji elektronicznej, komornik powiadamia dłużnika, że należy odebrać rzecz ruchomą w ciągu 30 dni. Konsekwencją stawiennictwa dłużnika przed komornikiem w celu odebrania swojej rzeczy ruchomej jest jej zwolnienie przez komornika spod egzekucji i zwrócenie jej dłużnikowi,

natomiast w sytuacji zaniechania przez dłużnika odebrania swoich rzeczy ruchomych w ciągu 30 dni komornik zakończy sprawowanie nadzoru na rzeczami i podejmie środki w celu ich zniszczenia lub przekazania jako odpady.

Zarówno ta regulacja, jak i pozostałe, odnoszące się do innych aspektów elektronicznej formy zbycia składników majątku dłużnika świadczą o przemyślanym, spójnym i kompleksowym ujęciu kwestii e-aukcji przez węgierskiego prawodawcę. Potwierdzeniem tego jest rozszerzenie zakresu licytacji elektronicznej, której przedmiotem mogą być ruchomości oraz nieruchomości, czego potwierdzeniem jest regulacja zwarta w sekcji 142 TBV. Wynika z niej, że w związku z licytacją nieruchomości przepisy dotyczące elektronicznych licytacji ruchomości stosuje się odpowiednio z zastrzeżeniem określonych w ustawie wyjątków. Niewątpliwie wprowadzenie elektronicznego trybu sprzedaży składników majątku dłużnika może zapewnić szerszy dostęp osób, które do tej pory nie miały możliwości bądź też nie miały dostępu do ogłoszeń o tradycyjnie prowadzonych licytacjach. Wydaje się, iż z formą tą jest związana duża racjonalizacja i przyspieszenie postępowania egzekucyjnego, a także zmniejszenie jego kosztów, co pozytywnie może wpływać na efektywność egzekucji sądowych.

Elektroniczny System Aukcji Elektronicznej (EÁR)

Jak już zostało to podkreślone, na gruncie obowiązujących przepisów zajęty majątek dłużnika może być sprzedawany w drodze aukcji elektronicznej. Zasady funkcjonowania elektronicznego systemu aukcyjnego określa rozporządzenie w sprawie szczegółowych zasad funkcjonowania elektronicznego systemu aukcyjnego dla stosowania technologii informacyjnej⁷. System teleinformatyczny przeznaczony do elektronicznych aukcji na Węgrzech jest prowadzony przez Izbę Komorniczą. Dostęp zapewniony jest *on-line* za pośrednictwem specjalnie stworzonej w tym celu strony internetowej (<https://arveres.mbvk.hu/>). Jej struktura jest bardzo przejrzysta i nie budzi większych wątpliwości. Dostęp do rejestru ma w zasadzie każdy, choć zakres publikowanych i udostępnianych treści jest uzależniony od tego, czy osoba przeglądająca rejestr jest zarejestrowanym użytkownikiem, czy też nie. Podstawowe funkcje systemu są dostępne dla każdej osoby, mającej dostęp do Internetu. Niezarejestrowani użytkownicy mogą korzystać wyłącznie z usług określonych w systemie EÁR, tj. mogą poznać zasady użytkowania lub też przeczytać ogólne komunikaty systemowe, ogłoszenia.

⁷ 27/2008. (XII. 10.) IRM rendelet az elektronikus árverési rendszer informatikai alkalmazásának működtetésére vonatkozó részletes szabályokról; dalej jako: rozporządzenie EÁR.

Automatyzacja działania EÁR jest także dostrzegalna na etapie finalizacji licytacji elektronicznych, bowiem automatycznie są usuwane z rejestru elektronicznych ogłoszeń o licytacji dane 30 dni po zamknięciu rejestru ofert. Licytacja jest uznana za bezskuteczną, jeśli nie została zarejestrowana żadna oferta w rejestrze ofert lub zwycięzca licytacji nie uścił ustalonej ceny zakupu. Należy odnieść się także do sytuacji, w których pierwsza licytacja została uznana za bezskuteczną. Wówczas druga licytacja jest prowadzona zgodnie z zasadami mającymi zastosowanie do pierwszej licytacji, z zastrzeżeniem zakazu brania w niej udziału przez zwycięzcę pierwszej licytacji, który nie wpłacił wymaganej kwoty (ceny). Druga licytacja zostanie unieważniona, jeżeli zwycięzca pierwszej licytacji przedstawi komornikowi dowód wpłaty wylicytowanej kwoty lub wpłaci komornikowi w gotówce cenę nabycia przed rozpoczęciem drugiej licytacji oraz zwróci koszty organizacji drugiej licytacji. W takim przypadku złożone wadium, które uległo przepadkowi, nie może być zaliczone na poczet ceny nabycia w terminie późniejszym. Zgodnie z ust. 7 sekcji 132/G TBV, jeżeli rzecz ruchoma jest sprzedana w drugiej licytacji po cenie niższej od najwyższej ceny oferowanej na pierwszej licytacji, różnica w cenie zostanie wypłacona przez oferenta, który w pierwszej licytacji oferował najwyższą cenę w ciągu 15 dni od otrzymania od komornika zawiadomienia. W przypadku braku zapłaty komornik prześle do właściwego sądu dokumenty w sprawie, na których podstawie sąd wyda nakaz zapłaty wnioskowanej kwoty przez oferenta, który złożył najwyższą ofertę w trakcie pierwszej licytacji. Wpłacone wadium przepada, a jej stosowna część zostaje zaliczona na rzecz zbilansowania różnicy ceny zakupu. Wadium, które przepadło, oraz wpłacona przez oferenta pierwszej licytacji różnica ceny zakupu stanowią część wpływów z egzekucji.

Mówiąc o systemie elektronicznej licytacji na Węgrzech, niezbędne wydaje się wyraźnie podkreślenie kompleksowości skonstruowanych przepisów prawnych, ponieważ ustawodawca odnosi się nie tylko do istoty e-aukcji – jej zainicjowania czy też przebiegu, lecz reguluje także kwestie ewentualnego niepowodzenia sprzedaży w tym trybie. Kwestia ta została uregulowana w sekcji 135 TBV, zgodnie z którą, jeżeli sprzedaż majątku ruchomego w drodze licytacji elektronicznej okazała się bezskuteczna, a jej przeprowadzenie nie było żądane przez wierzyciela, jeżeli ochrona lub przechowywanie majątku ruchomego jest zapewniona – komornik ma prawo do powtórzenia licytacji elektronicznej, gdzie cena wywoławcza może być zmniejszona bez ograniczeń. W przypadku zaś innych rzeczy ruchomych, a także w sytuacji ponownej bezskuteczności licytacji elektronicznej, komornik powiadamia dłużnika, że należy odebrać rzecz ruchomą w ciągu 30 dni. Konsekwencją stawiennictwa dłużnika przed komornikiem w celu odebrania swojej rzeczy ruchomej jest jej zwolnienie przez komornika spod egzekucji i zwrócenie jej dłużnikowi,

natomiast w sytuacji zaniechania przez dłużnika odebrania swoich rzeczy ruchomych w ciągu 30 dni komornik zakończy sprawowanie nadzoru na rzeczami i podejmie środki w celu ich zniszczenia lub przekazania jako odpady.

Zarówno ta regulacja, jak i pozostałe, odnoszące się do innych aspektów elektronicznej formy zbycia składników majątku dłużnika świadczą o przemyślanym, spójnym i kompleksowym ujęciu kwestii e-aukcji przez węgierskiego prawodawcę. Potwierdzeniem tego jest rozszerzenie zakresu licytacji elektronicznej, której przedmiotem mogą być ruchomości oraz nieruchomości, czego potwierdzeniem jest regulacja zwarta w sekcji 142 TBV. Wynika z niej, że w związku z licytacją nieruchomości przepisy dotyczące elektronicznych licytacji ruchomości stosuje się odpowiednio z zastrzeżeniem określonych w ustawie wyjątków. Niewątpliwie wprowadzenie elektronicznego trybu sprzedaży składników majątku dłużnika może zapewnić szerszy dostęp osób, które do tej pory nie miały możliwości bądź też nie miały dostępu do ogłoszeń o tradycyjnie prowadzonych licytacjach. Wydaje się, iż z formą tą jest związana duża racjonalizacja i przyspieszenie postępowania egzekucyjnego, a także zmniejszenie jego kosztów, co pozytywnie może wpływać na efektywność egzekucji sądowych.

Elektroniczny System Aukcji Elektronicznej (EÁR)

Jak już zostało to podkreślone, na gruncie obowiązujących przepisów zajęty majątek dłużnika może być sprzedawany w drodze aukcji elektronicznej. Zasady funkcjonowania elektronicznego systemu aukcyjnego określa rozporządzenie w sprawie szczegółowych zasad funkcjonowania elektronicznego systemu aukcyjnego dla stosowania technologii informacyjnej⁷. System teleinformatyczny przeznaczony do elektronicznych aukcji na Węgrzech jest prowadzony przez Izbę Komorniczą. Dostęp zapewniony jest *on-line* za pośrednictwem specjalnie stworzonej w tym celu strony internetowej (<https://arveres.mbvk.hu/>). Jej struktura jest bardzo przejrzysta i nie budzi większych wątpliwości. Dostęp do rejestru ma w zasadzie każdy, choć zakres publikowanych i udostępnianych treści jest uzależniony od tego, czy osoba przeglądająca rejestr jest zarejestrowanym użytkownikiem, czy też nie. Podstawowe funkcje systemu są dostępne dla każdej osoby, mającej dostęp do Internetu. Niezarejestrowani użytkownicy mogą korzystać wyłącznie z usług określonych w systemie EÁR, tj. mogą poznać zasady użytkowania lub też przeczytać ogólne komunikaty systemowe, ogłoszenia.

⁷ 27/2008. (XII. 10.) IRM rendelet az elektronikus árverési rendszer informatikai alkalmazásának működtetésére vonatkozó részletes szabályokról; dalej jako: rozporządzenie EÁR.

Struktura systemu teleinformatycznego przeznaczonego do licytacji elektronicznych na Węgrzech jest bardzo przemyślana i przejrzysta. Na stronie głównej znajdują się zarówno informacje ogólne dotyczące funkcjonowania systemu EÁR (np. polityka użytkownika), jak i informacje przydatne w procesie korzystania z jego funkcjonowania. Również sposób wyszukiwania konkretnych aukcji jest skonstruowany w sposób bardzo intuicyjny, umożliwiający swobodne poruszanie się po systemie przez każdą zainteresowaną osobę. Oczywiście umożliwiające jest wyszukiwanie podstawowe, zaawansowane, a także wyświetlone są wszystkie aktualnie odbywające się aukcje. Po przejściu do konkretnego przedmiotu sprzedaży w drodze licytacji elektronicznej możliwe jest wygenerowanie w formacie PDF ogłoszenia o aukcji, a także wyświetlenie informacji lub zdjęć charakteryzujących przedmiot licytacji. Pod względem technicznym struktura tego systemu nie budzi wątpliwości.

Podsumowanie

Rozwiązania wprowadzone na gruncie węgierskiego prawa egzekucyjnego w sposób kompleksowy odnoszą się do tzw. e-aukcji, ponieważ nie ograniczają się one wyłącznie do opisu przesłanek zainicjowania licytacji elektronicznej, ale rozszerzają zakres regulacji prawnych o proces automatyzacji niektórych czynności związanych z procesem licytacyjnym. Należy dostrzec pozytywny aspekt tego spójnego

i kompleksowego sposobu opracowania jednej z ważniejszych i z pewnością – efektywniejszych licytacji w drodze sprzedaży z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego. Niewątpliwie zaletą aukcji elektronicznych w porównaniu z aukcjami konwencjonalnymi jest większe zaangażowanie społeczeństwa, co umożliwia Internet, zniesienie ograniczeń czasu i przestrzeni, w jakiej odbywa się aukcja, a także poszerzenie kręgu potencjalnych jej adresatów.

Na wyraźną aprobatę zasługuje sposób, w jaki ustawodawca węgierski odnosi się do kwestii e-aukcji, zarówno na gruncie ustawy o egzekucji sądowej, jak i w rozporządzeniu EÁR. Spójność tych regulacji świadczy o systemowym ujęciu kwestii związanych z zakorzenioną na gruncie prawa procesowego instytucją sprzedaży w drodze licytacyjnej, uzupełnioną o nową jej formę, opartą na doświadczeniach i możliwościach oferowanych przez nowoczesne rozwiązania technologiczne. Przenosząc te rozwiązania na grunt polskiego porządku prawnego, należy zwrócić uwagę na początki związane z wdrażaniem licytacji elektronicznej z ruchomości wyrażające się w stworzeniu wyraźnej podstawy prawnej w tym celu, czego końcowym efektem będzie sprawne i komunikatywne korzystanie z dedykowanego systemu teleinformatycznego. Dalszym krokiem, którego realizacja będzie świadczyła o wypełnieniu postulatu *de lege ferenda*, jest uzupełnienie wprowadzonych w ostatnim czasie do polskiej ustawy procesowej przepisów o e-licytacji o możliwość sprzedaży nieruchomości w drodze aukcji elektronicznej.

Practical aspects of conducting an electronic bailiff auction in Hungary

The objective of the present study is treatment of legislative solutions establishing so-called e-auctions in Hungary, and also its process. In the study you will find elaboration on basic legal regulations within the area which could be applied in the Hungarian legal system.

Kodeks postępowania cywilnego

www.ksiegarnia.beck.pl

Przygotowanie do wykonywania zawodu prawnika w świecie z informatyzowanego wymiaru sprawiedliwości – rozważania na tle działalności europejskich klinik prawa

dr Katarzyna Julia Furman¹

W niniejszym opracowaniu autorka, bazując na doświadczeniach europejskich klinik prawa, omawia możliwości przygotowania studentów do pracy *on-line*. W szerszym ujęciu porusza również problematykę związaną z aktywnym udziałem stron w postępowaniu w przypadku samodzielnej reprezentacji w procesie.

Oprócz analizy sytuacji osób, które nie będą miały zapewnionej pomocy profesjonalnego pełnomocnika w procesie, w artykule jest również omówiony aspekt aktualnych barier w kontaktach z sądami osób starszych i samotnych. Jest to grupa osób, które często poszukują bezpłatnej pomocy prawnej i kierują się po nią do klinik prawa – poradni działających przy wydziałach prawa i administracji wyższych uczelni².

Uwagi wstępne

Wprowadzone oraz przygotowywane obecnie rozwiązania zmierzające do informatyzacji wymiaru sprawiedliwości³ oprócz zmian organizacyjnych w samych sądach będą również rodzić konieczność odpowiedniego przygotowania absolwentów kierunków prawniczych do wykonywania zawodu prawnika i działania w oparciu o przepisy, które przewidują pewien stopień informatyzacji procedury cywilnej⁴.

Oczywiście można poczynić założenie, że wiedzę dotyczącą działalności sądów z wykorzystaniem elektronicznej formy kontaktu czy też odpowiednich platform strony postępowania oraz ich pełnomocnicy będą zdobywać już w toku toczących się procesów sądowych, jednak bardziej efektywne jest włączenie tych zagadnień np. do toku studiów akademickich.

Wydaje się, że niezbędna jest dyskusja o konieczności podejmowania działań edukacyjnych zmierzających do wyposażenia absolwentów kierunków prawniczych w umiejętności aktywne posługiwania się programami informatycznymi, wykorzystywanymi na potrzeby postępujących zmian informatyzujących działalność polskich sądów.

Również problematyka związana z aktywnym udziałem stron w postępowaniu w przypadku samodzielnej reprezentacji w procesie wymaga omówienia w kontekście możliwości zapewnienia wszystkim równego dostępu do wymiaru sprawiedliwości.

Cele i metody pracy w klinikach prawa na świecie i w Polsce

Uniwersyteckie poradnie prawne, zwane z języka angielskiego również „klinikami prawa” (ang. „*legal clinics*”),

działają w Polsce od kilkunastu lat. Pierwsza klinika powstała w 1997 r. na Uniwersytecie Jagiellońskim.

Celem istnienia poradni, prócz niesienia przez studentów (pod opieką merytoryczną pracowników naukowych) pomocy najuboższym i uwrażliwiania studentów na problemy osób zagrożonych wykluczeniem, jest również realizacja celu edukacyjnego, tj. przygotowanie do wykonywania zawodu prawnika.

Studenci uczestniczący w zajęciach poradni mają możliwość nauczenia się prawa w praktyce, przy zapewnieniu realnej pomocy osobom jej potrzebującym. Ich praca polega na udzieleniu klientom poradni pisemnej opinii prawnej bądź też na sporządzeniu konkretnego pisma procesowego na podstawie stanu faktycznego zebranego w trakcie przeprowadzonej z klientem rozmowy-wywiadu. Studenci nie podejmują decyzji za klienta – ich obowiązkiem jest przedstawienie klientom wszelkich możliwych dróg działania w danej sytuacji prawnej.

Klientami uniwersyteckich poradni prawnych są ci, których nie stać na zwrócenie się ze swym problemem do prawnika przynależącego do samorządu zawodowego. Są to często osoby w trudnej sytuacji życiowej i finansowej. Dużą grupę stanowią osoby starsze, które częściej nie radzą sobie z ota-

¹ Autorka jest adiunktem w Klinice Prawa Uniwersytetu Warszawskiego, Członkiem Zarządu European Network for Clinical Legal Education, <http://encler.org/> (dostęp z 30.8.2015 r.).

² Szerzej na temat podmiotów działających w obszarze bezpłatnego poradnictwa zob. *M.J. Skrodzka* (red.), *System nieodpłatnego poradnictwa prawnego i obywatelskiego. Wdrażanie rozwiązań modelowych*, Warszawa 2014, s. 87 i nast.

³ Szerzej na temat zmian w zarządzaniu finansami i kadrami, a także elektronicznego dostępu do dokumentów, na podstawie których podejmuje się strategiczne decyzje zob. *Na wokandzie*, *Kwartalnik Informacyjny Ministerstwa Sprawiedliwości* 2012, Nr 2, s. 22.

⁴ *J. Gołaczyński*, *Elektroniczne postępowanie procesowe*, *E-Biuletyn* 2003, Nr 3, s. 1 i nast.

czającą je rzeczywistością. Porady są udzielane nieodpłatnie. W zależności od uczelni działalność poradni jest kwalifikowana jako zajęcia nieobowiązkowe, obowiązkowe (za które uzyskać można punkty ECTS) lub jako koło naukowe.

Niezależnie od formy działalności, jeśli poradnia przynależy do sieci parasolowej Fundacji Uniwersyteckich poradni prawnych spełniać musi określone standardy. Dotyczy to m.in. obowiązku ubezpieczenia poradni od odpowiedzialności cywilnej, wszelkich działań związanych z prawidłowym przetwarzaniem i przechowywaniem danych osobowych, jak również relacji i kontaktów z klientami, a także sposobu pracy studentów (pracują nad sprawą w parach, wspólnie rozwiązują problemy i przedstawiają propozycję działań i możliwych prawnych rozwiązań koordynatorowi/opiekunowi).

Obecnie działa w Polsce 26 uniwersyteckich poradni prawnych. Rocznie – według danych za rok akademicki 2013/2014 – udzielana jest w nich pomoc w około 11 000 sprawach. W klinikach pracuje około 280 nauczycieli akademickich.

Kliniki prawa funkcjonują zarówno w Europie, jak i na świecie. Pomagają m.in. w Wietnamie, Chinach, USA, we Włoszech, w Hiszpanii, jak również na Białorusi czy w Rosji.

Wszędzie w ramach zajęć klinicznych niezwykle duży nacisk jest kładziony na aktywne formy przekazywania treści merytorycznych. Nauczyciele prowadzący zajęcia ze studentami wykorzystują takie metody, jak: symulacje, *moot court*, warsztaty, *snowball*, *mocktriale*⁵. Każda z tych metod jest wykorzystywana w tematyce związanej z przyszłą pracą zawodową absolwentów. Studenci uczą się sztuki negocjacji, prowadzenia sporów czy wystąpień publicznych. Powstają podręczniki, czasopisma oraz artykuły naukowe poświęcone zagadnieniu edukacji klinicznej⁶, prowadzone są badania, które stanowią podstawę do nadania stopni naukowych (np. w Wielkiej Brytanii). Organizowane są konferencje, podczas których klinicyści z całego świata wymieniają się doświadczeniami, poznają nowe formy prowadzenia warsztatów ze studentami, omawiają najnowsze problemy w obszarze społecznym, z którymi przychodzi im się zmierzyć w reprezentowanych przez nich krajach. Istnieją w końcu międzynarodowe organizacje⁷, które za cel działania stawiają sobie wspieranie idei powstawania i funkcjonowania klinik prawa jako miejsc, w których po pomoc mogą się zwrócić najbardziej potrzebujący (np. we Włoszech ogromna część klinik jest skierowana na zapewnienie pomocy prawnej uchodźcom⁸).

Absolwenci klinik prawa, wrażliwi na kwestie społeczne oraz rozumiejący problemy, jakie w życiu codziennym towarzyszą osobom niezamożnym, chętnie angażują się w przyszłej pracy zawodowej w poradnictwo *pro bono* – w ramach kancelarii prawnych – czy też w akcje poszczególnych samorządów zawodowych. Oczywiście kliniki nie są jedynym miejscem, gdzie młoda osoba może zdobyć wrażliwość na problemy społeczne, jednak niewątpliwie sprzyjają powstaniu takiej wrażliwości.

Informatyzacja wymiaru sprawiedliwości a sytuacja osób starszych

Omawiając przedmiotowe zagadnienie, należy zasygnalizować sytuację osób starszych, do których mogłaby być adresowana pomoc studentów.

Ostatnie zmiany wprowadziły już elektroniczne protokoły⁹, postępowanie wieczystoksięgowe oraz postępowanie upominawcze z wykorzystaniem elektronicznych rozwiązań¹⁰. Mówi się o możliwości informatyzacji postępowania w sprawach o wykroczenia¹¹. Wszystkie te procesy ułatwiają kontakt z wymiarem sprawiedliwości, jednak nie wszyscy z takich udogodnień mogą korzystać.

Należy pamiętać o grupie osób, których dotyka wykluczenie cyfrowe. Będą to głównie osoby starsze, emeryci i renciści, osoby niepełnosprawne, rolnicy, mieszkańcy obszarów wiejskich, także osoby słabo wykształcone¹².

Przy czym to wiek jest wskazywany jako główna bariera w korzystaniu z Internetu – „wśród 13,7 mln osób w wieku 50+ z Internetu nie korzysta aż 67%, czyli ponad 9 mln osób¹³”. Brak możliwości skorzystania z Internetu przez osoby w tej grupie wiekowej wiąże się też często z prozaicznym faktem braku umiejętności posługiwania się komputerem, a także braku środków pieniężnych pozwalających na jego zakup i bieżącą eksploatację.

Przedstawione powyżej wyniki badań potwierdza również forma kontaktu osób starszych z poradnią uniwersytecką – najczęściej wybierają one kontakt osobisty, a w sytuacji, w której upewniamy się co do ich możliwości wyszukania odpowiednich informacji w Internecie (np. numerów telefonu do poszczególnych instytucji publicznych), otrzymujemy odpowiedź, w której przyznają iż, nie potrafią posługiwać się tym narzędziem.

⁵ Szerzej zob. *M. Klauze*, *Active methods of teaching legal ethics*, [w:] *M. Król* (red.), *Professional legal ethics – in theory and case studies*, Warszawa 2013, s. 136 i nast., oraz *M. Klauze*, *Aktywne metody nauczania w klinikach prawa*, EP 2011, Nr 7, <http://www.edukacja.prawnicza.pl/archiwum-wydan/a/pokaz/c/magazyn/m/6-126-czerwiec-2011.html> (dostęp z 30.8.2015 r.).

⁶ Na przykład <http://www.northumbriajournals.co.uk/index.php/ijcle> (dostęp z 30.8.2015 r.).

⁷ Na przykład Global Alliance for Justice Education (<http://www.gaje.org/>, dostęp z 30.8.2015 r.) oraz wspomniana wcześniej European Network for Clinical Legal Education.

⁸ Szerzej zob. *K. Furman*, *Edukacja kliniczna we Włoszech na przykładzie działania kliniki prawa na Università degli Studi Roma Tre w Rzymie*, *Klinika* 2014, Nr 16, s. 10.

⁹ Zob. *J. Gołaczyński*, *Elektroniczny protokół – projekt badawczy w zakresie transkrypcji treści nagrań audio-wideo z posiedzeń sądowych*, Na wokandzie, *Kwartalnik Informacyjny Ministerstwa Sprawiedliwości* 2011, Nr 2/5, s. 9 i nast.

¹⁰ *Ł. Goździaszek*, *Rozwój elektronicznego postępowania upominawczego – postulaty de lege ferenda*, Na wokandzie, *Kwartalnik Informacyjny Ministerstwa Sprawiedliwości* 2011, Nr 2/5, s. 20 i nast.

¹¹ *M. Witkiewicz-Haško*, *Informatyzacja postępowania w sprawach o wykroczenia – postulaty de lege ferenda*, Na wokandzie, *Kwartalnik Informacyjny Ministerstwa Sprawiedliwości* 2011, Nr 2/5, s. 26.

W takich wypadkach pomoc studentów, przy wykorzystaniu zaplecza komputerowego, byłaby nieodzowna w ramach zapewnienia dostępu do zinformowanego systemu wymiaru sprawiedliwości osobom starszym.

Sprawnie działający, zmodernizowany system wymiaru sprawiedliwości przyczyni się do poprawy efektywności wydawanych w tym obszarze środków i redukcji kosztów¹⁴. Nie można jednak zapominać o konieczności zapewnienia wsparcia w nowej rzeczywistości osobom potrzebującym go w większym stopniu niż inni.

Praca on-line w klinikach prawa w Europie a wykorzystanie aktywnych metod w obszarze informatyzacji procedur sądowych

Obecnie studenci uniwersyteckich poradni prawnych z powodzeniem kontaktują się z klientami poradni drogą elektroniczną¹⁵. Ta forma kontaktu jest często wybierana nie tylko ze względu na to, że jest obecnie stosunkowo najmniej czasochłonna i najprostsza, lecz również dlatego, że bywa jedyną formą kontaktu z osobami, które potrzebują pomocy, a z jakichś względów nie mogą udać się do poradni, np. po to, by donieść dokumenty niezbędne do sporządzenia pełnej opinii w ich sprawie. W takim wypadku mogą np. przesłać skany.

Jako przykład bardzo dobrze funkcjonującej kliniki, która zapewnia pełen kontakt on-line i wypracowała w tym zakresie swoją własną metodologię, można wskazać klinikę na Uniwersytecie Loranda Eötvösa (ELTE) w Budapeszcie¹⁶, w ramach której działają dwa podmioty: klinika pomagająca węgierskiej społeczności romskiej oraz klinika zajmująca się prawem antydyskryminacyjnym.

Studenci ELTE udzielają porad i kontaktują się z beneficjentami pomocy drogą elektroniczną, dzięki czemu nie tylko docierają do większej grupy odbiorców na terenie całego kraju, ale również zapewniają swoim klientom anonimowość (nie ma konieczności zapisywania się i stawiania na dyżury stacjonarny) i komfort (klienci często zwracają się do poradni z problemami natury prawnej dotyczących jednak sfery ich intymności, takich jak: dyskryminacja ze względu na religię czy orientację seksualną).

Drugim przykładem podmiotu, który w niebywale efektywny sposób wykorzystuje nowe technologie, jest University of Cumbria¹⁷ prowadzący projekt edukacyjny poświęcony międzynarodowym negocjacjom.

Studenci uczestniczący w tych zajęciach prowadzą symulacje reprezentacji klienta w kontakcie z pełnomocnikiem drugiej strony z użyciem Skype'a oraz poczty elektronicznej. Symulacje są prowadzone przez dwie grupy studentów pochodzące z dwóch różnych ośrodków akademickich, w różnych

krajach, co powoduje, że oprócz bariery językowej (negocjacje są prowadzone w języku angielskim, a zdarza się, że projekt jest realizowany przez studentów np. z niemieckiej uczelni) muszą brać również pod uwagę problemy natury komunikacyjnej związane z wielokulturowością, a także wychodzić naprzeciw ograniczeniom wynikającym z komunikowania się za pomocą środków komunikacji na odległość.

Praca w małych grupach, z wykorzystaniem aktywnych metod nauczania nieodzwrotnie wpisanych w idee edukacji klinicznej studentów, sprzyja prowadzeniu interaktywnych warsztatów oraz pracy indywidualnej studentów oraz nauczycieli.

Do przeprowadzenia zajęć przygotowujących do pracy z programami informatycznymi byłoby potrzebne zapewnienie odpowiedniego zaplecza komputerowego – pracowni komputerowej (w wielu poradniach prawnych zarówno na świecie, jak i w Polsce takie pracownie istnieją, dzięki czemu studenci mają możliwość pracy nad opiniami dla klientów z wykorzystaniem przeznaczonych do tego miejsc pracy, komputerów oraz prawniczych programów elektronicznych).

Każde takie zajęcia powinny być poświęcone odmiennym kwestiom – poszczególnym zagadnieniom praktycznym np. związanym z przedstawieniem zasad wymiany korespondencji z sądem drogą elektroniczną, wytłumaczeniem zasad działania elektronicznych repertoriów oraz możliwości czerpania z nich potrzebnych informacji. Szczególnie istotne jest nauczenie studentów zwracania szczególnej uwagi na kwestie związane z upływem terminów na dokonanie określonych czynności procesowych.

Oprócz wiedzy praktycznej dotyczącej wprost treści technicznych zajęcia takie niewątpliwie przyczyniłyby się również do lepszego zrozumienia procedury cywilnej przez studentów – do zrozumienia przysługujących stronom możliwości i działań, jakie mogą podjąć w procesie sądowym.

Po uczestniczeniu w takich zajęciach studenci mogliby realnie pomagać osobom, które zwrócą się do nich z prośbą o pomoc w kontakcie z sądem. Należy zwrócić uwagę, iż pomoc taka byłaby jedynie ograniczona do asystowania osobom w kontakcie elektronicznym, nie zaś do decydowania za te osoby.

¹² Program Operacyjny PolskaCyfrowa na lata 2014–2020. Wersja. 4.0, 2014, s. 10.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ D. Sielicki, Nowoczesne metody protokołowania czynności sądowych, E-Biuletyn 2003, Nr 4, 15 http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/24980/Nowoczesne_metody_protokolo.pdf (dostęp z 30.8.2015 r.).

¹⁵ Szerzej zob. K. Furman, Kontakt z klientami uniwersyteckich poradni prawnych przy wykorzystaniu dostępnych możliwości elektronicznych. Metodologia pracy poradni prawnej działająca on-line oraz specyfika pracy jej opiekuna, PME 2014, Nr 1, s. 7 i nast.

¹⁶ [Http://www.elte.hu/](http://www.elte.hu/) (dostęp z 30.8.2015 r.).

¹⁷ [Http://www.cumbria.ac.uk/Home.aspx](http://www.cumbria.ac.uk/Home.aspx) (dostęp z 30.8.2015 r.).

Pomoc taka generowałaby z pewnością konieczność wyznaczenia odpowiedniego przedziału czasowego w poradniach, w ramach którego na dyżurze mogłyby być obecne osoby przeszkolone z tego zakresu.

Każdorazowo asystę internetową musiałyby poprzedzać wywiad-rozmowa oraz sporządzenie opinii prawnej zatwierdzonej przez koordynatora/opiekuna, tak by osoba zgłaszająca się po pomoc rozumiała kolejne etapy procedury, a także po to, by sami studenci byli w stanie przewidzieć i przedstawić klientowi skutki jego działań, w których go wspierają, np. skutki wniesienia pozwu, skutki przesłania drogą elektroniczną odpowiedzi na pozew itd.

Podsumowanie

Niewątpliwie wprowadzone zmiany mające na celu usprawnienie działalności sądów, a także ułatwienie komunikacji pełnomocników oraz stron z sądem należy ocenić bardzo pozytywnie. Dostrzec jednak trzeba omówione w tekście ryzyko z tym związane.

Zmianom legislacyjnym zawsze bowiem musi towarzyszyć głęboka refleksja związana z sytuacją osób najuboższych czy też mniej samodzielnych, a także zagrożonych wykluczeniem. W tym wypadku mówimy o osobach zagrożonych wykluczeniem elektronicznym.

Odpowiedzią na takie ryzyko może być przygotowanie do pracy z wykorzystaniem platform elektronicznych oraz odpowiednich programów studentów prawa, którzy w ramach działania uniwersyteckich poradni prawnych będą mogli wesprzeć osoby poszukujące pomocy i wsparcia już na etapie postępowania sądowego.

Wymaga to oczywiście spełnienia wielu założeń, które w tekście zostały przedstawione i uargumentowane. Uniwersyteckie poradnie prawne jako miejsca, w których szczególnie nacisk jest kładziony na pracę w mniejszych grupach, z wykorzystaniem aktywnych metod nauczania, wydają się odpowiednio do wyposażenia przyszłych prawników w warsztat pracy *on-line*, tak jak ma to miejsce w niektórych innych krajach UE.

Preparation for becoming a lawyer in a world of computerized justice – a view set in the context of European law schools

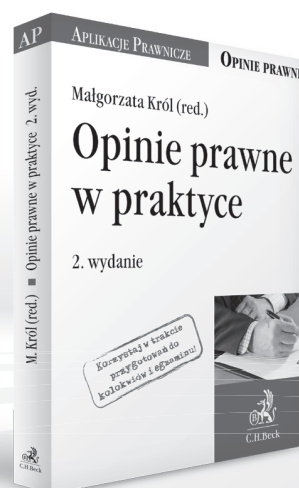
Based on experience of European law schools, in the present study, the author discusses the possibilities of preparing students to work online. In a wider context, she also raises issues related to active contribution of parties in a proceeding in a case of pro se legal representation during a court hearing.

Besides the analysis of the situations of individuals who will be guaranteed a professional help from an attorney during a court hearing, in the article there is also a discussion on current barriers among seniors and the unemployed related to contact with courts. It is a group of people which often searches legal help free of charge and look for that help at law schools – offices that are active at law and administration at university faculties.



Opinie prawne w praktyce

www.ksiegarnia.beck.pl



Obowiązek poszanowania przekonań religijnych w ustawie o radiofonii i telewizji

dr Ewa Galewska¹

W niniejszym opracowaniu autorka poddaje analizie obowiązek poszanowania przekonań religijnych odbiorców audycji i innych przekazów nadawanych w radiu i telewizji, a w szczególności stara się odpowiedzieć na pytanie, co w istocie stanowi przedmiot ochrony oraz czy prawidłowe jest zamieszczenie tego obowiązku wśród przepisów o radiofonii i telewizji.

Uwagi wstępne

Obowiązek poszanowania przekonań religijnych odbiorców audycji i innych przekazów nadawanych w radiu i telewizji został nałożony przez ustawodawcę w art. 18 ust. 2 ustawy z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji². Sformułowanie tych przepisów na początku nasuwa wniosek, że chodzi o przekonania religijne w ogóle, wszystkich słuchaczy i widzów, niezależnie od tego, jaką religię wyznają. W dalszej części art. 18 ust. 2 RadTelU ustawodawca wskazuje jednak, że szanować należy „zwłaszcza chrześcijański system wartości”. Wątpliwości odnośnie do art. 18 ust. 2 RadTelU dotyczą tego, jaki jest przedmiot jego ochrony, a także czy zamieszczenie wspomnianego obowiązku wśród przepisów o radiofonii i telewizji jest zasadne.

Według TK³ brak poszanowania dla przekonań religijnych (czyli w istocie naruszenie uczuć religijnych) może mieć miejsce także wówczas, gdy treść audycji jest niezgodna z innym niż chrześcijański systemem wartości, ale takiego wniosku nie nasuwa analiza decyzji Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (KRRiT) oraz wyroków sądowych wydanych w sprawach dotyczących naruszenia art. 18 ust. 2 RadTelU. Te bowiem dotyczą wyłącznie chrześcijańskiego systemu wartości. Inną rzeczą jest to, że być może katolicy, ze względu na swoją liczebność⁴, najczęściej czują się urażeni wypowiedziami prezentowanymi w radiu i telewizji⁵. Badania wskazują jednak, że w programach radiowych i telewizyjnych w Polsce często są prezentowane obraźliwe wypowiedzi dotyczące przekonań religijnych innych osób niż katolicy⁶.

Treść obowiązku poszanowania przekonań religijnych w ustawie o radiofonii i telewizji

Rozważania na temat zasadności nałożenia na nadawców obowiązku poszanowania przekonań religijnych należy rozpocząć od ustalenia, jakie jest *ratio legis* omawianych tu przepisów. W doktrynie podkreśla się, że celem art. 18 ust. 2 RadTelU jest „przeciwdziałanie kwestionowaniu wolności innych osób do niezakłóconego identyfikowania się z określonymi przekonaniami”. Wartością chronioną przez

ów przepis jest zaś wolność sumienia i religii, o której mowa w art. 53 Konstytucji⁷. Jak podkreśla TK⁸, ze względu na ich powiązanie z konstytucyjnymi zasadami wolności sumienia i wyznania uczucia religijne podlegają szczególnej ochronie prawa. Nie ulega wątpliwości, że wolność religii, o której mowa w art. 53 Konstytucji, „obejmuje również wolność od ataków na przedmioty czci religijnej. Do obowiązków ustawodawcy należy zatem stworzenie efektywnych środków prawnych, które służyłyby korzystaniu z prawa wolności religii w sposób niezakłócony, wolny od ingerencji (...), ustawodawca ma obowiązek ustanowić warunki zapewniające spokojne korzystanie z prawa wolności religii w stosunkach między osobami prywatnymi”⁹. Obowiązek, o którym tu mowa, wynika zresztą nie tylko z przepisów Konstytucji, ale również z przepisów prawa międzynarodowego¹⁰ oraz unijnego¹¹. W doktrynie podkreśla się, że z art. 9 EKPCz, statuującego wolność myśli, sumienia i wyznania, wynika obowiązek władz publicznych stworzenia prawnych ram umożliwiających korzystanie z tych swobód oraz zapewnienia ochrony przed działaniami podmiotów trzecich zmierzają-

¹ Autorka jest adiunktem w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

² Tj. Dz.U. 2015 r. poz. 153; dalej jako: RadTelU.

³ Uchwała TK z 2.3.1994 r., W 3/93, OTK 1994, Nr 1, poz. 17.

⁴ Dane z Małego Rocznika Statystycznego Polski 2015, GUS, Warszawa LVIII, s. 113.

⁵ Por. np. Sprawozdanie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z działalności w 2009 roku, Warszawa 2010, s. 30–31; Sprawozdanie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z działalności w 2008 roku, Warszawa 2009, s. 37–38.

⁶ Por. np. R. Maszkowski, Mowa nienawiści w Radiu Maryja (głos w dyskusji), [w:] A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne, Warszawa 2010, s. 164.

⁷ S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz, Warszawa 2014.

⁸ Orzeczenie TK z 7.6.1994 r., K 17/93, http://otk.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/otkpdf/1994/K_17_93.pdf (dostęp z 26.8.2015 r.).

⁹ W. Odrowąż-Sypniewski, O zgodności z Konstytucją postulatu wykreślenia z polskiego prawodawstwa przepisów o „przestrzeganiu wartości chrześcijańskich” i obrażaniu uczuć religijnych”, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2006 VII–IX, Nr 3(11), s. 23.

¹⁰ Zob. art. 9 Konwencji z 4.11.1950 r. o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm.; dalej jako: EKPCz.

¹¹ Zob. art. 10 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 30.3.2010 r., Dz.Urz.UE. C Nr 83, s. 389.

cych do ich naruszenia. Owe działania mogą przy tym polegać np. na zakłócaniu spokoju wewnętrznego osób o określonych przekonaniach religijnych oraz tworzeniu kontekstu wrogiego dla ich rozwoju duchowego¹². Bez wątplenia polski ustawodawca ów obowiązek spełnił, zapewniając ochronę ustawową wolności sumienia i wyznania, np. w przepisach prawa karnego czy cywilnego. Pojawia się wszakże pytanie, czy zamieszczenie obowiązku poszanowania przekonań religijnych w ustawie o radiofonii i telewizji, chociaż jest zgodne z Konstytucją, służąc ochronie wolności sumienia i wyznania, nie jest już jednak pewną „nadgorliwością” ustawodawcy.

Definicja pojęć użytych w art. 18 ust. 2 RadTelU nie jest zadaniem łatwym, ponieważ ze względu na ich nieostry charakter można je interpretować w różny sposób. W dodatku ustawodawca nie wyjaśnia, jak należy te pojęcia definiować, stosując przepisy ustawy o radiofonii i telewizji. W doktrynie wyodrębnia się pojęcie przekonania w aspekcie formalnym oraz materialnym. W aspekcie formalnym przekonania „muszą układać się w system osiagający pewien stopień powagi, spójności i siły przekonywania”. W aspekcie materialnym zaś „pojęcie to odnosi się do poglądów zasługujących na respekt w społeczeństwie demokratycznym i nieprzeciwstawiających się godności człowieka, więc dotyczących istotnego i poważnego aspektu ludzkiego życia i postępowania”¹³. W art. 18 ust. 2 RadTelU mowa jest jednak wyłącznie o przekonaniach religijnych, a zatem o pewnym, spełniającym warunki wskazane wyżej, poglądzie na kwestie religijne. Poglądy te mogą przy tym dotyczyć różnych religii (ruchów religijnych). Trzeba jednak podkreślić, że w ogóle zdefiniowanie pojęcia religia podejmowane w nauce¹⁴ należy do zadań praktycznie niewykonalnych ze względu na wielość, różnorodność i zmienność zjawisk, jakie może ono objąć. Na gruncie art. 9 EKPCz pojęcie to obejmuje nie tylko ukształtowane już kościoły, lecz także wyłaniające się dopiero ruchy religijne czy też ruchy funkcjonujące poza głównym nurtem życia religijnego¹⁵. Wydaje się, że pojęcie użyte w art. 18 ust. 2 RadTelU – przekonania religijne – wskazuje też na to, iż obejmuje wszelkie przekonania, także antyreligijne.

Trudną już sytuację prawną spowodowaną zamieszczeniem w art. 18 ust. 2 RadTelU wieloznacznych terminów i brakiem wyjaśnienia, jak je należy interpretować na użytek tej ustawy, dodatkowo komplikuje zawarcie w tym przepisie zastrzeżenia, że obowiązek poszanowania przekonań religijnych dotyczy zwłaszcza chrześcijańskiego systemu wartości. Pojęcie systemu wartości jest bowiem pojęciem filozoficznym, którego interpretacja jest niezwykle trudna i rodzi wiele sporów¹⁶. To zaś prowadzi do poważnej niepewności prawa wśród obywateli. *T. Hellwig* słusznie natomiast twierdzi, że dopóki nie istnieje przewidywalność stosowania prawa, jesteśmy zdani na całkowitą uznaniowość władz. Jest to wygodne dla władzy, jednak nie dla tych, którzy muszą do tej władzy się dostosowywać i podejmować działania mające zapobiegać naruszeniom prawa¹⁷.

W opinii TK, wyrażonej w uchwale z 2.3.1994 r., część art. 18 ust. 2 RadTelU odnosząca się do chrześcijańskiego systemu wartości „stanowi wyliczenie przykładowe uzasadnione głębokim zakorzeniem tych wartości w tradycji i kulturze społeczeństwa polskiego bez względu na stosunek danej osoby do religii”¹⁸. Jak słusznie jednak argumentuje *J. Sobczak*, redakcja art. 18 ust. 2 RadTelU prowadzi do wniosku, że chrześcijański system wartości znajduje się w pozycji uprzywilejowanej, chociażby tylko w stosunku do uczuć religijnych odbiorców, i podlega ściślejszej ochronie prawnej¹⁸. Podobną opinię wyraża *J. Hartman*, który argumentuje, że przepisy ustawy o radiofonii i telewizji faworyzują chrześcijaństwo w stosunku do innych religii i światopoglądów¹⁹.

Omawiając kwestię nieposzanowania przekonań religijnych odbiorców programów radiowych i telewizyjnych, warto przytoczyć wyrok ETPCz z 20.9.1994 r.²⁰, w którym podkreślono, że wyznawcy żadnej religii nie mogą oczekiwać, by ich przekonania nie były poddawane krytyce. Muszą tolerować podważanie przez innych dogmatów wyznawanej przez nich religii, a także głoszenie poglądów wyrażających wrogi stosunek do ich przekonań religijnych. Podobne argumenty można spotkać w polskiej literaturze prawniczej. Według *J. Falskiego* „wierzący w społeczeństwach demokratycznych muszą tolerować ewentualne zranienie swych uczuć religijnych czy doprowadzenie ich do irytacji, jak również są zmuszeni znosić idee propagowane przez niewierzących i filozofie negujące istnienie Boga”. Innymi słowy, „każda religia musi się liczyć w demokracji z obecnością idei, które mogą obrażać, szokować bądź niepokoić, ale w zamian ma prawo do zapewnienia ochrony przed agresją, która przekracza dopuszczalne granice”²¹. Nieco odmienną opinię wyraża *J. Sobczak*, który argumentuje, że za sprzeczne z postanowieniami art. 18 ust. 2 RadTelU „należy uznać audycje wyszydające bądź wyśmiewające dogmaty religijne, kwestionujące prawdziwość objawień, poddające w wątpliwość prawdy wiary

¹² *L. Garlicki* (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*. Tom I. Komentarz do art. 1–18, Warszawa 2010, s. 560.

¹³ Rozważania te dotyczą wprawdzie art. 9 EKPCz, ale można je odnieść również do art. 18 ust. 2 RadTelU. Zob. *L. Garlicki* (red.), *Konwencja...*, s. 557.

¹⁴ Problem ten wnikliwie analizuje *R. Paprzycki*, *Prawna ochrona wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2015, s. 2–6.

¹⁵ *A. Wróbel*, *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej*. Komentarz, Warszawa 2013, s. 329.

¹⁶ Zob. *J. Sobczak*, *Radiofonia i telewizja*. Komentarz do ustawy, Kraków 2001, s. 256 i nast.

¹⁷ *T. Hellwig*, *Naruszenia wartości w mediach i praktyka KRRiT*: postulaty zmiany procedury, [w:] *A. Bodnar, D. Bychawska-Siniarska* (red.), *KRRiT postrachem nadawców – wadliwe regulacje czy nadgorliwa instytucja*. Materiały z konferencji, Warszawa 2010, s. 19.

¹⁸ *J. Sobczak*, *Radiofonia...*, s. 270.

¹⁹ *J. Hartman*, *Różnie rozumiane wyrażenie „obraza uczuć religijnych” i jego zastosowanie*, [w:] *A. Bodnar, D. Bychawska-Siniarska* (red.), *KRRiT postrachem nadawców – wadliwe regulacje czy nadgorliwa instytucja*. Materiały z konferencji, Warszawa 2010, s. 31–32.

²⁰ *Otto-Preminger* – Institute v. Austria, Series A. 295.

²¹ *J. Falski*, *Europejskie kryteria wolności sumienia i wyznania*, PiP 2008, Nr 9, s. 59 i 64.

i sens nakazów religijnych²². Przytoczoną opinię można uznać za zasadną częściowo. Pomijając już to, że w świetle poglądów innych komentatorów prawa oraz judykatury zaprezentowane poglądy są odosobnione, szczególnie zwraca uwagę ich radykalność. O ile można się zgodzić, że nie należy wyśmiewać bądź wyszydząć przekonań religijnych innych osób, oczywiście w sposób przekraczający granice dopuszczalne w mniemaniu przyjętym w danym społeczeństwie, to wątpliwości pojawiają się, czy taki zakaz można postawić odnośnie do kwestionowania danej religii oraz poddawania w wątpliwość jej dogmatów.

Jak już wyżej wspomniano, każdy człowiek posiadający określone przekonania religijne musi tolerować ich ewentualną krytykę przez innych. Krytyka ta wszakże nie może przekraczać pewnych granic, w ramach których każdy człowiek korzysta z wolności religii. Nie może więc ona sprowadzać się do naruszania uczuć religijnych. Wówczas bowiem owa konstytucyjna wolność jest zagrożona i wymaga podjęcia interwencji przez władze publiczne. Słusznie jednak zauważa *J. Falski*, że trudno jest z całą pewnością określić, gdzie zaczyna się prawo wyznań do szacunku. Podkreśla on, że: „Wszystko zależy od wrażliwości, okoliczności, uprzedzeń, interpretacji i wielu innych czynników²³”. Według *S. Piątka*: „Naruszenie przekonań religijnych oceniać należy z obiektywnego, rozsądnego punktu widzenia, a nie kierując się jedynie subiektywnym przeświadczeniem pojedynczej osoby, która poczuła się dotknięta treścią audycji lub innego przekazu. Wymóg poszanowania przekonań religijnych może być rozsądnie odnoszony do uznanych i społecznie akceptowanych wzorów zachowań religijnych²⁴”. *J. Falski* na tle rozważań na temat art. 9 EKPCz, które mogą mieć też zastosowanie do art. 18 ust. 2 RadTelU podkreśla, że kwestie progu tolerancji określonych wypowiedzi, w tym braku wrażliwości czy nadwrażliwości, nie są niezmiennie, zależą też od lokalnych nawyków, zwyczajów, okoliczności itd.²⁵ Jak więc widać, dla dokonania takiej oceny istotne znaczenie mają standardy obowiązujące w danym społeczeństwie. Ocena, czy w danej sytuacji doszło do nieposzanowania przekonań religijnych, jest więc niezwykle trudna i często zależy od okoliczności danej sprawy oraz od tego, o jakie przekonania religijne chodzi. Dla niektórych osób bowiem dana wypowiedź może być neutralna albo pożądana z punktu widzenia ich przekonań religijnych, ale już będzie obraźliwa dla osób o innych przekonaniach. Jak jednak słusznie zauważyli sędziowie: *E. Palm*, *R. Pekkanen*, *J. Makarczyk* w odrębnej opinii złożonej do powołanego wyżej wyroku w sprawie *Otto-Preminger – Institut v. Austria*, atak na przekonania religijne innych osób powinien być o takim poziomie napastliwości i być tak blisko naruszenia wolności wyznania innych osób, by sam się pozbawiał prawa do bycia tolerowanym przez społeczeństwo. Chodzić więc tu może o wypowiedzi, które oburzają i napawają niesmakiem całą społeczność lokalną prezentującą określone przekonania religijne, nie tylko żarliwych wyznawców danej religii.

Obowiązek poszanowania uczuć religijnych w praktyce stosowania przepisów ustawy o radiofonii i telewizji

Jak wynika z powyższych rozważań, tworzenie pewnego standardu dokonywania oceny wypowiedzi, którą można uznać za naruszającą obowiązek poszanowania przekonań religijnych, jest zadaniem niezwykle skomplikowanym. Ze względu na nieostre pojęcia użyte w art. 18 ust. 2 RadTelU – „przekonania religijne”, „chrześcijański system wartości” – KRRiT posiada znaczną swobodę, dokonując oceny, czy w danej sytuacji doszło do naruszenia obowiązku poszanowania przekonań religijnych. Oznacza to, że wiele zależy od tego, jaki system wartości prezentują jej członkowie, a także sędziowie rozpatrujący odwołania od decyzji Przewodniczącego KRRiT. To zaś ma niezwykle istotne znaczenie zwłaszcza w świetle kompetencji KRRiT.

Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji jest organem państwowym właściwym w sprawach dotyczących radia i telewizji. Jest ona nie tylko organem regulacyjnym wykonującym zadania o charakterze administracyjnym, lecz również powierzono jej kompetencje z zakresu kontroli państwowej i ochrony prawa. Ustawodawca określił dyrektywy, którymi KRRiT powinna się kierować w swojej działalności, wskazując, że stoi ona „na straży wolności słowa w radiu i telewizji, samodzielności dostawców usług medialnych i interesów odbiorców oraz zapewnia otwarty i pluralistyczny charakter radiofonii i telewizji” (art. 6 ust. 1 RadTelU). Jak się słusznie podkreśla w doktrynie, sposób realizacji obowiązków nałożonych na KRRiT „zależy od stopnia, w jakim jej członkowie (...) są niezależni i przygotowani do pełnienia powierzonych im funkcji²⁶”.

Na czele KRRiT stoi jej przewodniczący, który podejmuje działania mające na celu zrealizowanie zadań przypisanych KRRiT zwłaszcza w ramach sprawowania przez KRRiT kontroli działalności dostawców usług medialnych (art. 6 ust. 2 pkt 4 RadTelU). Trzeba przy tym podkreślić, że kontrola ta obejmuje także przestrzeganie przez nadawców art. 18 ust. 2 RadTelU. Przewodniczący KRRiT może żądać od dostawcy usługi medialnej przedstawienia materiałów, dokumentów i udzielenia wyjaśnień w zakresie niezbędnym dla kontroli zgodności działania takiego dostawcy z przepisami ustawy, warunkami koncesji lub wiążącymi go aktami samoregulacji (art. 10 ust. 2 RadTelU). Przewodniczący KRRiT może też wezwać dostawcę usługi medialnej do zaniechania działań w zakresie dostarczania usług medialnych, jeżeli na-

²² *J. Sobczak*, *Radiofonia...*, s. 255.

²³ *J. Falski*, *Europejskie...*, s. 65.

²⁴ *S. Piątek*, *W. Dziomdziora*, *K. Wojciechowski*, *Ustawa...*, s. 53.

²⁵ *J. Falski*, *Europejskie...*, s. 58.

²⁶ *M. Krotoszyński*, *Trzecia droga: środki administracyjne w zwalczaniu mowy nienawiści (głos w dyskusji)*, [w:] *R. Wieruszewski* (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa: aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010, s. 119.

propagować działań sprzecznych z prawem. Uczucia religijne podlegają zaś ochronie na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego i Kodeksu karnego, o czym mowa jest dalszej części niniejszego artykułu. Wypowiedzi naruszające uczucia religijne mogą też być sprzeczne z moralnością i dobrem społecznym. W końcu można je uznać za nawołujące do nienawiści lub dyskryminujące ze względu na wyznanie. Jak więc widać, przepisy polskiego prawa publicznego zapewniają wystarczającą ochronę uczuciom religijnym, uprawniając KRRiT do podjęcia interwencji w razie ich naruszania.

Jak już wspomniano, oprócz scharakteryzowanych wyżej przepisów ustawy o radiofonii i telewizji w prawie polskim funkcjonują inne przepisy, które służą ochronie uczuć religijnych, także odbiorców programów radiowych i telewizyjnych. Trzeba przyznać, że przepisy Kodeksu karnego i Kodeksu cywilnego mające służyć ochronie uczuć religijnych również wzbudzają wiele kontrowersji i wątpliwości zarówno ze strony komentatorów, jak i judykatury. Takie wątpliwości nie są zaskakujące, biorąc pod uwagę szczególnego rodzaju dobro, które podlega ochronie. Dobro, którego nie da się nawet precyzyjnie zdefiniować, a jego naruszenie jest zależne od stosunków społecznych i norm przyjętych w danej społeczności.

Uczucia religijne są przedmiotem ochrony prawno-karnej³⁶. Artykuł 196 KK przewiduje przestępstwo znieważenia uczuć religijnych. Przestępstwo to polega na naruszeniu uczuć religijnych innych osób, dokonane przez publiczne znieważenie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. Trzeba przy tym podkreślić, że jednym ze znamion omawianego tu czynu zabronionego jest publiczne znieważenie przedmiotu czci religijnej. Przez pojęcie przedmiotu czci religijnej należy przy tym rozumieć „każdy przedmiot, który ma znaczenie religijne lub liturgiczne dla danego wyznania”³⁷. Kolejnym znamiennym jest publiczne znieważenie miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. W obu przypadkach jednak konieczne jest równoległe zaistnienie kolejnego ustawowego znamienia omawianego tu przestępstwa, to jest obrazy uczuć religijnych. Istotne w tym przypadku jest też to, że omawiane tu przestępstwo może zostać popełnione wyłącznie umyślnie, w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym³⁸. Trzeba zwrócić uwagę, że art. 196 KK również zawiera nieostre pojęcia, mające charakter ocenny, których wykładnia może powodować wiele problemów w praktyce. Jak się podkreśla w doktrynie, zachowanie sprawcy omawianego tu przestępstwa należy oceniać w oderwaniu od osobistych przeżyć jednostki, która z uwagi na wrodzoną wrażliwość lub jej brak w danych okolicznościach mogłaby się poczuć obrażona³⁹. Według *R. Paprzyckiego* stosowanie takiego kryterium jest niezbędne, biorąc pod uwagę różny stopień wrażliwości u poszczególnych osób. „Dla osoby bardzo zaangażowanej religijnie nawet podważanie prawdziwości wyznawanej przez nią wiary czy manifestowanie ateizmu (...) może ranić uczucia”. Obrazą uczuć religijnych może skutkować zachowanie polegające na okazywaniu pogardy, zrównaniu z podłymi za-

chowaniem lub ideami, podarcie lub oplucie przedmiotu czci religijnej⁴⁰. Znamion omawianego tu przestępstwa nie wypełnia jednak zachowanie sprowadzające się do krytykowania religii, nawet jeżeli jest dokonywane w radykalnej formie, podważanie jej prawdziwości lub negatywne ocenianie dogmatów, o ile nie przekracza norm przyjętych w danym społeczeństwie⁴¹.

Uczucia religijne stanowią też dobro osobiste chronione na podstawie art. 23–24 KC. Wprawdzie w art. 23 KC ustawodawca wymienia jedynie swobodę sumienia, ale należy mieć na uwadze, że zawarty w tym artykule katalog dóbr osobistych ma charakter otwarty. Zdaniem SN⁴² zaś w granicach dobra osobistego określanego jako swoboda sumienia pozostaje również swoboda wyznania. Jak bowiem wyjaśnia SN⁴³: „Swoboda sumienia to prawo do wolnego wyrażania określonego światopoglądu, zatem także prawo wolnego wyboru i wyrażania określonej religii”. W opinii SN ochrona uczuć religijnych sprowadza się w tym przypadku do ochrony sfery pojęć, wyobrażeń i przekonań jednostki. „Można je określić jako stan psychiczny, którego istotę stanowi ustosunkowanie się wewnętrzne do przeszłych, obecnych i przyszłych zdarzeń, bezpośrednio lub pośrednio związanych z religią jako formą świadomości społecznej, obejmującej wierzenia dotyczące sensu i celu istnienia człowieka, ludzkości i świata”. W razie dochodzenia roszczeń na podstawie art. 23 i 24 KC trzeba mieć na uwadze zarówno kryteria subiektywne, czyli np. indywidualną wrażliwość religijną danej osoby, jak również trzeba uwzględnić kryterium obiektywne, czyli postrzeganie danej wypowiedzi w szerszym kontekście społecznym. W sprawie dotyczącej obraźliwych wypowiedzi dotyczących papieża, a zatem mającej podobny kontekst jak przytoczona wyżej sprawa dotycząca wypowiedzi podczas występu kabaretu Limo, SN uznał je za naruszenie dobra osobistego. W jego opinii powód, będący duchownym rzymsko-katolickim,

³⁶ Podzielone są opinie odnośnie do zasadności wprowadzania sankcji karnych w celu zagwarantowania wolności sumienia i wyznania. Można spotkać opinie, że: „Samo wejście do gry prawa karnego oznacza już porażkę, bo świadczy o tym, że zawiodły inne narzędzia kontroli i współpracy społecznej, przez co pozostał do zastosowania jedynie ten środek ostateczny”; *R. Paprzycki*, *Prawna...*, s. 101.

³⁷ *M. Sosnowska*, *Prawo karne jako ultima ratio w ochronie wolności sumienia i wyznania człowieka*, [w:] *R. Wieruszewski, L. Kondratiewa-Bryzik, M. Wyrzykowski* (red.), *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2012, s. 327.

³⁸ W doktrynie nie ma co do tego zgodności, np. *M. Sosnowska* uważa, że tego przestępstwa można dokonać wyłącznie w zamiarze bezpośrednim, na co wskazują znamiona czasownikowe użyte w art. 196 KK – „obraża” i „znieważa” – zob. *taż*, *Prawo...*, s. 328. Zob. też opinie przytoczone przez *R. Paprzyckiego*, *Prawna...*, s. 119–123. Zostało to rozstrzygnięte uchwałą SN z 29.10.2012 r., I KZP 12/12, http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Najnowsze_orzeczenia.aspx?ItemID=291&ListName=Zagadnienia_prawne&Rok=2012 (dostęp z 27.8.2015 r.).

³⁹ *M. Sosnowska*, *Prawo...*, s. 327.

⁴⁰ *R. Paprzycki*, *Prawna...*, s. 111.

⁴¹ *J. Warylewski* (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*. System prawa karnego, t. 10, Warszawa 2010, s. 560.

⁴² Wyrok SN z 12.6.2002 r., III CKN 618/00, <http://194.181.24.25/sites/orzecznictwo/orzeczenia/iii%20ckn%20618-00.pdf> (dostęp z 27.8.2015 r.).

⁴³ Tak SN w wyroku z 6.4.2004 r., I CK 484/03, http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx?Sygnatura=I%20CK%20484/03 (dostęp z 27.8.2015 r.).

propagować działań sprzecznych z prawem. Uczucia religijne podlegają zaś ochronie na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego i Kodeksu karnego, o czym mowa jest dalszej części niniejszego artykułu. Wypowiedzi naruszające uczucia religijne mogą też być sprzeczne z moralnością i dobrem społecznym. W końcu można je uznać za nawołujące do nienawiści lub dyskryminujące ze względu na wyznanie. Jak więc widać, przepisy polskiego prawa publicznego zapewniają wystarczającą ochronę uczuciom religijnym, uprawniając KRRiT do podjęcia interwencji w razie ich naruszania.

Jak już wspomniano, oprócz scharakteryzowanych wyżej przepisów ustawy o radiofonii i telewizji w prawie polskim funkcjonują inne przepisy, które służą ochronie uczuć religijnych, także odbiorców programów radiowych i telewizyjnych. Trzeba przyznać, że przepisy Kodeksu karnego i Kodeksu cywilnego mające służyć ochronie uczuć religijnych również wzbudzają wiele kontrowersji i wątpliwości zarówno ze strony komentatorów, jak i judykatury. Takie wątpliwości nie są zaskakujące, biorąc pod uwagę szczególnego rodzaju dobro, które podlega ochronie. Dobro, którego nie da się nawet precyzyjnie zdefiniować, a jego naruszenie jest zależne od stosunków społecznych i norm przyjętych w danej społeczności.

Uczucia religijne są przedmiotem ochrony prawno-karnej³⁶. Artykuł 196 KK przewiduje przestępstwo znieważenia uczuć religijnych. Przestępstwo to polega na naruszeniu uczuć religijnych innych osób, dokonane przez publiczne znieważenie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. Trzeba przy tym podkreślić, że jednym ze znamion omawianego tu czynu zabronionego jest publiczne znieważenie przedmiotu czci religijnej. Przez pojęcie przedmiotu czci religijnej należy przy tym rozumieć „każdy przedmiot, który ma znaczenie religijne lub liturgiczne dla danego wyznania”³⁷. Kolejnym znamiennym jest publiczne znieważenie miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. W obu przypadkach jednak konieczne jest równoległe zaistnienie kolejnego ustawowego znamienia omawianego tu przestępstwa, to jest obrazy uczuć religijnych. Istotne w tym przypadku jest też to, że omawiane tu przestępstwo może zostać popełnione wyłącznie umyślnie, w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym³⁸. Trzeba zwrócić uwagę, że art. 196 KK również zawiera nieostre pojęcia, mające charakter ocenny, których wykładnia może powodować wiele problemów w praktyce. Jak się podkreśla w doktrynie, zachowanie sprawcy omawianego tu przestępstwa należy oceniać w oderwaniu od osobistych przeżyć jednostki, która z uwagi na wrodzoną wrażliwość lub jej brak w danych okolicznościach mogłaby się poczuć obrażona³⁹. Według *R. Paprzyckiego* stosowanie takiego kryterium jest niezbędne, biorąc pod uwagę różny stopień wrażliwości u poszczególnych osób. „Dla osoby bardzo zaangażowanej religijnie nawet podważanie prawdziwości wyznawanej przez nią wiary czy manifestowanie ateizmu (...) może ranić uczucia”. Obrazą uczuć religijnych może skutkować zachowanie polegające na okazywaniu pogardy, zrównaniu z podłymi za-

chowaniem lub ideami, podarcie lub oplucie przedmiotu czci religijnej⁴⁰. Znamion omawianego tu przestępstwa nie wypełnia jednak zachowanie sprowadzające się do krytykowania religii, nawet jeżeli jest dokonywane w radykalnej formie, podważanie jej prawdziwości lub negatywne ocenianie dogmatów, o ile nie przekracza norm przyjętych w danym społeczeństwie⁴¹.

Uczucia religijne stanowią też dobro osobiste chronione na podstawie art. 23–24 KC. Wprawdzie w art. 23 KC ustawodawca wymienia jedynie swobodę sumienia, ale należy mieć na uwadze, że zawarty w tym artykule katalog dóbr osobistych ma charakter otwarty. Zdaniem SN⁴² zaś w granicach dobra osobistego określanego jako swoboda sumienia pozostaje również swoboda wyznania. Jak bowiem wyjaśnia SN⁴³: „Swoboda sumienia to prawo do wolnego wyrażania określonego światopoglądu, zatem także prawo wolnego wyboru i wyrażania określonej religii”. W opinii SN ochrona uczuć religijnych sprowadza się w tym przypadku do ochrony sfery pojęć, wyobrażeń i przekonań jednostki. „Można je określić jako stan psychiczny, którego istotą stanowi ustosunkowanie się wewnętrzne do przeszłych, obecnych i przyszłych zdarzeń, bezpośrednio lub pośrednio związanych z religią jako formą świadomości społecznej, obejmującej wierzenia dotyczące sensu i celu istnienia człowieka, ludzkości i świata”. W razie dochodzenia roszczeń na podstawie art. 23 i 24 KC trzeba mieć na uwadze zarówno kryteria subiektywne, czyli np. indywidualną wrażliwość religijną danej osoby, jak również trzeba uwzględnić kryterium obiektywne, czyli postrzeganie danej wypowiedzi w szerszym kontekście społecznym. W sprawie dotyczącej obraźliwych wypowiedzi dotyczących papieża, a zatem mającej podobny kontekst jak przytoczona wyżej sprawa dotycząca wypowiedzi podczas występu kabaretu Limo, SN uznał je za naruszenie dobra osobistego. W jego opinii powód, będący duchownym rzymsko-katolickim,

³⁶ Podzielone są opinie odnośnie do zasadności wprowadzania sankcji karnych w celu zagwarantowania wolności sumienia i wyznania. Można spotkać opinie, że: „Samo wejście do gry prawa karnego oznacza już porażkę, bo świadczy o tym, że zawiodły inne narzędzia kontroli i współpracy społecznej, przez co pozostał do zastosowania jedynie ten środek ostateczny”; *R. Paprzycki*, *Prawna...*, s. 101.

³⁷ *M. Sosnowska*, *Prawo karne jako ultima ratio w ochronie wolności sumienia i wyznania człowieka*, [w:] *R. Wieruszewski, L. Kondratiewa-Bryzik, M. Wyrzykowski* (red.), *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2012, s. 327.

³⁸ W doktrynie nie ma co do tego zgody, np. *M. Sosnowska* uważa, że tego przestępstwa można dokonać wyłącznie w zamiarze bezpośrednim, na co wskazują znamiona czasownikowe użyte w art. 196 KK – „obraża” i „znieważa” – zob. *taż*, *Prawo...*, s. 328. Zob. też opinie przytoczone przez *R. Paprzyckiego*, *Prawna...*, s. 119–123. Zostało to rozstrzygnięte uchwałą SN z 29.10.2012 r., I KZP 12/12, http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Najnowsze_orzeczenia.aspx?ItemID=291&ListName=Zagadnienia_prawne&Rok=2012 (dostęp z 27.8.2015 r.).

³⁹ *M. Sosnowska*, *Prawo...*, s. 327.

⁴⁰ *R. Paprzycki*, *Prawna...*, s. 111.

⁴¹ *J. Warylewski* (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*. System prawa karnego, t. 10, Warszawa 2010, s. 560.

⁴² Wyrok SN z 12.6.2002 r., III CKN 618/00, <http://194.181.24.25/sites/orzecznictwo/orzeczenia/iii%20ckn%20618-00.pdf> (dostęp z 27.8.2015 r.).

⁴³ Tak SN w wyroku z 6.4.2004 r., I CK 484/03, http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx?Sygnatura=I%20CK%20484/03 (dostęp z 27.8.2015 r.).

może odczuwać szczególnie stosunek bliskości z papieżem w wymiarze uczuciowym, religijnym, światopoglądowym, ale także ze względu na funkcyjność i hierarchiczność⁴⁴.

Cywilnoprawny reżim ochrony uczuć (przekonań) religijnych zapewnia dalej idącą ochronę niż przepisy prawa karnego, ponieważ nie jest uzależniony od zamiaru (winy) sprawcy naruszenia. Co więcej, jak podkreśla SN⁴⁵, w art. 24 § 1 KC wprowadzono domniemanie bezprawności naruszenia dobra osobistego, a na pozwanym spoczywa ciężar dowodu wzruszenia tego domniemania. Za bezprawne uważa się zaś każde działanie naruszające dobro osobiste, jeżeli nie zachodzi żadna ze szczególnych okoliczności usprawiedliwiających takie działanie. Do okoliczności wyłączających bezprawność naruszenia dóbr osobistych zalicza się w szczególności: działanie w ramach porządku prawnego, a także w ochronie uzasadnionego interesu, działanie będące wykonywaniem prawa podmiotowego oraz działanie za zgodą pokrzywdzonego. Jak więc widać, pojęcie bezprawności pod rządami Kodeksu cywilnego jest szersze niż na gruncie Kodeksu karnego i obejmuje nie tylko zachowanie będące sprzeczne z przepisami prawa, ale również z zasadami współżycia społecznego⁴⁶.

Podsumowanie

Ustawodawca, decydując się na zamieszczenie w ustawie o radiofonii i telewizji przepisów nakładających na nadawców obowiązek poszanowania uczuć religijnych, podjął trudne wyzwanie, balansując na granicy narzucania społeczeństwu określonego systemu wartości – nadając mu wymiar normatywny. Oczywiście zamieszczenie w systemie prawa wspomnianego obowiązku nie jest samo w sobie nieprawidłowym zabiegiem legislacyjnym, jednak nie wydaje się, by było to konieczne. W ustawie o radiofonii i telewizji znajdują się bowiem inne przepisy, które pozwalają KRRiT na podjęcie działań w razie naruszenia uczuć religijnych przez nadawców. Takim przepisem jest art. 18 ust. 1 RadTelU. Na jego podstawie przewodniczący KRRiT wydawał już decyzje w sprawach dotyczących naruszenia dóbr osobistych innych osób. Nie ma więc przeszkody, by traktując przekonania (uczucia) religijne jako dobro osobiste, w razie ich naruszenia podczas audycji radiowej lub telewizyjnej podjąć interwencję na podstawie art. 18 ust. 1 RadTelU.

Analiza wspomnianych wyżej decyzji przewodniczącego KRRiT oraz wyroków sądowych prowadzi do wniosku, że istnieje zagrożenie, iż nadawcy będą mogli mieć odczucie, że na-

rzuca się im określony system wartości wyznawanych w ramach religii katolickiej, w istocie zmuszając ich do stosowania autocenzury w celu uniknięcia nałożenia na nich kary pieniężnej na podstawie przepisów ustawy o radiofonii i telewizji. Według J. Hartmana: „Owa cenzura wewnętrzna odznacza się pewnym oportunistycznym naddatkiem, co oznacza w praktyce, że w dużych mediach niezwykle utrudniona jest krytyka Kościoła, polemiki religijno-teologiczne z chrześcijaństwem, a nawet upowszechnianie wiedzy religioznawczej. Nawet najbardziej odważne media nie wąż się nigdy na umieszczanie w kontekście satyrycznym bądź parodystycznym osób papieży i biskupów, co najlepiej świadczy o tym, jak ścisła jest ochrona Kościoła przed publiczną krytyką”⁴⁷.

Podsumowując rozważania zawarte w niniejszym artykule, warto przytoczyć tu poglądy wyrażone w doktrynie, że: „Wymagania etyczne są wymaganiami moralności, a nie legalności. Wskazówki etyczne systemów religijnych odwołują się do wiary i przekonań osobistych, prawo zaś wymaga posłuszeństwa i wykonania norm prawnych. Wynika stąd wnioski, że prawo nie może być postawione w służbie etyki systemów religijnych. Jest rzeczą niemożliwą wymuszanie wartości i przekonań religijnych za pomocą sankcji prawnych. We współczesnych społeczeństwach, gdzie panuje pluralizm systemów religijnych, nie można postawić prawa w służbie jednej religii”⁴⁸. Groźba powstania takiej sytuacji jest realna, w przypadku gdy art. 18 ust. 2 RadTelU nadal będzie funkcjonował w polskim systemie prawnym i KRRiT będzie kontynuowała obecną praktykę stosowania owego przepisu. Wydaje się, że może to stanowić dla nadawców sygnał, że w Polsce o religii katolickiej można się wypowiadać tylko pozytywnie, zakazana zaś jest jej wszelka krytyka. Taka sytuacja byłaby niepożądana z punktu widzenia pluralistycznego społeczeństwa. Z tego względu wnioskiem *de lege ferenda* nasuwającym się na tle rozważań zawartych w niniejszym artykule jest konieczność nowelizacji ustawy o radiofonii i telewizji oraz usunięcia z niej przepisu nakładającego na nadawców obowiązek poszanowania przekonań religijnych.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Wyrok SN z 6.2.2015 r., II CSK 317/14, <http://194.181.24.25/sites/orzecznictwo/orzeczenia/ii%20csk%20317-14-1.pdf> (dostęp z 27.8.2015 r.).

⁴⁶ III CKN 618/00 – zob. przypis Nr 43.

⁴⁷ J. Hartman, *Różne...*, s. 31.

⁴⁸ A. Kość, *Relacja prawa i moralności w społeczeństwie otwartym*, [w:] P. Morciniec, S.L. Stadniczenko, *Urzeczywistnianie praw człowieka w XXI wieku. Prawo i etyka*, Opole 2004, s. 80.

Obligation of respecting religious beliefs in radio broadcasting and television act

In the present study, the author submits for analysis the obligation to respect religious beliefs of recipients of broadcasts and other transmissions brought by radio and television, and she particularly tries to answer the question – what is really the subject of protection and is it legitimate to put this obligation among radio and television regulations.

Czyny nieuczciwej konkurencji w Internecie z wykorzystaniem słów kluczowych, czyli *meta-tagging* i *keyword-advertising*

Monika Szczotkowska¹

W niniejszym opracowaniu autorka analizuje istotny z praktycznego punktu widzenia problem kwalifikacji wirtualnych deliktów skierowanych przeciwko uczciwej rywalizacji. Obecnie bowiem nie ma w polskim systemie prawnym definicji wirtualnego czynu nieuczciwej konkurencji. Wyodrębnienie takie jest natomiast konieczne z uwagi na specyfikę deliktów popełnionych w sieci.

Uwagi wstępne

Polskie prawodawstwo jak dotąd nie doczekało się definicji legalnej dla antykonkurencyjnych zachowań popełnionych w Internecie. W tym zakresie zastosowanie znajduje ogólna definicja czynu nieuczciwej konkurencji zawarta w art. 3 ust. 1 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji² oraz w art. 5–17b tej ustawy określające konkretne, nazwane zachowania ograniczające uczciwą rywalizację. W związku z niepohamowanym rozprzestrzenianiem się cybersieci na wszystkie dziedziny życia ludzkiego ze szczególnym uwzględnieniem aspektu życia gospodarczego, potrzeby praktyki wykształciły pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji w Internecie. Obecnie większość przedsiębiorców wykorzystuje Internet, jeśli nie do celów *stricte* zarobkowych, to przynajmniej jako tani sposób promocji lub reklamy. Można zaryzykować twierdzenie, że nie tyle istotna jest możliwość wzmocnienia sytuacji danego przedsiębiorcy na rynku, ile brak jakiegokolwiek informacji w Internecie, szczególnie w stosunku do przedsiębiorstw usługowych, może przynosić dla tego podmiotu negatywne skutki.

Internetowy czyn nieuczciwej konkurencji w prawie polskim

Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 ZwnieuKonkU czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca w sposób generalny określił cechy-przesłanki, jakie powinno spełniać zachowanie podmiotu, aby mogło zostać zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwej rywalizacji. Definicja jest nieco doprecyzowana poprzez wyliczenie zachowań podlegających *in casu* regulacjom ustawowym jako szczególnie naganne i niepożądane. W katalogu z art. 3 ust. 2 ZwnieuKonkU wymienia się: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, nieuczciwą lub zakazaną reklamę, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

Brak zdefiniowania w literaturze pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji w Internecie powoduje konieczność przyjęcia kilku zasad dotyczących kwalifikowania wirtualnych deliktów skierowanych przeciwko uczciwej rywalizacji.

Zachowanie takie musi przede wszystkim mieścić się w zakresie pojęciowym deliktu internetowego, czyli czynu popełnionego na odległość w związku z globalną siecią internetową, jaką jest Internet, w szczególności stron internetowych, poczty elektronicznej bądź innych środków komunikowania się na odległość³.

Jeżeli brak jest regulacji deliktu w odniesieniu do cybersieci, a zachowanie spełnia przesłanki stypizowanego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub innej ustawie czynu nieuczciwej konkurencji z tą jedynie różnicą, że nastąpiło ono przy wykorzystaniu Internetu, to należy zastosować konkretny przepis danej ustawy, uwzględniając przy tym zasady panujące w sieci.

Jeśli nie zachodzi żaden z wyżej wymienionych przypadków, zachowanie sprawcy należy oceniać, odnosząc się do klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 ZwnieuKonkU. Przedmiotowe naruszenie może zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, jeśli spełni przesłanki przewidziane we wskazanej wyżej klauzuli. W przypadku konieczności badania czynu pod kątem jego zgodności z dobrymi obyczajami

¹ Autorka jest aplikantem radcowskim w Kancelarii Olesiński & Wspólnicy oraz doktorantem w Katedrze Prawa Gospodarczego i Handlowego Uniwersytetu Wrocławskiego.

² T.j.: Dz.U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.; dalej jako: ZwnieuKonkU.

³ M. Świerczyński, Delikty internetowe w prawie prywatnym międzynarodowym, Kraków 2006, s. 24.

należy mieć na względzie przede wszystkim kryteria oceny obyczajów w Internecie. Ze względu na aterytorialność Internetu w przypadku konkretnego naruszenia powinno się brać pod uwagę nie tylko polskie, lecz także międzynarodowe lub nawet obce standardy korzystania z Internetu⁴. Przykładami takich zasad są np. netykiety internetowe. Istotny dorobek w zakresie czynów nieuczciwej konkurencji popełnianych w sieci ma także prawo amerykańskie.

Przestrzeń internetowa ze swojej istoty cechuje się ogromem narzędzi sprzyjającym naruszeniom prawa konkurencji. Do najpopularniejszych z nich możemy zaliczyć: adresy domenowe, wyszukiwarki internetowe, linki lub środki komunikacji elektronicznej. Taki też sposób ich wyselekcjonowania przyjmuje się w doktrynie⁵. Niemal wszystkie czyny nieuczciwej konkurencji w Internecie można przydzielić do jednej z wyżej wymienionych grup.

Czyny wykorzystujące słowa kluczowe

Czyny nieuczciwej konkurencji „w ogólności” możemy klasyfikować ze względu na różne przymioty. W przypadku czynów nieuczciwej konkurencji w Internecie podstawowe rozróżnienie będzie stanowić „narzędzie”, za pomocą którego dokonano naruszenia⁶.

Poniższe zachowania zostały wyselekcjonowane ze względu na użycie słów-kluczy, które najczęściej wchodzi w skład przedsiębiorstwa innego podmiotu jako jego znak towarowy lub nazwa. W przypadku omawianej grupy deliktów naruszenie polega na nieuczciwym posługiwaniu się słowem stanowiącym oznaczenie innego przedsiębiorcy. Przykładami tego typu naruszeń są głównie czyny funkcjonujące w praktyce pod nazwami *meta-tagging* i *keyword advertising*.

Omawiane naruszenia nie doczekały się jeszcze swego polskiego odpowiednika, a zatem w dalszej części niniejszego opracowania zasadne będzie posługiwanie się ich oryginalnym brzmieniem zaczerpniętym wprost z orzecznictwa sądów amerykańskich.

Meta-tagging

Wraz ze wzrostem znaczenia wyszukiwarek internetowych coraz bardziej rozpowszechniają się związane z nimi czyny nieuczciwej konkurencji. Można zaryzykować twierdzenie, że bez wyszukiwarek poruszanie się po Internecie sprawiałoby niekiedy więcej problemów niż korzyści. Programy służące do wyszukiwania informacji wykorzystują zawarte na stronach internetowych lub w ich opisach słowa kluczowe, tzw. *key words* odnoszące się do zawartości strony internetowej. Wyszukiwarka automatycznie podaje listę stron internetowych zawierających wpisane przez użytkownika Internetu hasło. Jednym z zachowań wykorzystujących takie narzędzia jest *meta-tagging*. Przez pojęcie to należy rozumieć „używanie

cudzych znaków chronionych bądź oznaczeń odróżniających oraz zapisywanie ich w języku HTML bądź XHTML, przez co stają się one rozpoznawane przez wyszukiwarki internetowe, natomiast nie są widoczne dla przeglądających strony www”⁷. Takie działanie ma na celu kierowanie jak największej liczby użytkowników na stronę internetową podmiotu nieuczciwie posługującego się oznaczeniem współuczestnika rynku. Omawiany delikt może być popełniony zarówno przez konkurenta, jak i uczestnika rynku, który nie rywalizuje z pokrzywdzonym.

Jak zauważa J.R. Antoniuk, „im częściej dane hasło pojawia się w *meta-tagu* czy tekście danej strony, tym większe jest prawdopodobieństwo znalezienia danej strony przez wyszukiwarkę i tym wyższe zajmuje miejsce na liście znalezionych stron”⁸. Biorąc pod uwagę fakt, że wyszukiwarki są podstawowym narzędziem poruszania się po Internecie, *meta-tag* mają ogromne znaczenie dla podmiotów prowadzących e-biznesy. Omawiane kody źródłowe strony nie są widoczne dla użytkowników sieci, dopiero wpisanie danego hasła w wyszukiwarkę pozwala dostrzec, które strony pozycjonują się za pomocą wpisanego zwrotu. Co więcej, bardzo często użytkownik orientuje się, że trafił nie na pożądaną stronę dopiero w momencie jej odwiedzenia. W związku z tym faktem *meta-tagging* bywa nazywany niewidzialnym naruszeniem⁹.

Bezsporne jest w doktrynie, że *meta-tagging* jest czynem nieuczciwej konkurencji¹⁰. W pierwszej kolejności należałoby zakwalifikować wskazane działanie pod kątem wypełnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji, wskazanego w art. 3 ZwNieuKonkU, czyli jako sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działanie polegające na użyciu cudzego oznaczenia, w szczególności znaku towarowego w *meta-tags*, jest działaniem bezprawnym. Zachowanie konkurenta polegające na ściąganiu użytkowników na własną witrynę www jako konsekwencja niezgodnego z prawem wykorzystywania cudzego oznaczenia godzi w zasady

⁴ A. Szwaia (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Warszawa 2006, s. 243.

⁵ Zob. A. Kobylańska, Ochrona znaków towarowych w Internecie, Warszawa 2005, s. 28–31; oraz J.R. Antoniuk, Ochrona znaków towarowych w Internecie, Warszawa 2006, s. 71–74.

⁶ M. Szczotkowska, Czyny nieuczciwej konkurencji z wykorzystaniem domen internetowych, czyli cybersquatting i typosquatting, [w:] B. Sołtys (red.), Zeszyt naukowy studentów i doktorantów. Wybrane aspekty ochrony konsumenta i konkurencji, Wrocław 2014, s. 58.

⁷ J. Ożęgalska, Nowe formy nieuczciwej konkurencji w Internecie, PUG 2000, Nr 5, s. 11 i nast.

⁸ J.R. Antoniuk, Ochrona znaków..., s. 72.

⁹ *Ibidem*, s. 72; M. Sieradzka, Naruszenie prawa do znaku towarowego użytego w meta-tags, MoP 2008, Nr 12, s. 640; A. Kobylańska, Ochrona znaków towarowych..., s. 20; Ch. Swan, Invisible Trademark Infringement, WILR 2002, Nr 7, s. 22–23.

¹⁰ Zob. J. Ożęgalska, Nowe formy nieuczciwej..., s.11; J.R. Antoniuk, Ochrona znaków..., s. 72–74; M. Sieradzka, Naruszenie prawa do znaku..., s. 641.

uczciwego konkurowania, co oznacza, że ponadto spełnia również przesłankę sprzeczności z dobrymi obyczajami rynkowymi. Jak pisze *M. Sieradzka*: „Nieuczciwość naruszenia jest szczególnie szkodliwa ze względu na to, że następuje ono w sposób »niewidoczny« dla osób przeglądających strony internetowe”¹¹. W przypadku wykorzystania oznaczenia przez uczestnika rynku, który nie rywalizuje z pokrzywdzonym, celem jest najczęściej chęć czerpania korzyści z posiadanej już przez uprawnionego pozycji rynkowej poprzez nieuczciwe wykorzystanie cudzego oznaczenia, w szczególności znaku towarowego. Skierowanie kontrahentów właściciela oznaczenia na własną stronę internetową przede wszystkim daje możliwość uzyskania profitu w postaci pozyskania nowych klientów, którzy zostają przechwyceni przez naruszciciela. *De facto* skutkuje to uzyskaniem nieuczciwej przewagi nad uprawnionym do oznaczenia¹². Posłużenie się znakiem przez konkurenta dodatkowo prowadzi do nieuczciwego przechwycenia klienteli pokrzywdzonego. *Meta-tagging* zawsze będzie, w mniejszym lub większym stopniu, negatywnie wpływać na interes pokrzywdzonego. Przejmowanie klienteli jest oczywistym naruszeniem interesu, natomiast posłużenie się w kodzie źródłowym strony oznaczeniem przez innego uczestnika rynku z pewnością temu interesowi zagraża.

Przez takie działanie interes samych klientów jest także co najmniej zagrożony poprzez stworzenie możliwości wywołania u nich konfuzji co do pochodzenia towarów lub usług¹³. Użytkownicy Internetu, których celem było połączenie się ze stroną uprawnionego do oznaczenia przedsiębiorcy, zostali wprowadzeni w błąd, gdyż w rezultacie znaleźli stronę konkurenta.

Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że *meta-tagging* jako czyn nieuczciwej konkurencji może być popełniony jedynie przez przedsiębiorcę. W przypadku konkurenta oczywiste jest, że podmiot ten prowadzi działalność. Jeśli chodzi o sytuację innego uczestnika rynku, może on prowadzić na danej stronie własną działalność gospodarczą, ale też pozycjonowana za pomocą cudzych oznaczeń strona internetowa może nie mieć *stricte* gospodarczego charakteru. Może np. być wykorzystywana do działalności reklamowo-promocyjnej. Obecnie *meta-tagging* masowo jest wykorzystywany przez portale oferujące miejsca reklamowe na swoich witrynach internetowych. Za pomocą nieuprawnionego używania *meta-tags* liczba odwiedzin na ich stronie wzrasta, dzięki czemu ich witryna jest bardziej atrakcyjna dla podmiotu szukającego miejsca na umieszczenie swojej reklamy. Liczba odwiedzin danej strony pozwala na przybliżone oszacowanie, do jakiej liczby podmiotów reklama może trafić. Taki podmiot może być uznany za spełniający przesłankę z art. 2 *ZwNieuKonkU*. Prowadzenie strony internetowej w celu umieszczania na niej reklam innych podmiotów raczej nie jest działalnością *pro bono*, a zarobkowy charakter działalności zdecydowanie ułat-

wi zakwalifikowanie czynu jako deliktu przeciwko uczciwym regułom gry rynkowej.

Powyższe przemawia za zasadnością twierdzenia, że *meta-tagging* jest czynem nieuczciwej konkurencji w Internecie. Zachowanie jest rozpatrywane także w kontekście czynów nazwanych, głównie z art. 14 i 16 ust. 2 *ZwNieuKonkU*.

Meta-tagging jako rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji o swoim i cudzym przedsiębiorstwie

Zgodnie ze stanowiskiem *M. Sieradzkiej* *meta-tagging* może być analizowany w kontekście art. 14 ust. 1 *ZwNieuKonkU*. Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorstwie w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Przekierowanie na stronę www będące konsekwencją użycia w kodzie źródłowym adresu internetowego cudzej nazwy, symbolu, znaku towarowego lub innego oznaczenia może sugerować użytkownikowi cybersieci, że odnaleziona przez niego strona www jest w określony sposób powiązana z poszukiwanym przedsiębiorcą czy przedsiębiorstwem. Jak trafnie zauważa *A. Kobyłańska*, „trudno założyć, iż użytkownik Internetu wpisujący hasło zawierające znak towarowy spodziewa się odnaleźć strony internetowe niepowiązane w żaden sposób z poszukiwanym znakiem towarowym”. Omyłka jest tym bardziej prawdopodobna, jeśli naruszenia dokonuje konkurent pokrzywdzonego. Zdaniem *M. Sieradzkiej* „wywołanie u osób, które zostały niejako „przechwycone” i skierowane na stronę www naruszciciela, fałszywego wrażenia co do powiązań istniejących między nim a właścicielem znaku towarowego jest działaniem wprowadzającym w błąd”¹⁴. Zgodnie ze stanowiskiem *M. du Valla* i *E. Nowińskiej* spowodowanie błędnego przekonania polega na rozpowszechnianiu wprowadzających w błąd informacji poprzez wykorzystywanie cudzych oznaczeń w *meta-tags*¹⁵. Takie działanie powoduje co najmniej zagrożenie interesu klientów poprzez stworzenie ryzyka „wywołania konfuzji u kontrahentów i klientów; zarówno aktualnych, jak i potencjalnych”¹⁶ uprawnionego do oznaczenia, wyczerpując tym samym znamiona czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 14 ust. 1 *ZwNieuKonkU*.

Artykuł 14 ust. 1 *ZwNieuKonkU* określa cel, jaki kieruje działaniem sprawcy. Przepis stanowi, że zamiarem ma

¹¹ *M. Sieradzka*, *Naruszenie prawa do znaku...*, s. 640.

¹² *Ibidem*, s. 641.

¹³ *Ibidem*, s. 641.

¹⁴ *Ibidem*, s. 641.

¹⁵ *M. du Vall, E. Nowińska*, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 164.

¹⁶ *M. Sieradzka*, *Naruszenie prawa do znaku...*, s. 641.

Internetu podjął SA w Warszawie, stanowiąc, że: „skoro reklama była umieszczana wyłącznie w Internecie, to nie była kierowana do wszystkich możliwych odbiorców usług powszechnych, ale do osób wykształconych, dobrze poinformowanych, najczęściej w średnim lub młodym wieku, (...), którzy posiadają dostęp do Internetu, komputera i umieją się nim posługiwać”³⁰.

Dla zakwalifikowania czynu jako naruszającego art. 16 ust. 1 pkt 2 ZwNieuKonkU konieczne jest, aby ryzyko wprowadzenia potencjalnego klienta w błąd mogło wpłynąć na podjętą przez niego decyzję co do nabycia towaru. Dla możliwości wykazania takiego związku konieczne jest zbadanie zachowania grupy wzorcowych odbiorców reklamy w sytuacji, kiedy będzie ona potencjalnym źródłem wprowadzenia w błąd, i w sytuacji, kiedy nie będzie wypełniać pierwszej z przesłanek art. 16 ust. 1 pkt 2 ZwNieuKonkU. W przypadku *meta-taggingu* takie badanie powinno polegać na porównaniu reakcji potencjalnych klientów na ofertę podmiotu najpierw z uwzględnieniem nieuczciwego posłużenia się w *meta-tags* cudzym oznaczeniem, a następnie bez naruszenia. Biorąc pod uwagę fakt, że posłużenie się jako słowem-kluczem oznaczeniem innego przedsiębiorcy może wywołać błąd co do przeświadczenia o powiązaniach przedsiębiorców, przez co również tożsamości albo co najmniej podobieństwa towarów i usług, należy zbadać, czy świadomość o braku powiązań doprowadziłaby do innego wyboru klienta. Jeśli porównanie reakcji będzie prowadziło do przekonania, że posłużenie się cudzym symbolem stwarza ryzyko wpłynięcia na decyzję w zakresie wyboru oferty sprawcy *meta-taggingu*, wówczas zachowanie to powinno być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji z art. 16 ust. 1 pkt 2 ZwNieuKonkU.

Keyword advertising

Ścisłym związkiem z wyszukiwarkami internetowymi charakteryzuje się również *keyword advertising*, czyli reklamowanie się za pomocą słów kluczowych, który jest w zasadzie zjawiskiem zbliżonym do *meta-taggingu*. Jest to nowa technika prowadzenia działalności reklamowej świadczonej przez wyszukiwarki internetowe. Wyszukiwarki oferują przedsiębiorcom możliwość wykupowania słów kluczowych, tzw. *key words*, związanych z działalnością danego podmiotu. Zakup słowa-klucza zapewnia prezentację banerów reklamowych danego przedsiębiorstwa na stronie zawierającej wyniki wyszukiwania, w przypadku kiedy użytkownik Internetu wpisze to hasło w wyszukiwarkę. Przyspiesza to proces dotarcia przez internautę na stronę podmiotu korzystającego z takiej usługi. Usługa *keyword advertisingu* sama w sobie nie jest zła. Problem pojawia się, kiedy reklamujący się do promocji swego przedsiębiorstwa wykupuje słowa będące oznaczeniem innego uczestnika rynku, często renomowanego, posiadającego uznanie na rynku, w szczególności konkurenta. Jak piszą

M. Rogowski i P. Grabowski, „próby wykorzystania cenionych przez konsumentów oznaczeń, schematów i wzorów nie są rzadką praktyką i zwykle mają na celu wprowadzenie nabywcy w błąd co do jakości i pochodzenia towaru”³¹. Problem jest tym poważniejszy, że taka metoda reklamy w Internecie jest niezwykle skuteczna, tym bardziej jeśli proces wyszukiwania opiera się jedynie na wprowadzeniu określonego hasła w pole wyszukiwarki. Z tego właśnie powodu zjawisko *keyword advertisingu* często bywa rozpatrywane w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji. W polskiej literaturze *keyword advertising* jako czyn nieuczciwej konkurencji nie cieszy się zbyt dużą popularnością.

Liczne spory pomiędzy przedsiębiorcami w zakresie usługi *keyword advertisingu* spowodowały, że w sprawie wypowiedział się również TSUE³², który stwierdził, że posłużenie się cudzym oznaczeniem dla reklamowania siebie poprzez *keyword advertising* nie zawsze ingeruje w prawa podmiotu uprawnionego do danego oznaczenia. Zgodnie ze stanowiskiem TSUE używanie słowa identycznego lub zbliżonego do znaku towarowego innego podmiotu jest naruszeniem prawa, jeżeli zagraża to funkcji wskazania pochodzenia oferowanych towarów lub usług. Funkcja ta „sprowadza się do zagwarantowania konsumentowi czy innemu końcowemu odbiorcy, że towar lub usługa oznaczone danym znakiem towarowym pochodzą z określonego przedsiębiorstwa, umożliwiając mu odróżnienie tego towaru lub usługi od towarów i usług pochodzących z innych przedsiębiorstw. Negatywny wpływ na wyżej wskazaną funkcję ma miejsce wówczas, gdy reklama nie pozwala lub z trudnością pozwala właściwie poinformowanemu, dostatecznie uważnemu i rozsądnemu internaucie na zorientowanie się, czy towary lub usługi, których dotyczy reklama, pochodzą od właściciela znaku lub z przedsiębiorstwa powiązanego z nim gospodarczo, czy też przeciwnie, od osoby trzeciej”³³. Trybunał podkreślił także sposób, w jaki działa usługa *keyword advertising*. Po wpisaniu w wyszukiwarkę konkretnego hasła reklama pokazuje się natychmiast i „jest wyświetlana w momencie, w którym w polu wyszukiwarki cały czas widoczny jest wyszukiwany znak”. W takiej sytuacji może dojść do wprowadzenia klienta w błąd, zarówno co do pochodzenia towarów reklamodawcy, jak i faktu istnienia pomiędzy reklamodawcą, a właścicielem znaku więzi gospodarczej.

³⁰ Wyrok SA w Warszawie z 6.12.2007 r., VI ACA 842/07, Legalis – sprawa dotyczyła reklamy linii lotniczych, co mogło nieco wpłynąć na „zawyżenie standardu” przeciętnego internauty.

³¹ P. Grabowski, M. Rogowski, „Keyword advertising” jako jedna z wiodących form reklamy internetowej i związane z nią ryzyka w aspekcie prawnym, MoP 2012, Nr 7, s. 358.

³² Zob. wyrok TSUE z 22.9.2011 r., C-323/09, www.eur-lex.europa.eu w sprawie Interflora Inc. i Interflora British Unit v. Marks and Spencer plc et Flowers Direct Online Ltd.

³³ P. Grabowski, M. Rogowski, „Keyword advertising” jako..., s. 361.

Internetu podjął SA w Warszawie, stanowiąc, że: „skoro reklama była umieszczana wyłącznie w Internecie, to nie była kierowana do wszystkich możliwych odbiorców usług powszechnych, ale do osób wykształconych, dobrze poinformowanych, najczęściej w średnim lub młodym wieku, (...), którzy posiadają dostęp do Internetu, komputera i umieją się nim posługiwać”³⁰.

Dla zakwalifikowania czynu jako naruszającego art. 16 ust. 1 pkt 2 ZwNieuKonkU konieczne jest, aby ryzyko wprowadzenia potencjalnego klienta w błąd mogło wpłynąć na podjętą przez niego decyzję co do nabycia towaru. Dla możliwości wykazania takiego związku konieczne jest zbadanie zachowania grupy wzorcowych odbiorców reklamy w sytuacji, kiedy będzie ona potencjalnym źródłem wprowadzenia w błąd, i w sytuacji, kiedy nie będzie wypełniać pierwszej z przesłanek art. 16 ust. 1 pkt 2 ZwNieuKonkU. W przypadku *meta-taggingu* takie badanie powinno polegać na porównaniu reakcji potencjalnych klientów na ofertę podmiotu najpierw z uwzględnieniem nieuczciwego posłużenia się w *meta-tags* cudzym oznaczeniem, a następnie bez naruszenia. Biorąc pod uwagę fakt, że posłużenie się jako słowem-kluczem oznaczeniem innego przedsiębiorcy może wywołać błąd co do przeświadczenia o powiązaniach przedsiębiorców, przez co również tożsamości albo co najmniej podobieństwa towarów i usług, należy zbadać, czy świadomość o braku powiązań doprowadziłaby do innego wyboru klienta. Jeśli porównanie reakcji będzie prowadziło do przekonania, że posłużenie się cudzym symbolem stwarza ryzyko wpłynięcia na decyzję w zakresie wyboru oferty sprawcy *meta-taggingu*, wówczas zachowanie to powinno być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji z art. 16 ust. 1 pkt 2 ZwNieuKonkU.

Keyword advertising

Ścisłym związkiem z wyszukiwarkami internetowymi charakteryzuje się również *keyword advertising*, czyli reklamowanie się za pomocą słów kluczowych, który jest w zasadzie zjawiskiem zbliżonym do *meta-taggingu*. Jest to nowa technika prowadzenia działalności reklamowej świadczonej przez wyszukiwarki internetowe. Wyszukiwarki oferują przedsiębiorcom możliwość wykupowania słów kluczowych, tzw. *key words*, związanych z działalnością danego podmiotu. Zakup słowa-klucza zapewnia prezentację banerów reklamowych danego przedsiębiorstwa na stronie zawierającej wyniki wyszukiwania, w przypadku kiedy użytkownik Internetu wpisze to hasło w wyszukiwarkę. Przyspiesza to proces dotarcia przez internautę na stronę podmiotu korzystającego z takiej usługi. Usługa *keyword advertisingu* sama w sobie nie jest zła. Problem pojawia się, kiedy reklamujący się do promocji swego przedsiębiorstwa wykupuje słowa będące oznaczeniem innego uczestnika rynku, często renomowanego, posiadającego uznanie na rynku, w szczególności konkurenta. Jak piszą

M. Rogowski i P. Grabowski, „próby wykorzystania cenionych przez konsumentów oznaczeń, schematów i wzorów nie są rzadką praktyką i zwykle mają na celu wprowadzenie nabywcy w błąd co do jakości i pochodzenia towaru”³¹. Problem jest tym poważniejszy, że taka metoda reklamy w Internecie jest niezwykle skuteczna, tym bardziej jeśli proces wyszukiwania opiera się jedynie na wprowadzeniu określonego hasła w pole wyszukiwarki. Z tego właśnie powodu zjawisko *keyword advertisingu* często bywa rozpatrywane w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji. W polskiej literaturze *keyword advertising* jako czyn nieuczciwej konkurencji nie cieszy się zbyt dużą popularnością.

Liczne spory pomiędzy przedsiębiorcami w zakresie usługi *keyword advertisingu* spowodowały, że w sprawie wypowiedział się również TSUE³², który stwierdził, że posłużenie się cudzym oznaczeniem dla reklamowania siebie poprzez *keyword advertising* nie zawsze ingeruje w prawa podmiotu uprawnionego do danego oznaczenia. Zgodnie ze stanowiskiem TSUE używanie słowa identycznego lub zbliżonego do znaku towarowego innego podmiotu jest naruszeniem prawa, jeżeli zagraża to funkcji wskazania pochodzenia oferowanych towarów lub usług. Funkcja ta „sprowadza się do zagwarantowania konsumentowi czy innemu końcowemu odbiorcy, że towar lub usługa oznaczone danym znakiem towarowym pochodzą z określonego przedsiębiorstwa, umożliwiając mu odróżnienie tego towaru lub usługi od towarów i usług pochodzących z innych przedsiębiorstw. Negatywny wpływ na wyżej wskazaną funkcję ma miejsce wówczas, gdy reklama nie pozwala lub z trudnością pozwala właściwie poinformowanemu, dostatecznie uważnemu i rozsądnemu internaucie na zorientowanie się, czy towary lub usługi, których dotyczy reklama, pochodzą od właściciela znaku lub z przedsiębiorstwa powiązanego z nim gospodarczo, czy też przeciwnie, od osoby trzeciej”³³. Trybunał podkreślił także sposób, w jaki działa usługa *keyword advertising*. Po wpisaniu w wyszukiwarkę konkretnego hasła reklama pokazuje się natychmiast i „jest wyświetlana w momencie, w którym w polu wyszukiwarki cały czas widoczny jest wyszukiwany znak”. W takiej sytuacji może dojść do wprowadzenia klienta w błąd, zarówno co do pochodzenia towarów reklamodawcy, jak i faktu istnienia pomiędzy reklamodawcą, a właścicielem znaku więzi gospodarczej.

³⁰ Wyrok SA w Warszawie z 6.12.2007 r., VI ACA 842/07, Legalis – sprawa dotyczyła reklamy linii lotniczych, co mogło nieco wpłynąć na „zawyżenie standardu” przeciętnego internauty.

³¹ P. Grabowski, M. Rogowski, „Keyword advertising” jako jedna z wiodących form reklamy internetowej i związane z nią ryzyka w aspekcie prawnym, MoP 2012, Nr 7, s. 358.

³² Zob. wyrok TSUE z 22.9.2011 r., C-323/09, www.eur-lex.europa.eu w sprawie Interflora Inc. i Interflora British Unit v. Marks and Spencer plc et Flowers Direct Online Ltd.

³³ P. Grabowski, M. Rogowski, „Keyword advertising” jako..., s. 361.

Trybunał uznał jednocześnie, że w tego typu sytuacji podmiot uprawniony do wykupionego słowa z tytułu np. prawa ochronnego na znak towarowy może zakazać posługiwania się tym słowem. Powyższą sytuację należy uznać za zachowanie się podmiotu korzystającego z usługi reklamowania za pomocą słów kluczowych jako niezgodne z prawem. Zachowanie to jest, moim zdaniem, niezgodne z uczciwymi praktykami handlowymi i to bez względu na przesłankę możliwości wprowadzenia w błąd co do pochodzenia towarów lub usług czy istnienia zagrożenia wywołania przeświadczenia o powiązaniach gospodarczych podmiotu posługującego się oznaczeniem i podmiotu do niego uprawnionego. Bez względu bowiem na to, czy reklamujący zapobiegnie ryzyku powstania wyżej wspomnianych omyłek, nie zmienia to faktu, że wykorzystał cudzą renomę i popularność dla promowania własnej działalności.

Dla zakwalifikowania *keyword advertisingu* jako czynu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest również naruszenie lub co najmniej zagrożenie interesu innego uczestnika rynku. Jeżeli charakter zachowania i skutków posłużenia się cudzym oznaczeniem w usłudze reklamowania się za pomocą słów kluczowych będzie stwarzał ryzyko wprowadzenia klientów w błąd co do pochodzenia oferowanych przez naruszciciela dóbr czy usług, to jednocześnie będzie to wypełniało przesłankę możliwości potencjalnego naruszenia interesu innych uczestników rynku – zarówno konkurenta, jak i klientów.

W odniesieniu do omawianego czynu nieuczciwej konkurencji sprawcą może być niewątpliwie jedynie przedsiębiorca. Przesłanka ta nie wymaga jednak szczególnego uzasadnienia z uwagi na fakt, iż sytuacją niezwykle rzadką jest reklamowanie się podmiotów nieprowadzących, choćby ubocznie, działalności zarobkowej nie tylko poprzez usługę reklamową *keyword advertisingu*, ale jakiegokolwiek inne metody promocji. *Keyword advertising* w polskiej literaturze nie był jak dotąd analizowany pod kątem naruszenia któregośkolwiek z nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji. Powodem może być zaprezentowane przez TSUE stanowisko, że reklama wykorzystująca cudzy znak towarowy lub inne oznaczenia nie jest co do zasady niezgodna z prawem i nie stanowi z automatu naruszenia interesu podmiotu uprawnionego do oznaczenia³⁴. Niemniej jednak należy

przyznać, że w określonych sytuacjach *keyword advertising* jako działanie polegające na reklamowaniu się za pomocą słowa kluczowego będącego jednocześnie cudzym znakiem towarowym lub jakimkolwiek innym oznaczeniem może być uznany za czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ZwNieuKonkU. Mając na uwadze istotę, jaką w wirtualnym świecie odgrywają słowa-klucze, warto przywiązać więcej uwagi do naruszenia, jakim jest *keyword advertising*. Jednocześnie brak odpowiednich regulacji prawnych w tym zakresie uniemożliwia skuteczne przeciwdziałanie czynom nieuczciwej konkurencji związanym z wykupywaniem słów-kluczy.

Podsumowanie

Jak wynika z powyższych rozważań, przestrzeń internetowa jest środowiskiem sprzyjającym popełnianiu czynów nieuczciwej konkurencji. Z uwagi na istotę słów-kluczy jako metody poruszania się po wirtualnym świecie naturalne jest nadużywanie sposobu mającego ułatwić użytkownikowi sieci pożądane informacje. Dodatkowo brak odpowiednich regulacji sprzyja występowaniu przejawów nieuczciwości w sieci. Z jednej strony nieposkromiona ekspansja Internetu w każdej dziedzinie życia ludzkiego powoduje powstawanie wielu nowych niekonkurencyjnych zachowań. Z drugiej zaś brak nadążania ustawodawstwa za postępującymi zmianami niejako zachęca do popełniania internetowych deliktów, uświadamiając sprawcom, że ryzyko ich ukarania jest bardzo niskie. Należy postulować, aby polski ustawodawca poszedł z duchem czasu i spróbował dostosować przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do realiów życia internetowego, jak np. ustawodawstwo amerykańskie. Umożliwi to efektywne i konsekwentne egzekwowanie praw podmiotu, wobec którego dopuszczono się naruszenia, a użytkowników sieci uchroni przed konsekwencjami „złapania się” na nieuczciwe zachowanie w cyberprzestrzeni. Czyny wykorzystujące słowa-klucze niosą bowiem porównywalne zagrożenie zarówno dla klienteli, jak i dla konkurenta.

³⁴ Dla przykładu *cybersquatting* lub *typosquatting* co do zasady jest działaniem naruszającym prawo lub interes innego podmiotu.

Acts of unfair competition on the Internet with the use of keywords, i.e. meta-tagging and keyword-advertising

In the present study, from a practical point of view, the author analyses a crucial problem of virtual qualifications of delicts directed against fair contention. Currently in the Polish legal system there is no definition of a virtual act of unfair competition. Such a differentiation is necessary because of the character of delicts committed on the Web.

Prawo do prywatności w dobie Internetu¹

Ewa Michałkiewicz²

Ewa Milczarek³

W niniejszym opracowaniu autorzy odnoszą się do problemu ochrony prywatności. Jest to szczególnie ważne w dobie powszechnej dostępności Internetu, gdzie granice prywatności stają się coraz mniej wyraźne. Wraz z rozwojem Internetu został ułatwiony nie tylko dostęp do danych osobowych, lecz także możliwość ich swobodnego kreowania. Z uwagi na fakt, że prywatność miliardów użytkowników Internetu jest zagrożona, i to zarówno ze strony przedsiębiorstw, jak i instytucji państwowych, autorzy opracowania sygnalizują konieczność wypracowania przez Polskę i UE mechanizmów służących do jej ochrony.

Uwagi wstępne

Prawa i wolności człowieka i obywatela są aktualnie bardzo popularnym tematem dyskusji i opracowań. Przede wszystkim dlatego, że stanowią one w większości prawa o charakterze podstawowym, które przysługują wszystkim jednostkom. Państwa, które w dzisiejszych czasach nie mogą lub nie chcą zapewnić obywatelom ochrony ich podstawowych praw, nie są uznawane za demokratyczne państwa prawa. Chronione są przede wszystkim życie i zdrowie ludzkie, a także godność ludzka oraz prawa wywodzące się z niej, np. prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

W wielu krajach europejskich i nie tylko przyjęto powszechnie obowiązującą zasadę, iż każdy człowiek ma prawo do prywatności w życiu osobistym, rodzinnym i prywatnym. Prawo to dosyć często jest konstytuowane w porządkach prawnych państw (np. Konstytucja RP), jak również zostało ukształtowane (tym razem jako wolność) w aktach prawnych o charakterze międzynarodowym oraz ponadnarodowym, m.in. w art. 7 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 30.3.2010 r.⁴ Jednakże w dobie Internetu coraz trudniej jest zagwarantować państwom taką ochronę swoim obywatelom i rezydentom, zważywszy na szybkość i łatwość wprowadzania danych do sieci oraz ich rozprzestrzenianie się, a także z uwagi na wzrastającą popularność społecznościowych serwisów internetowych oraz brak zahamowań ludzi w dzieleniu się informacjami na własny temat. Te wszystkie czynniki, jak też wiele innych, przyczyniają się do tego, że informacje na temat życia prywatnego, rodzinnego, a często także zawodowego są zamieszczane i rozprzestrzeniane w sieci, np. w wyszukiwarkach internetowych typu Yahoo czy Google. Prawo do prywatności łączy się także z prawem do ochrony danych osobowych, które przysługuje każdemu obywatelowi i sprowadza się do tego, że dane osobowe każdego człowieka podlegają ścisłej ochronie i mogą być udostępniane tylko za zgodą tej osoby. Jednakże – podobnie jak w przypadku ochrony prywatności – coraz trudniejsze staje się zapewnienie obywatelom ochrony ich danych osobowych,

tym bardziej że dane takie dosyć często rozpowszechniane są przez nich samych.

W dzisiejszych czasach coraz chętniej odkrywa się swoją prywatność, udostępniając ją innym. Co więcej, niemalże powszechną praktyką stało się to, że przy korzystaniu z danego serwisu internetowego należy wprowadzić swoje dane osobowe i często nie są to strony sklepów internetowych, lecz również portale pozyskujące dodatkowe informacje o charakterze nawet intymnym (np. randkowe). Swoje dane udostępnia się co prawda po przeczytaniu regulaminu i wyrażeniu zgody na udostępnianie i przetwarzanie danych w określonych przez serwis przypadkach, jednakże nie stanowi to skutecznej ochrony przed rozpowszechnianiem naszych danych w sieci.

Nie powinny zatem dziwić przypadki, w których dochodzi do łamania prawa do prywatności i ochrony danych osobowych w Internecie. Przykładów takich przypadków jest wiele, począwszy od przywłaszczania wizerunku, zdjęć z prywatnych profili portali społecznościowych przez sklepy internetowe, zamieszczanie poniżających treści przez osoby poszukujące zemsty, a skończywszy na przypadkowym udostępnieniu numeru rejestracyjnego samochodu w pobliżu miejsca zamieszkania poprzez programy lokalizujące typu Google Maps. Te wszystkie przypadki pokazują nam tylko, iż współczesne granice prywatności stają się coraz mniej wyraźne.

Pojęcie prywatności

Pojęcie prywatności ukształtowało się już w czasach starożytnych, kiedy to jako pierwszy sferę życia domowego, rodzin-

¹ Wstęp i część 3 opracowała E. Michałkiewicz, część 4 i wnioski opracowana została przez E. Milczarek, część 2 przygotowały obie Autorki.

² Autorka jest asystentką w Katedrze Prawa Konstytucyjnego i Integracji Europejskiej, Uniwersytet Szczeciński Wydział Prawa i Administracji.

³ Autorka jest asystentką w Katedrze Prawa Konstytucyjnego i Integracji Europejskiej, Uniwersytet Szczeciński Wydział Prawa i Administracji.

⁴ Dz. Urz. UE C Nr 83, s. 389; dalej jako: KPP UE.

nego – *oikos* – od sfery życia publicznego politycznego – *polis* – oddzielił Arystoteles⁵. Co prawda rozumienie „prywatności” w znaczący sposób różniło się od znaczenia tego pojęcia w czasach współczesnych, jednakże nie sposób nie zaszykalizować, iż już wtedy pojęcie to zaczęło funkcjonować.

Kontynuatorami sposobu myślenia opartego na rozdziale sfer prywatnej i publicznej byli także w późniejszym czasie *B. Constant* oraz *J.S. Mill*. Swoje idee dotyczące sfery prywatności człowieka łączyli oni z innym prawem podstawowym, a mianowicie z prawem do wolności. „Punktem wyjścia systemu *J.S. Milla* – podobnie jak *B. Constanta* – był indywidualizm. Podobnie jak tam, celem rozważań było zapewnienie wolności rozumianej jako indywidualna odrębność jednostki. Sednem myśli *J.S. Milla* była pewność, że szacunek dla prywatności jest podstawą wolności, a o człowieczeństwie ludzi stanowi ich zdolność wyboru⁶. *J.S. Mill* przewidywał jednak, że w niektórych przypadkach, dotyczących np. bezpieczeństwa społecznego czy też sprawiedliwości, istnieje dopuszczalność ingerencji państwa w sferę życia prywatnego⁷, zatem nie przyznawał prawa do prywatności charakteru bezwzględniego.

Odpowiedzią na koncepcję liberalną prawa do prywatności była koncepcja komunitarystów. Ich zdaniem „liberalnie pojmowany system praw i wolności stanowi apologię ludzkiego indywidualizmu i egoizmu, który ignoruje jedną z najbardziej podstawowych potrzeb: bycia z innymi”. Podpisują się oni pod słowami *E. Fromma*, że „sama wolność negatywna czyni z jednostki ludzkiej istotę izolowaną i samotną. Prawo do prywatności (...) sankcjonuje tę izolację i samotność⁸”.

Pierwsza współczesna definicja ochrony prawa do prywatności pojawiła się w 1890 r. na łamach *Harvard Law Review* w eseju pt. *Right to Privacy*. W pracy tej prywatność określono jako „prawo do pozostawienia w spokoju”, a takie zdefiniowanie tego pojęcia stanowiło podwaliny dla rozwoju prawa do prywatności na całym świecie. Autorami nowoczesnej definicji „prywatności” byli *S.D. Warren* oraz *L.D. Brandeis*⁹. *R. Dopierała* wskazuje również na kilka innych koncepcji prywatności, które rozwinęły się już w czasach współczesnych. Jako pierwszy przykład podaje wnioski *A. Millera* oraz *E. Beardsleya* z 1971 r., którzy to prawo do prywatności wiążą nierozdzielnie ze zdolnością człowieka do umiejętnego udostępniania informacji o sobie. To jednostka sama określa swoją sferę prywatności i może zdecydować o tym, jakie informacje o sobie udostępni innym. Zatem za wiedzę innych na temat danego człowieka odpowiedzialny jest on sam¹⁰. Kilkanaście lat później zdanie *A. Millera* i *E. Beardsleya* potwierdza *W.A. Parent*, który uważa, że „prywatność jest warunkiem nieposiadania nieudokumentowanych informacji osobistych znanych innym¹¹”. Według niego rozpowszechnianie informacji, które zostały już upublicznione np. za sprawą prasy, mediów (*Ł. Kołodziejczyk* przypuszcza, że można tu mówić również o Internecie), nie stanowią naruszenia prawa do pry-

watności z jednego prostego powodu – przestały one być informacjami prywatnymi w momencie ich pierwszej publikacji¹². Koncepcje te spotykają się jednak z krytyką innych autorów, którzy wskazują na fakt, iż mogą one zostać łatwo obalone w przypadku np. inwigilacji, kiedy to informacje, którymi nie chcemy się dzielić, zostaną i tak uzyskane¹³.

Ostatnią wartą uwagi dwudziestowieczną definicję prywatności przedstawia nam *J. DeCew*, która proponuje spojrzeć na pojęcie prywatności w kilku wymiarach: informacyjnym, dostępności oraz ekspresji. Granice między poszczególnymi kategoriami nie są wyraźne, jednakże była to tak naprawdę pierwsza definicja, która zapoczątkowała erę koncepcji prywatności rozpatrywanych w aspekcie wielowymiarowym¹⁴. Autorka uważa, iż aby przyznać jakiejś informacji status prywatnej, należy umieścić ją w określonym kontekście regulowanym przez grupy społeczne, do których przynależy każdy człowiek, albo też odnieść ją do subiektywnych odczuć danej jednostki¹⁵.

W Polsce stosunkowo niedawno kwestia ta stała się tematyką rozważań *A. Kopffa*, który zdefiniował „prywatność” w pracy pt. *Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego jako „prawo jednostki do życia własnym życiem układanym według własnej woli z ograniczeniem do minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej”¹⁶. Według *A. Mączynskiego* prawo do prywatności wynika z prawa do godności i interpretacja prawa do prywatności musi być dokonywana przez pryzmat prawa do godności¹⁷.*

Należy zwrócić uwagę, iż prawo do prywatności nie występuje jedynie na tle rozważań filozoficznych, teoretycznych, ale pojawia się także w sferze regulacji i rozważań prawnych. Odniesienia do prawa do prywatności znajdziemy w wielu ważnych aktach prawa międzynarodowego, a także polskiego prawa krajowego.

Jako przykład regulacji międzynarodowych przytoczyć można Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r.¹⁸, gdzie w art. 8 przyznaje się

⁵ *Ł. Kołodziejczyk*, *Prywatność w Internecie*, Warszawa 2014, s. 13.

⁶ *J. Braciak*, *Prawo do prywatności*, Warszawa 2004, s. 17–18.

⁷ *Ibidem*, s. 18.

⁸ *Ibidem*, s. 20.

⁹ *S.D. Warren, L.D. Brandeis*, *Right to privacy*, *Harvard Law Review* vol. IV, Nr 5, Cambridge 1980, s. 193.

¹⁰ *R. Dopierała*, *Prywatność w perspektywie zmiany społecznej*, Kraków 2013, s. 25.

¹¹ *Ibidem*, s. 25–26.

¹² *Ł. Kołodziejczyk*, *Prywatność...*, s. 17.

¹³ *Ibidem*, s. 17.

¹⁴ *Ibidem*, s. 18.

¹⁵ *R. Dopierała*, *Prywatność w perspektywie...*, s. 27.

¹⁶ *J.D. Sieńczyło-Chlabicz*, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę*, Kraków 2006, s. 97.

¹⁷ *A. Mączynski*, *Konstytucyjne podstawy prawa do godności i d prywatności*, wystąpienie z 26 Międzynarodowej Konferencji Ochrony Prywatności i Danych Osobowych, http://26konferencja.giodo.gov.pl/data/resources/MaczynskiA_paper.pdf (dostęp z 1.1.2015 r.).

¹⁸ Konwencja zmieniona następnie Protokołami Nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem Nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

każdemu prawo do poszanowania jego życia prywatnego, poszanowania korespondencji oraz do niedopuszczalności ingerencji władz publicznych w korzystanie z tego prawa (z wyjątkiem przypadków ujętych w ustawie i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób).

Współczesne państwa rozbudowują w znaczącym zakresie instrumenty prawne ochrony prywatności, ale jednocześnie znajdują powody, dla których mogą w to prawo ingerować. W Polsce ochrona prywatności i danych osobowych jest regulowana pierwszy raz wprost w Konstytucji RP. Ochrona prawa do prywatności jest uregulowana w art. 47, który stanowi, że „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”, oraz w art. 76, w myśl którego „władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Zakres tej ochrony określa ustawa”.

Ponadto Konstytucja RP wprowadziła nową kategorię konstytucyjną w postaci prawa podmiotowego do ochrony danych osobowych¹⁹. Uregulowana jest ona w art. 51 i w jej zakresie wchodzi m.in. warunek ustawowej podstawy obowiązku ujawnienia przez osobę dotyczących jej informacji (ust. 1), zakaz pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania o obywatelach innych informacji niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym (ust. 2), prawo dostępu do dokumentów i zbiorów danych oraz żądania sprostowania bądź usunięcia danych nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (ust. 3 i 4). Przepis ten zawiera nadto generalną zapowiedź konstytucyjną, zgodnie z którą „zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa” (art. 51 ust. 5). Łączna analiza przywołanych przepisów w orzecznictwie TK doprowadziła do sformułowania koncepcji „autonomii informacyjnej” jednostki²⁰.

Prawo do prywatności do tej pory regulowało kwestię uprawnień państwa wobec obywatela. Obecnie coraz częściej zagrożenie wejścia w sferę prywatną obywatela zachodzi ze strony podmiotów prywatnych. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 19.2.2002 r. stwierdził, że art. 47 Konstytucji RP nakłada na ustawodawcę obowiązek zapewnienia jednostce odpowiedniej ochrony sfery życia prywatnego nie tylko przed ingerencją ze strony podmiotów prywatnych²¹. Rozwój Internetu sprawił, iż obecnie został ułatwiony nie tylko dostęp do danych osobowych, lecz także możliwość swobodnego kreowania takich danych. Informacje te są coraz częściej wykorzystywane przez internetowe przedsiębiorstwa, które udostępnione, a następnie zgromadzone dane wykorzystują w celach marketingowych.

Ochrona prywatności w Internecie ma coraz większe znaczenie dla społeczeństw w związku z rozwojem m.in. bankowości elektronicznej, portali społecznościowych i innych serwisów zbierających informacje na temat użytkowników Internetu. Informacje są zbierane również przez organy państwowe w celu ochrony bezpieczeństwa publicznego. Koncerny informatyczne, zwłaszcza internetowe, takie jak Google, Facebook, Twitter, Apple, gromadzą dane o swoich użytkownikach. Wspomniane przedsiębiorstwa zgromadzone dane wykorzystują m.in. do działalności handlowej. Praktyka pokazała, że ich zabezpieczenie jest iluzoryczne. Dane te nie były przez wspomniane przedsiębiorstwa szyfrowane i zostały wykorzystane przez amerykańską Agencję Bezpieczeństwa Krajowego²².

W UE zmiany w zakresie dostosowania prawa ochrony prywatności do poziomu rozwoju technologii informacyjnych zostały dokonane przez instrumenty prawa publicznego i nadanie obywatelom nowych publicznych praw podmiotowych. Stworzono wspólny rynek informacyjny, gdzie użytkownicy uzyskali prawo do „informacyjnego samookreślenia”, czyli do kontroli informacji na swój temat czy udzielania zgody na przetwarzanie danych osobowych²³. Obecnie możemy zaobserwować tendencje do ograniczenia zakresu prawa krajowego w sferze ochrony danych osobowych na rzecz prawa europejskiego. Zasadnicza w tej kwestii jest dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24.10.1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych²⁴ oraz art. 8 KPP UE.

W stosunku do pierwszego z aktów powstało wiele wątpliwości dotyczących stosowania go w stosunku do spraw związanych z Internetem. W 1995 r. nikt nie mógł bowiem przewidzieć, że w niedługim czasie dostęp do Internetu będzie miał każdy, a przesył informacji będzie niezwykle szybki i niczym nieograniczony, stąd uzasadnione obawy co do adekwatności przepisów zawartych we wspomnianym akcie do rzeczywistej sytuacji w środowisku cyfrowym. Mniej sceptyczny w tym temacie jest *L.A. Bygrave*, który chociaż zgadza się z zarzutem tworzenia prawa bez uwzględnienia w nim środowiska cyfrowego, to jednak twierdzi, iż regulacje dyrektywy 95/46/WE są na tyle „wystarczająco pojemne, aby

¹⁹ A. Mączyński, *Konstytucyjne...*, *passim*.

²⁰ Zob. m.in. wyrok TK z 17.6.2008 r., K 8/04, Dz.U. Nr 110, poz. 707.

²¹ Wyrok TK z 19.2.2002 r., U 3/01, OTK-A 2002, Nr 1, poz. 3.

²² Komisja Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych UE, Projekt sprawozdania w sprawie realizowanych przez NSA amerykańskich programów nadzoru, organów nadzoru w różnych państwach członkowskich oraz ich wpływu na prawa podstawowe obywateli UE oraz na współpracę transatlantycką w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych, 2013/2188(INI), www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/pr/1014/1014703/1014703pl.pdf (dostęp z 1.1.2015 r.).

²³ K. Dobrzeński, *LexInformatica*, Toruń 2008, s. 103–107

²⁴ Dz.Urz. UE L Nr 281, s. 31; dalej jako: dyrektywa 95/46/WE.

UE, stała się stroną pozwaną w kilku głośnych procesach dotyczących m.in. prawa do prywatności.

Wyszukiwarka Google i prawo do bycia zapomnianym

Wraz z upowszechnieniem Internetu nastąpiła również ewolucja prawa do prywatności, która polegała na konieczności rozszerzenia jego zakresu na nowe środowisko – sieć internetową. Stało się tak, dlatego iż właśnie na tym polu pojawiła się możliwość dokonywania nowych naruszeń dotyczących praw osobowych jednostki, w tym prawa do prywatności. Kiedyś „procedury postępowania z danymi osobowymi miały uchronić jednostkę przed ingerencją w jej sferę informacyjną z uwagi na automatyzację procesów wykorzystania danych. Obecnie ponownie zastanawiamy się nad uchronieniem jednostki przed ingerencją w jej autonomię informacyjną w związku z zastosowaniem nowych sposobów i środków przetwarzania danych osobowych – jak *cloudcomputing*, tyle tylko, że przy tej okazji warto również zastanowić się nad dotychczas funkcjonującym modelem autonomii informacyjnej”³².

Na tle prawa polskiego przyjmuje się, iż autonomia informacyjna, zagwarantowana przepisami samej Konstytucji RP, jest niczym innym jak możliwością samodzielnego decydowania jednostki o tym, jakie informacje na swój temat udostępni, a także kontrolą nad tymi informacjami oraz innymi, które nie zostały przez nią ujawnione, ale i tak znalazły się w sferze informacji publicznych³³. W podejściu tym widać znaczne podobieństwa ze sposobem myślenia W.A. Parenta, który uważał, iż sferę swojej prywatności może chronić sam człowiek, który jest odpowiedzialny za to, co przedostaje się do sfery publicznej i ma zdecydowanie największy wpływ na dokonywanie selekcji publicznych informacji o sobie. Jednakże także w tym przypadku można tej koncepcji zarzucić krótkowzroczność. Nie przewiduje ona bowiem sytuacji, w których to jednostka nie będzie mogła w żadnej mierze czuć nad tym, co tak naprawdę na jej temat zostało upublicznione. „Sieć zwiiera nie tylko materiały (zdjęcia, nagrania, relacje), które zostały w niej umieszczone intencjonalnie. Niejednokrotnie pojawiają się w niej przekazy przygotowane bez wiedzy zainteresowanego, które naruszają wizerunek i dobra osobiste osoby, przedstawiając ją w negatywnym, kompromitującym czy kontrowersyjnym kontekście. Pewne dane mogą być także generowane i użytkowane bez wiedzy użytkownika za sprawą technologii inwigilujących”³⁴. R. Dopierała wskazuje również na to, iż obecnie w Internecie nikt nie jest anonimowy, ponieważ każdy posiada adres IP, na podstawie którego następuje jego identyfikacja. Dzięki adresowi IP administratorzy stron internetowych, a także inne podmioty mogą sprawdzać aktywność konkretnych użytkowników Internetu. Taki sam pogląd wyrażają J. Barta

i R. Markiewicz. Ich zdaniem: „Nie przysparza dziś poważnych trudności ustalenie, kto i kiedy oraz jakie »wywoływał« informacje; również kto z kim korespondował elektronicznie, w jakich uczestniczył forach dyskusyjnych, jakie prezentował tam poglądy itd. (...) Przy pomocy specjalnych programów (tzw. *packetsniffers*) wyszukiwane mogą być przepływające w sieci dane określonego rodzaju, na przykład wybierane według słów kluczowych lub według danych”³⁵.

Doskonałym przykładem utraty kontroli nad krążącymi w Internecie informacjami na swój temat może być głośna w zeszłym roku sprawa M.C. Gonzalez, który złożył skargę do hiszpańskiej agencji danych AEPD przeciwko oddziałowi Google – Google Spain SL. Sprawa dotyczyła faktu, iż po wpisaniu do wyszukiwarki Google danych M.C. Gonzalez pojawiał się wynik wyszukiwania, który odsyłał do jednej ze stron gazet, na której to widniały zamieszczone kilkanaście lat wcześniej informacje dotyczące zlicytowania majątku skarżącego w związku z jego niewypłacalnością. Sprawa miała miejsce dosyć dawno, licytacja ostatecznie nie nastąpiła, jednakże ślad po niej pozostał do dnia dzisiejszego i według M.C. Gonzalez w sposób negatywny wpływał na jego dobre imię, a także na prowadzone przez niego obecnie interesy. W związku z tym, powołując się na szeroko rozumiane prawo do prywatności, a także na prawo do ochrony danych osobowych, skarżący zażądał usunięcia wspomnianych informacji z wyszukiwarki w sposób trwały, by nie pojawiały się już więcej obok jego imienia i nazwiska. Co prawda AEPD przychylił się do wniosku M.C. Gonzalez, jednakże za sprawą sądu hiszpańskiego, rozpatrującego tę sprawę po odwołaniu przez Google Spain SL, finalnie spór trafił przed oblicze TSUE³⁶.

Trybunał w odpowiedzi na wniesione przez sąd hiszpański pytanie prejudycjalne dokonał wykładni niektórych przepisów wspomnianej już dyrektywy 95/46/WE, a także oparł swoje orzeczenie na analizie art. 7 i 8 KPP UE. Wyrok TSUE wywołał prawdziwą burzę, ponieważ nie tylko różnił się znacząco od opinii rzecznika generalnego, ale wyznaczał nowy kierunek interpretowania przepisów prawnych dotyczących Internetu i wyszukiwarek. Trybunał orzekł: „osoba ta może, ze względu na przysługujące jej i przewidziane w art. 7 i 8 KPP UE, zażądać tego, aby dana informacja nie była już podawana do wiadomości szerokiego kręgu odbiorców poprzez zawarcie jej na takiej liście wyników wyszukiwania,

³² M. Sakowska-Baryła, *Cloudcomputing a autonomia informacyjna jednostki*, [w:] G. Szpor (red.), *Internet. Cloudcomputing. Przetwarzanie w chmurach*, Warszawa 2013, s. 146.

³³ *Ibidem*, s. 147.

³⁴ R. Dopierała, *Technologiczne i medialne przeobrażenie prywatności*, [w:] A. Kuczyńska, K. Stachura (red.), *Pomiędzy realnością i wirtualnością. Internet i nowe technologie w życiu codziennym*, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 11.

³⁵ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 28.

³⁶ Opinia rzecznika generalnego N. Jaaskinena przedstawiona 25.6.2013 r., C-131/12, Dz.Urz. UE Nr 424, s. 3.

UE, stała się stroną pozwaną w kilku głośnych procesach dotyczących m.in. prawa do prywatności.

Wyszukiwarka Google i prawo do bycia zapomnianym

Wraz z upowszechnieniem Internetu nastąpiła również ewolucja prawa do prywatności, która polegała na konieczności rozszerzenia jego zakresu na nowe środowisko – sieć internetową. Stało się tak, dlatego iż właśnie na tym polu pojawiła się możliwość dokonywania nowych naruszeń dotyczących praw osobowych jednostki, w tym prawa do prywatności. Kiedyś „procedury postępowania z danymi osobowymi miały uchronić jednostkę przed ingerencją w jej sferę informacyjną z uwagi na automatyzację procesów wykorzystania danych. Obecnie ponownie zastanawiamy się nad uchronieniem jednostki przed ingerencją w jej autonomię informacyjną w związku z zastosowaniem nowych sposobów i środków przetwarzania danych osobowych – jak *cloudcomputing*, tyle tylko, że przy tej okazji warto również zastanowić się nad dotychczas funkcjonującym modelem autonomii informacyjnej”³².

Na tle prawa polskiego przyjmuje się, iż autonomia informacyjna, zagwarantowana przepisami samej Konstytucji RP, jest niczym innym jak możliwością samodzielnego decydowania jednostki o tym, jakie informacje na swój temat udostępnia, a także kontrolą nad tymi informacjami oraz innymi, które nie zostały przez nią ujawnione, ale i tak znalazły się w sferze informacji publicznych³³. W podejściu tym widać znaczne podobieństwa ze sposobem myślenia W.A. Parenta, który uważał, iż sferę swojej prywatności może chronić sam człowiek, który jest odpowiedzialny za to, co przedostaje się do sfery publicznej i ma zdecydowanie największy wpływ na dokonywanie selekcji publicznych informacji o sobie. Jednakże także w tym przypadku można tej koncepcji zarzucić krótkowzroczność. Nie przewiduje ona bowiem sytuacji, w których to jednostka nie będzie mogła w żadnej mierze czuć nad tym, co tak naprawdę na jej temat zostało upublicznione. „Sieć zwiiera nie tylko materiały (zdjęcia, nagrania, relacje), które zostały w niej umieszczone intencjonalnie. Niejednokrotnie pojawiają się w niej przekazy przygotowane bez wiedzy zainteresowanego, które naruszają wizerunek i dobra osobiste osoby, przedstawiając ją w negatywnym, kompromitującym czy kontrowersyjnym kontekście. Pewne dane mogą być także generowane i użytkowane bez wiedzy użytkownika za sprawą technologii inwigilujących”³⁴. R. Dopierała wskazuje również na to, iż obecnie w Internecie nikt nie jest anonimowy, ponieważ każdy posiada adres IP, na podstawie którego następuje jego identyfikacja. Dzięki adresowi IP administratorzy stron internetowych, a także inne podmioty mogą sprawdzać aktywność konkretnych użytkowników Internetu. Taki sam pogląd wyrażają J. Barta

i R. Markiewicz. Ich zdaniem: „Nie przysparza dziś poważnych trudności ustalenie, kto i kiedy oraz jakie »wywoływał« informacje; również kto z kim korespondował elektronicznie, w jakich uczestniczył forach dyskusyjnych, jakie prezentował tam poglądy itd. (...) Przy pomocy specjalnych programów (tzw. *packetsniffers*) wyszukiwane mogą być przepływające w sieci dane określonego rodzaju, na przykład wybierane według słów kluczowych lub według danych”³⁵.

Doskonałym przykładem utraty kontroli nad krążącymi w Internecie informacjami na swój temat może być głośna w zeszłym roku sprawa M.C. Gonzalez, który złożył skargę do hiszpańskiej agencji danych AEPD przeciwko oddziałowi Google – Google Spain SL. Sprawa dotyczyła faktu, iż po wpisaniu do wyszukiwarki Google danych M.C. Gonzalez pojawiał się wynik wyszukiwania, który odsyłał do jednej ze stron gazet, na której to widniały zamieszczone kilkanaście lat wcześniej informacje dotyczące zlicytowania majątku skarżącego w związku z jego niewypłacalnością. Sprawa miała miejsce dosyć dawno, licytacja ostatecznie nie nastąpiła, jednakże ślad po niej pozostał do dnia dzisiejszego i według M.C. Gonzalez w sposób negatywny wpływał na jego dobre imię, a także na prowadzone przez niego obecnie interesy. W związku z tym, powołując się na szeroko rozumiane prawo do prywatności, a także na prawo do ochrony danych osobowych, skarżący zażądał usunięcia wspomnianych informacji z wyszukiwarki w sposób trwały, by nie pojawiały się już więcej obok jego imienia i nazwiska. Co prawda AEPD przychylił się do wniosku M.C. Gonzalez, jednakże za sprawą sądu hiszpańskiego, rozpatrującego tę sprawę po odwołaniu przez Google Spain SL, finalnie spór trafił przed oblicze TSUE³⁶.

Trybunał w odpowiedzi na wniesione przez sąd hiszpański pytanie prejudycjalne dokonał wykładni niektórych przepisów wspomnianej już dyrektywy 95/46/WE, a także oparł swoje orzeczenie na analizie art. 7 i 8 KPP UE. Wyrok TSUE wywołał prawdziwą burzę, ponieważ nie tylko różnił się znacząco od opinii rzecznika generalnego, ale wyznaczał nowy kierunek interpretowania przepisów prawnych dotyczących Internetu i wyszukiwarek. Trybunał orzekł: „osoba ta może, ze względu na przysługujące jej i przewidziane w art. 7 i 8 KPP UE, zażądać tego, aby dana informacja nie była już podawana do wiadomości szerokiego kręgu odbiorców poprzez zawarcie jej na takiej liście wyników wyszukiwania,

³² M. Sakowska-Baryła, *Cloudcomputing a autonomia informacyjna jednostki*, [w:] G. Szpor (red.), *Internet. Cloudcomputing. Przetwarzanie w chmurach*, Warszawa 2013, s. 146.

³³ *Ibidem*, s. 147.

³⁴ R. Dopierała, *Technologiczne i medialne przeobrażenie prywatności*, [w:] A. Kuczyńska, K. Stachura (red.), *Pomiędzy realnością i wirtualnością. Internet i nowe technologie w życiu codziennym*, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 11.

³⁵ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 28.

³⁶ Opinia rzecznika generalnego N. Jaaskinena przedstawiona 25.6.2013 r., C-131/12, Dz.Urz. UE Nr 424, s. 3.

prawa te są co do zasady nadrzędne nie tylko wobec interesu gospodarczego operatora wyszukiwarki internetowej, lecz również wobec interesu, jaki może mieć ten krąg odbiorców w znalezieniu tej informacji w ramach wyszukiwania prowadzonego w przedmiocie imienia i nazwiska tej osoby. Taka sytuacja nie ma jednak miejsca, jeśli, ze szczególnych powodów, takich jak rola odgrywana przez tę osobę w życiu publicznym, należałoby uznać, że ingerencja w jej prawa podstawowe jest uzasadniona nadrzędnym interesem tego kręgu odbiorców polegającym na posiadaniu, dzięki temu zawarciu na liście, dostępu do danej informacji³⁷.

Po wydaniu 13.5.2014 r. powyższego orzeczenia rozgorzała dyskusja. Zwolennicy takiego podejścia do tematu głosili nową erę doby Internetu, w której to będzie można bronić swojego wizerunku poprzez ponowne uzyskanie wpływu na to, co na nasz temat zostało umieszczone. Optymiści wspominali nawet o ukonstytuowaniu nowej formy ochrony prawa do prywatności, a mianowicie prawa do bycia zapomnianym³⁸.

Pojęcie to pojawiło się już kilka lat wcześniej i oznaczało znacznie więcej niż dotychczasowe prawo do bycia pozostawionym w spokoju. Nie chodziło tu bowiem tylko o wskazanie, by inni (czy to osoby prywatne, czy organy państwowe) nie ingerowali w sferę naszego życia prywatnego, lecz także o to, abyśmy posiadali narzędzie prawne, umożliwiające nam realny wpływ na informacje na nasz temat, które już zostały upublicznione. Prawo takie miało dawać nam możliwość pełnej kontroli nad tym, jak będziemy postrzegani przez innych, bowiem powinno przysługiwać nam prawo żądania usunięcia niektórych informacji o nas, pojawiających się w Internecie np. za sprawą wyszukiwarek. To właśnie „wyszukiwarki zostały uznane za jedno z podstawowych wyzwań technicznych w Dokumencie Grupy Roboczej art. 29⁷, WP 170 »Program prac na lata 2010–2011« przyjętym 15.2.2010 r. Wyzwanie to wymagało szczególnej uwagi z punktu widzenia ochrony danych osobowych. (...) Cel i charakter działania wyszukiwarek nie jest jednorodny. Wyszukiwarki spełniają dwie podstawowe role: pośrednika oraz dostawcy usług dodatkowych, na bazie informacji pozyskanych przez użytkowników i własnych dostarczanych treści. Zasadnicze działanie kojarzone z wyszukiwarkami polega na świadczeniu usług wyszukiwawczych. Usprawnienie tych działań stanowi uzasadnienie dla przetwarzania danych użytkowników. Więcej zgromadzonych danych oraz jak najdłuższy okres ich gromadzenia to bardziej precyzyjne wyniki³⁹. Wyszukiwarki bowiem gromadzą nie tylko informacje na temat naszej aktywności w Internecie, typu wyniki wyszukiwania czy historia dokonywanych zakupów, dzięki czemu może powstać spersonalizowana lista propozycji w oparciu o najczęściej odwiedzane przez nas witryny, lecz również inne informacje dotyczące użytkownika, które zostały umieszczone przez niego samego, np. w celu rejestracji na określonym portalu internetowym⁴⁰.

W takich przypadkach nie jesteśmy w stanie określić, co tak naprawdę dzieje się z tymi wszystkimi danymi, które nawet tylko jednorazowo zostały udostępnione w Internecie. Nic zatem dziwnego, że po wydaniu wspomnianego wyroku przez TS rozbrzmiały głosy, iż prawo do zapomnienia stało się w końcu faktem, ponieważ w obliczu nieustającego i wymykającego się spod kontroli przemiatu informacji i danych osobowych takie prawo pomogłoby uregulować kilka podstawowych kwestii. Czy aby jednak na pewno?

Niektórzy z komentatorów byli nieco bardziej sceptyczni. Wskazywali na wiele spraw, których tak naprawdę wyrok wcale nie regulował, oraz na istotne problemy, które nie zostały wcale rozwiązane. Co prawda orzeczenie TSUE wiąże na przyszłość sądy krajowe państw członkowskich przy rozstrzyganiu podobnych spraw, jednakże już w tym momencie kończy się rzeczywisty wpływ prawa unijnego na ochronę naszej prywatności i danych osobowych.

Trybunał w wyroku w sprawie Google Spain SL przyznał jednostkom prawo do żądania wymazania informacji na ich temat w przypadku, kiedy tylko jednostka takie dane uzna za niekorzystne dla siebie. Co więcej, żądanie takie nie musi być nawet uzasadnione możliwością poniesienia przez jednostkę jakiegokolwiek szkody ze względu na to, iż prawo wniesienia żądania wynika bezpośrednio z prawa do prywatności i prawa do ochrony danych osobowych. Sceptycy ogłosili jednak, że na tym kończy się wpływ TSUE na ochronę naszych praw podstawowych. Mamy bowiem takie prawo, ale nie ma żadnych regulacji dotyczących już samej procedury wnoszenia naszych żądań oraz nie funkcjonują żadne mechanizmy, które mogłyby nasze żądania sankcjonować. Trybunał nie posiada przecież bezpośredniej możliwości kontrolowania i nakładania sankcji na spółki krajowe w przypadku, kiedy nie chciałyby się one zastosować do wniosku jednostki, a sprawa rozgrywa się na poziomie krajowym. Do jakichkolwiek działań są upoważnione jedynie sądy krajowe, które różnią się przecież między sobą sposobem przeprowadzania postępowań sądowych. Sam wyrok nie reguluje także kwestii procedury wnoszenia wniosków o usunięcie danych. W związku z tym przysługuje nam prawo do żądania usunięcia określonych informacji na nasz temat z wyszukiwarek, jednakże nie zostało określone, w jaki sposób należy wnieść takie żądanie, aby było ono skuteczne. Pozostaje nam

³⁷ Wyrok TSUE z 13.5.2014 r., C-131/12, www.eur-lex.europa.eu.

³⁸ Zob. Prawo do bycia zapomnianym, <http://www.infor.pl/prawo/prawo-konsumenta/konsument-w-sieci/694634,2,Prawo-do-bycia-zapomnianym-w-Internecie.html> (dostęp z 2.1.2015 r.); *L. Faciejew*, Kioskarz przed Trybunałem. Google i prawo do zapomnienia, <http://kulturaliberalna.pl/2014/09/30/google-prawo-do-zapomnienia-w-internecie/> (dostęp z 2.1.2015 r.).

³⁹ *B. Fisher*, Prawo użytkowników wyszukiwarek internetowych do poszanowania ich autonomii informacyjnej, [w:] *G. Szpor* (red.), *Internet, Ochrona wolności, własności i bezpieczeństwa*, Warszawa 2011, s. 65–67.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 66.

stosowanie formularza, który na swoim serwisie zamieściło samo Google, jednakże w dalszym ciągu brakuje regulacji dotyczących dalszego postępowania. W jakim terminie Google powinno rozpatrzyć sprawę? Na jakiej podstawie Google może odmówić wymazania wpisu? Jak się zachować, kiedy nastąpi taka odmowa? W rezultacie oddziały Google zostały zasypane żądaniem internautów, które są rozpatrywane dosyć opieszale, co zresztą nie powinno dziwić, zważywszy na brak przygotowania na taki stan rzeczy działów prawnych oddziałów wyszukiwarki.

P. Górecki wskazuje na dane zawarte w tzw. raporcie przejrzystości, który został opublikowany przez firmę Google w związku napływającymi z całego świata wnioskami o wymazanie danych. Wynika z niego, że w okresie od 13.5.2014 r. do 9.10.2014 r. napłynęło łącznie 144 907 wniosków, z samej Polski 3665⁴¹.

Zarzut dotyczący braku regulacji prawnych oraz procedur, które w procesie rozpatrywania wniosków o usunięcie danych powinny być przestrzegane i stosowane przez Google, został częściowo odparty dzięki uchwalonym 26.10.2014 r. przez Grupę Roboczą ds. ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych „Wytycznym w sprawie wdrożenia wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Google Spain and INC v. Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González C-131/12”. W dokumencie tym Grupa Robocza zawarła 13 pytań (kryteriów), według których Google powinno rozpatrywać wnioski z żądaniem usunięcia danych oraz szczegółowe opisy i wyjaśnienia tychże pytań⁴². Wciąż jednak brakuje opisu dokładnej procedury dotyczącej rozpatrywania wniosków oraz ewentualnej procedury odwoławczej. Obecnie kraje członkowskie UE w przypadku odmowy Google usunięcia danych wnioskodawcy stosują krajowe procedury sądowe, które w poszczególnych państwach mogą się od siebie różnić.

Kolejnym minusem, jakiego dopatrywali się sceptycy, jest usunięcie z wyszukiwarki niekorzystnej dla nas informacji, ale tylko z wyników wyszukiwania w danym państwie, czyli w państwie złożenia żądania. Przykładowo, jeżeli zostanie złożony wniosek o usunięcie informacji z polskiej wyszukiwarki, rzeczywiście zniknie ona bezpowrotnie, ale tylko w Polsce, a będzie można ją odnaleźć np. na angielskiej stronie tej samej wyszukiwarki⁴³. W związku z taką liczbą nieścisłości nie można jednoznacznie stwierdzić, aby od 13.5.2014 r. można było cieszyć się pełnią prawa do bycia zapomnianym.

Kolejny aspekt, który pojawia się *à propos* rozważań nad prawem do zapomnienia, to aspekt moralny tego problemu. Oczywiście należy się zgodzić, że takie uprawnienie może być błogosławieństwem dla osób, które zostały bezprawnie oczernione, czy też dla prześladowanych w Internecie przez rówieśników nastolatków. Jednakże powstaje pytanie, czy takie prawo do wymazania wszelkich, nawet tych niechlubnych,

informacji na czyjś temat powinno zostać bez ograniczeń przyznane każdemu? Trybunał w swoim wyroku dokonał rozróżnienia osób prywatnych od tych jednostek, które znajdują się w sferze publicznej, i w związku z tym informacje ich dotyczące stanowią wartość wyższą dla interesu ogółu niż dla jednostkowego prawa podmiotowego tych osób fizycznych. W tym przypadku zostały rozwiane wątpliwości sceptyków, którzy w prawie do zapomnienia upatrywali się ukrytego narzędzia do walki politycznej⁴⁴. Jeżeli bowiem TSUE nie uregulowałaby tej kwestii, z prawa do zapomnienia z pewnością chętnie korzystaliby politycy, którzy chcieliby ukryć swoje niechlubne występki, tudzież chcieliby manipulować wyborcami poprzez adekwatną zmianę swoich poglądów politycznych i przekonań. W tym przypadku jednak nie są oni bezwzględnie uprawnieni do wysuwania swoich żądań w celu zapomnienia ich przewinień ze względu na fakt, że należą do sfery publicznej. Jednakże nie można oczywiście w pełni odmówić im takiego prawa i rzeczywiście mogą się zdarzyć przypadki, kiedy to prawo do usunięcia informacji będzie wykorzystywane w walkach politycznych. Problem moralny o wiele bardziej istotny powstaje jednak w związku z informacjami dotyczącymi pewnej grupy jednostek, której nie można zakwalifikować do grupy osób publicznych. Chodzi tu np. o przestępców: seryjnych morderców, gwałcieli czy pedofilów. Są to niewątpliwie osoby prywatne, którym przysługuje pełnia prawa do prywatności oraz ochrony ich danych. Powstaje jednak wątpliwość, czy rzeczywiście ich prawa podmiotowe są ważniejsze niż interes ogółu? Czy przez niczym nieograniczone prawo jednostki do wymazywania informacji o fakcie, iż była wielokrotnie skazywana za gwałty, nie może dojść do kolejnych przestępstw na tle seksualnym? Czy rodzice nie powinni wiedzieć, iż w ich okolicy po opuszczeniu zakładu karnego zamieszkuje osoba skazana za pedofilię? Wyroki wydawane w ostatnim czasie, chociażby w Polsce, wskazują na możliwość utrwalenia się pewnej linii orzeczniczej. Szczególnie głośny za sprawą mediów stał się wyrok w sprawie z powództwa *Leszka L.*, który to w procesie cywilnym wniósł do SO w Warszawie pozew przeciwko Google Inc., kiedy spółka, według niego bezprawnie, odmówiła usunięcia jego danych z wyszukiwarki. Chodziło kon-

⁴¹ Zob. P. Górecki, 3665 Polaków postanowiło skorzystać z prawa do bycia zapomnianym, http://wyborcza.biz/biznes/1,100896,16780398,3665_Polakow_postanowilo_skorzystac_z_prawa_do_bycia.html (dostęp z 2.1.2015 r.).

⁴² Zob. Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on „Google Spain and INC v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf (dostęp z 2.1.2015 r.).

⁴³ Zob. M. Wawrzyn, Tysiące ludzi chcą skorzystać z prawa do bycia zapomnianym. A Internet i tak będzie pamiętał, <http://gadzetomania.pl/1295,tysiace-ludzi-chca-skorzystac-z-prawa-do-bycia-zapomnianym-a-internet-i-tak-bedzie-pamietal> (dostęp z 2.1.2015 r.); Ł. Pawłowski, Internet i prawo do zapomnienia, <http://kulturaliberalna.pl/2014/09/30/internet-prawo-zapomnienia/> (dostęp z 2.1.2015 r.).

⁴⁴ Internetu nie da się kontrolować, <http://kulturaliberalna.pl/2014/09/30/internet-kontrola-prawo-do-zapomnienia/> (dostęp z 2.1.2015 r.).

kretnie o list gończy, który został rozesłany za *Leszkiem L.*, a informacja o nim, mimo że list został prawdopodobnie cofnięty, nadal wyświetlała się w wynikach wyszukiwarki. Sąd Okręgowy w Warszawie pozew oddalił z uwagi na niewystarczający materiał dowodowy, jednakże jednocześnie wspominał, iż list gończy stanowi taką wyjątkową sytuację, w której to prawo do prywatności zostaje niejako wyłączone, w związku z czym nie można mówić o jego naruszeniu. List gończy służy bowiem temu, aby jak największa liczba osób mogła zapoznać się z informacjami o osobie poszukiwanej⁴⁵. Przy okazji tego wyroku należałoby również wspomnieć o innej zasadzie w prawie polskim, która również mogłaby wpływać na korzyść zwolenników pozostawiania informacji o skazaniach w sieci, a mianowicie argument, iż ogłoszenie wyroku jest zawsze jawne.

Bez względu na osobiste przekonania oraz wyniki rozważań moralnych należy jednak wskazać, iż oprócz głosów bezkrytycznego przyjęcia prawa do zapomnienia pojawiają się również głosy, które wskazują – w sposób trafny lub mniej trafny – na zagrożenia, które mogą wyniknąć ze źle rozumianego, a przede wszystkim źle uregulowanego, prawa do bycia zapomnianym⁴⁶. Na chwilę obecną decyzje o wykreśleniu danego wpisu są decyzjami uznaniowymi prawników Google i to od nich w dużej mierze zależy, czy coś pozostanie na stronie, czy też z niej zniknie⁴⁷. Jak wynika z przytaczanego już raportu przejrzystości, w krótkim czasie po wydaniu wyroku pozytywnie rozpatrywane były niemalże wszystkie wnioski zgłaszane do Google, z czasem jednak tendencja ta zmalała – „w skali całego kontynentu 58,2% wniosków zostało odrzuconych, a 41,8% zostało rozpatrzonych pozytywnie. Przykładowo wniosek pewnej Włoszki o usunięcie linków do informacji o zabójstwie jej męża sprzed lat, gdzie pojawiło się jej nazwisko. Z kolei odmownie załatwiono wniosek szwajcarskiego finansisty, który prosił o usunięcie dziesięciu linków do informacji o jego aresztowaniu”⁴⁸. Z publikowanych przez Google raportów przejrzystości wynika, iż liczba wniosków o usunięcie danych, które są rozpatrywane pozytywnie, utrzymuje się ciągle mniej więcej na tym samym poziomie. Raport przejrzystości opublikowany w pierwszej rocznicę wydania wyroku TSUE wskazywał, iż liczba wniosków zwiększyła się do 254 271, a jedynie 41,3% z nich jest załatwiana zgodnie z żądaniem wnioskodawcy⁴⁹. W ostatnim z dostępnych raportów przejrzystości Google podaje informację, iż liczba zgłaszanych wniosków o usunięcie danych wynosi 309 093, a 41,5% rozpatrywanych jest pozytywnie⁵⁰.

Podsumowując, nie można jeszcze mówić o w pełni ukształtowanym prawie do bycia zapomnianym, jednakże trzeba jednoznacznie wskazać na fakt, iż TSUE nadał nam takie prawo i nakreślił ramy tego uprawnienia. To tylko od dalszych regulacji i wspólnie przyjętych sposobów interpretacji prawa zależy, czy rzeczywiście za jakiś czas będziemy mogli się cieszyć pełnią prawa do zapomnienia. Prawo to posiada wielu zwolenników, jednakże nie można podchodzić do niego w sposób zupełnie bezkrytyczny. Aby regulacje dotyczące

tego uprawnienia były sensowne, należy też przyjrzeć się dokładnie wielu zastrzeżeniom, które wysuwane są z kolei przez sceptyków. Tylko tworząc odpowiednie regulacje prawne, które z jednej strony będą szanowały nasze prawo do prywatności i ochrony danych osobowych, jak również z drugiej strony będą uwzględniały interes ogółu, możemy się cieszyć pełnią ochrony praw podmiotowych przy jednoczesnym poczuciu bezpieczeństwa.

Wyszukiwarka Google StreetView i ochrona prywatności

Wyszukiwarki internetowe, takie jak Google, ułatwiają korzystanie z Internetu, przez co stanowią istotny element europejskiego społeczeństwa informacyjnego. Ich funkcjonowanie stwarza jednak sporo problemów, do których można przede wszystkim zaliczyć kwestie związane z rodzajem i liczbą przechowywanych danych oraz pozyskiwaniem zgody na ich wykorzystanie, politykę w zakresie ich zatrzymywania, kończąc na śledzeniu aktywności użytkowników. Jak słusznie zauważono na seminarium pt. Ochrona danych w Internecie organizowanym przez Komisję Wolności, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych⁵¹, należy oddzielić funkcjonowanie samej wyszukiwarki od udostępnianych przez nią innych usług internetowych, takich jak poczta elektroniczna, mapy czy serwisy społecznościowe.

Od lat prym wśród wyszukiwarek w Polsce i na świecie wiodzie wyszukiwarka Google⁵². W ramach serwisu udostępniono usługę Google StreetView, dostępną w Mapach Google i Google Earth, która prezentuje zdjęcia panoramiczne w zakresie 360 stopni wykonane z poziomu ulicy oraz wnętrza wybranych obiektów. Usługa została uruchomiona po raz pierwszy w Stanach Zjednoczonych w 2007 r., a dziś jest dostępna dla ponad 3000 miast w 50 krajach na siedmiu kontynentach. Zdjęcia są wykonywane przez pojazdy wyposażone w zaawansowane technologicznie aparaty fotograficzne. Oprócz materiałów zbieranych przez sam koncern uruchomiono możliwość dostarczania zdjęć przez użytkow-

⁴⁵ Sąd oddalił cywilny pozew przeciwko Google o „prawo do zapomnienia”, <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/sad-oddalil-cywilny-pozew-przeciw-google-o-prawo-do-zapomnienia> (dostęp z 30.8.2015 r.).

⁴⁶ Internetu nie da się kontrolować, <http://kulturaliberalna.pl/2014/09/30/internet-kontrola-prawo-do-zapomnienia/> (dostęp z 2.1.2015 r.).

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ P. Górecki, 3665 Polaków postanowiło..., *passim*.

⁴⁹ M. Maj, Prawo do bycia zapomnianym ma rok. Google usuwa 41% zgłoszonych URL-i, <http://di.com.pl/prawo-do-bycia-zapomnianym-marok-google-usuwa-41-zgloszonych-url-i-52130> (dostęp z 13.5.2015 r.).

⁵⁰ Raport przejrzystości, <http://www.google.com/transparencypreport/removals/europeprivacy/?hl=pl> (dostęp z 30.8.2015 r.).

⁵¹ Materiały z seminarium Ochrona danych w Internecie; Google-DoubleClick i inne analizy przypadku, Komisja Wolności, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych, 21.1.2008 r., Bruksela, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/oj/701/701671/701671pl.pdf (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁵² Ranking popularności wyszukiwarek internetowych, <http://www.ebizmba.com/articles/search-engines> (dostęp z 1.1.2015 r.).

ników serwisu. Zaznaczyć warto, że zdjęcia nie są obrazem w czasie rzeczywistym⁵³.

Od samego początku istnienia usługi budziła ona kontrowersje związane z ochroną danych osobowych i ochroną prawa do prywatności. W związku z tym, że została ona aktywowana początkowo w Stanach Zjednoczonych, to właśnie tam doszło do pierwszych sporów sądowych. Sądy rozpatrywały m.in. pozew małżeństwa *Boringów*, które domagało się odszkodowania związanego z wykorzystaniem bez zgody wizerunku ich domu w usłudze. Koncern bronił się, podając m.in., że w dobie obecnych technologii nie istnieje coś takiego jak „całkowita prywatność”. Sąd odrzucił pozew, podając w uzasadnieniu, że małżeństwo nie było w stanie udowodnić, iż sytuacja doprowadziła do ich upokorzenia⁵⁴.

Do ciekawego przypadku doszło w mieście NorthOaks. To małe położone w stanie Minnesota 4500 miasto jest w całości własnością samych mieszkańców. Koncern bez uzyskania wcześniejszej zgody dokonał zdjęć na terenie miasta i udostępnił je w swojej usłudze. Mieszkańcy zażądali usunięcia zdjęć z serwisu, co też uczyniono⁵⁵.

By uniknąć dalszych spraw sądowych i protestów Google zdecydowało, że zdjęcia zrobione w ramach usługi będą po zebraniu przetwarzane komputerowo, by automatycznie zamazywać twarze i tablice rejestracyjne⁵⁶. Obecnie użytkownicy mogą poprosić o uczynienie nierozpoznawalnym dodatkowych elementów dowolnego zdjęcia, na którym widać użytkownika, jego rodzinę, samochód czy dom. Użytkownicy mogą również poprosić o usunięcie zdjęć przedstawiających niedozwolone treści, takie jak nagość lub przemoc poprzez przycisk „Zgłoś problem”⁵⁷.

Duże zaniepokojenie społeczne wzbudziła informacja o zbieraniu przez samochód Google StreetView w trakcie wykonywania fotografii do usługi dodatkowych danych z niezabezpieczonych sieci Wi-Fi użytkowników, znajdujących się na trasie przejazdu samochodu. Pozyskano w ten sposób informacje obejmujące dane techniczne, informacje o treściach przesyłanych przez sieci, hasła, dokumenty oraz filmy wideo. Zarzuty zostały potwierdzone przez sąd. Na tle tej sprawy uwidocznił się problem nieadekwatności większości aktów prawnych w Stanach Zjednoczonych odnoszących się do technologii informacyjnych do obecnej rzeczywistości. Ochrona prywatności jednostki nie jest realizowana w oczekiwany przez społeczeństwo zakresie. Niekontrolowanemu przepływowi danych sprzyja fakt, że sprzęt komputerowy jest w domyślnych ustawieniach nieszyfrowany, czego świadomości nie mają użytkownicy⁵⁸.

Europa jest dla dostawcy usług internetowych ważnym rynkiem, więc usługa StreetView trafiła do niej dość szybko. Pierwszym europejskim krajem, w którym ją uruchomiono była Francja⁵⁹. Usługa szybko rozprzestrzeniała się na kolejne europejskie kraje. We wszystkich dochodziło do sporów w kwestii ochrony prawa do prywatności.

Do walki o prawo do prywatności swoich obywateli zaangażowały się również organy państwowe. Od 2010 r. Google miał duże trudności z Czeskim Biurem Ochrony Danych Osobowych, które wielokrotnie odrzucało podania o kontynuowanie prac nad uruchomieniem usługi u naszych południowych sąsiadów. Dopiero w 2012 r., po spełnieniu wielu wymagań, wydano na nie zgodę⁶⁰. Prace nad usługą na jakiś czas były wstrzymane również w Grecji, gdzie domagano się od Google podania informacji m.in. w sprawie sposobu przechowywania danych⁶¹. Z kolei włoska organizacja WatchDog wniosła o ukaranie koncernu w związku z nieprawidłowym oznakowaniem samochodów dokonujących zdjęć. Zarzuty potwierdzone zostały przez tamtejsze instytucje odpowiedzialne za ochronę danych osobowych, które nałożyły na Google karę 1,4 mln dolarów⁶². Wstrzymanie działalności serwisu zarządził na pewien czas również sąd w Szwajcarii. Pozew złożył federalny komisarz ds. ochrony danych, odpowiadającym tym samym setkom skarg Szwajcarów⁶³. Sąd nakazał, aby inne cechy identyfikacyjne, takie jak kolor skóry lub ubiór, osób sfotografowanych w pobliżu tzw. newralgicznych placówek, takich jak schroniska dla kobiet, domy starców, więzienia, szkoły, sądy i szpitale, stały się nierozpoznawalne oraz by Google doprowadził do 100% skuteczności w zamazywaniu twarzy⁶⁴.

Bazując na informacjach ze Stanów Zjednoczonych europejskie instytucje również dokonały kontroli pobierania danych z niezabezpieczonych sieci WiFi. Krajowy Urząd ds. Informatyki we Francji wykrył, iż Google czerpało z tej działalności

⁵³ Oficjalna strona Google, <http://www.google.pl/intl/pl/maps/about/partners/streetview/business/faq/#what> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁵⁴ Wyrok amerykańskiego Sądu Apelacyjnego z 28.1.2010 r. w sprawie Aaron C. Boring, Christine Boring przeciwko Google Inc. Nr 09-2350/www.wsg.com/attorneys/BIOS/PDFs/boring_v_google.pdf (dostęp z 1.5.2015 r.).

⁵⁵ L. Pabst, North Oaks tell Google Maps: Keep out we mean it, StarTribune, <http://www.startribune.com/lifestyle/19416279.html> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁵⁶ R. Lesiecki, GODO skontrolował usługę Google StreetView, <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/giodo-skontrolowal-usluge-google-street-view?refererPlid=68376126> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁵⁷ Oficjalna strona Google, <http://www.google.pl/intl/pl/maps/about/partners/streetview/business/faq/#what> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁵⁸ Federal Statutes – Wiretap Act – Ninth Circuit Holds That Intercepting Unencrypted Wi-Fi Broadcasts Violates the Wiretap Act, Harvard Law Review Vol. 127, No. 6, April, http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/04/vol127_joffe_v_google.pdf (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁵⁹ A. Chitu, Google Street View in France, <http://googlesystem.blogspot.com/2008/07/google-street-view-in-france.html> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁶⁰ StreetView wraca do Czech, <http://www.gisplay.pl/google-maps-sp-2004448274/nawosci-googlemaps/2566-street-view-wraca-do-czech.html> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁶¹ D. Błaszczykiewicz, Grecja zatrzymuje StreetView, <http://www.idg.pl/news/345067/grecja.zatrzymuje.google.street.view.html> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁶² A. Szymański, Google zapłaci Włochom 1,4 mln dolarów grzywny za słabe oznakowanie swoich samochodów, <http://pclub.pl/news57190.html> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁶³ I. Krawczyk, Szwajcaria. Google złoży apelację w sprawie Street View, <http://www4.rp.pl/artykul/656304-Szwajcaria--Google-zlozy-apelacje-w-sprawie-Street-View-.html> (dostęp z 1.5.2015)

⁶⁴ Ika, Apelacja Google w sprawie Google StreetView, <http://www.rp.pl/artykul/656304-Apelacja-Google-w-sprawie-Street-View-w-Szwajcarii.html> (dostęp z 1.1.2015 r.).

zyski. Jednak kary nakładane na warty ponad 50 mld dolarów koncern były stosunkowo niskie (za opisane wykroczenie nałożono karę 150 tys. euro)⁶⁵. Państwa nie wypracowały skutecznej formy wpływania na serwis, stosowane do tej pory sankcje nie przyczyniły się znacząco do zmiany jego zachowań.

Osoby prywatne nie pozostały bierne wobec praktyk Google. Uwieczniony na zdjęciu w trakcie załatwiania swoich potrzeb fizjologicznych na własnej nieruchomości, upublicznionym w usłudze StreetView, Francuz wystąpił na drogę sądową, domagając się odszkodowania oraz usunięcia zdjęcia z serwisu. Mimo że na zdjęciu zamazano jego twarz, w małej miejscowości, w której mieszkał, bez problemu został rozpoznany, tym bardziej że stał przy samochodzie opatrzonym jego nazwiskiem (nazwisko było jednocześnie firmą, pod którą prowadził działalność gospodarczą). Sąd nakazał usunięcie zdjęcia, jednak odszkodowania nie zasądził, odsyłając obywatela do wymiaru sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych, gdyż uznał, że w tym zakresie nie jest właściwy⁶⁶.

Wartość zbieranych przez usługę danych docenili urzędnicy podatkowi na Litwie. Wykorzystując oferowane przez Google narzędzia, zidentyfikowali około 100 właścicieli domów oraz 30 przedsiębiorców budowlanych naruszających przepisy podatkowe związane z prawem budowlanym⁶⁷. Dane zbierane przez Google były również analizowane i wykorzystywane na potrzeby działalności Amerykańskiej Narodowej Agencji Bezpieczeństwa⁶⁸. Jest to alarmujące, gdyż informacje (w tym prywatną korespondencję) zebrane w jednym miejscu z różnych przedsiębiorstw internetowych przez instytucje państwowe całkowicie pozbawiają obywatela prywatności, w związku z czym staje się on bezbronny w konfrontacji z państwem.

Wiele zagadnień związanych z funkcjonowaniem Internetu i nowych technologii było już przedmiotem rozważań na gruncie prawa niemieckiego. Warto zwrócić na nie szczególną uwagę ze względu na podobieństwo systemów prawa, w tym zasad i procedur prawa administracyjnego. Jak słusznie zauważa *I. Lipowicz*, niemieckie rozważania pokazują istnienie konfliktu między ochroną danych osobowych a wolnością informacyjną oraz ochroną autonomii informacyjnej⁶⁹.

Niemiecki Trybunał był autorem ciekawego orzeczenia w sprawie ochrony prawa do prywatności w związku z działalnością serwisu. Przedsiębiorstwu Google przygotowującemu usługę StreetView⁷⁰ nakazano przygotowywać panoramiczne widoki jedynie do wysokości 2 metrów. Nie pozwolono również pokazywać twarzy ani tablic rejestracyjnych pojazdów. Małe domy umieszczano w usłudze jedynie w przypadku, gdy są ze względu na swoje położenie przedmiotem częstej obserwacji, a duże domy wielorodzinne jedynie wtedy, gdy nie posiadały one cech odróżniających od innych domostw. W Niemczech Google wprowadziło możliwość żądania usunięcia całego budynku z usługi. Trybunał orzekł, że „prywatność przestrzeni chroni to, co umyka oku ogółu” i chronić należy również opisy drogi i tożsamość mieszkańców. Uznało, że liczba przetwarzanych przez koncern danych zdecydowanie przeważa nad interesem administratora danych.

Zamazania obrazu swoich domostw zażądało około 3% właścicieli. „Ofiarą” tych regulacji okazało się samo Google, które ze względu na sprzeciw jednego z użytkowników budynku, w którym wynajmuje swoje biuro, musiał go uczynić nierozpoznawalnym⁷¹. W związku z tym widok siedziby Google w Monachium jest niedostępny w usłudze⁷².

Warty zauważenia jest fakt, że niemieckie prawodawstwo wyłącza stosowanie wobec usługi ochrony wolności prasy [art. 5 ust 1 zd. 2 niemieckiej ustawy zasadniczej (*Grundgesetz*)], gdyż działalność koncernu nie ma charakteru dziennikarsko-redakcyjnego⁷³.

Przyznać należy, że w Polsce służby zajmujące się ochroną danych osobowych stanęły na wysokości zadania i jeszcze przed wejściem na rynek usługi Generalny Rzecznik Ochrony Danych Osobowych odbył serie spotkań z przedstawicielami koncernu w celu określenia warunków działalności w kraju. Zobowiązał go m.in. do uprzedniego informowania mieszkańców miast o planowanym rozpoczęciu zdjęć (co dopiero później stało się standardem w UE) i do odpowiedniego oznakowania pojazdów Google. W Polsce wprowadzono zasadę, że budynki mogą być fotografowane z wysokości nie wyższej niż 3 metry od poziomu ulicy i nakazano usunięcie twarzy osób oraz numerów rejestracyjnych pojazdów.

Generalny Inspektorat Danych Osobowych wielokrotnie kontrolował efekty pracy Google w Polsce. Sprawdzał m.in., czy zbierane były informacje o danych dotyczących sieci bezprzewodowych Wi-Fi⁷⁴. W 2011 r. przeprowadził kompleksową kontrolę, która miała na celu ustalenie zgodności przetwarzania danych przy użyciu urządzeń i systemów

⁶⁵ ES, Rekordowa kara dla Google, Forbes, <http://www.forbes.pl/styl-zycia/artykul/Technologie/rekordowa-kara-dla-google,12756,1> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁶⁶ B. Gubernat, Google Street View podgląda Polskę. Czy byli już u Ciebie? Fundacja Panoptykon, <http://panoptykon.org/wiadomosc/google-street-view-podglada-polske-czy-byli-juz-u-ciebie> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁶⁷ L. Dapkus, Lithuania tax officials tap Street View to catch cheats, Boston Globe, <http://www.bostonglobe.com/business/2013/04/10/lithuania-tax-man-uses-google-maps-find-dodgers/VmEVRtYjsU1DdcB5xWiQDK/story.html> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁶⁸ Mig, AP. Washington Post: NSA włamała się do centrów przetwarzania danych Google i Yahoo, http://m.wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,117915,14873247,_Washington_Post__NSA_wlamala_sie_do_centrow_przetwarzania.html (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁶⁹ I. Lipowicz, O mądre i wrażliwe państwo, <http://www.brpo.gov.pl/sites/default/files/Biuletyn%20RPO-Materia%C5%82y%20nr%2080.pdf> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁷⁰ Google StreetView to usługa, która pokazuje panoramiczne widoki z poziomu ulicy i pozwala użytkownikom na wyświetlanie wybranych części świata, w tym Polski.

⁷¹ I. Spiecker gen. Dohmann, „Prywatny pomiar świata” jako problem ochrony danych. O obchodzeniu się z informacją przestrzenną na przykładzie Google StreetView, [w:] G. Szpor, W.R. Wiewiórowski (red.), Internet. Prawno-informacyjne problemy sieci, portali i e-usług, Warszawa 2012, s. 73.

⁷² J. Korbik, Niemieckie rozdwojenie jaźni, czyli kto się boi Google StreetView, <http://www.cafebabel.pl/spoeczenstwo/artykul/niemieckie-rozdwojenie-jaźni-albo-kto-sie-boi-google-street-view.html> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁷³ I. Spiecker gen. Dohmann, Prywatny pomiar świata jako..., s. 76.

⁷⁴ G. Szpor, Problemy administracyjnoprawne związane z ekspansją Internetu, [w:] G. Szpor, W.R. Wiewiórowski (red.), Internet. Prawno-informacyjne problemy sieci, portali i e-usług, Warszawa 2012, s. 77-78.

informatycznych z przepisami o ochronie danych osobowych⁷⁵. Sprawdzono również warunki techniczne i organizacyjne, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych. Do uchybień w zakresie działania usługi zaliczono m.in. niewyznaczenie przez Google administratora bezpieczeństwa informacji nadzorującego przestrzeganie zasad związanych z właściwym zabezpieczaniem danych osobowych. Ponadto wbrew przepisom ustawy o ochronie danych osobowych kierowcom samochodów należących do Google'a, na których zamontowane zostały urządzenia służące do rejestracji obrazu widoku ulicy, nie zostały nadane upoważnienia do przetwarzania danych osobowych. Kierowcy mają dostęp do obrazu kontrolnego, dzięki któremu dokonują oceny jakości i poprawności wykonywanych zdjęć oraz są odpowiedzialni za bezpieczeństwo dysków twardej, na których są zapisywane wykonane zdjęcia. W związku z tym kierowcy uczestniczą w procesie przetwarzania danych osobowych i administrator powinien nadać im upoważnienia do ich przetwarzania oraz wpisać ich do odpowiedniej ewidencji. Google nie zawarł również w opracowanej przez siebie polityce bezpieczeństwa i instrukcji zarządzania systemem informatycznym wykazu budynków, pomieszczeń lub części pomieszczeń, tworzących obszar, w którym przetwarzane są dane osobowe, oraz sposobu przepływu danych pomiędzy poszczególnymi systemami. Według GODO nieprawidłowości te dotyczą jedynie formalnej strony działalności i nie mają wpływu na ewentualny wyciek danych lub możliwości przekazywania ich podmiotom nieupoważnionym. Koncern skorygował swoją działalność zgodnie z zaleceniami GODO⁷⁶.

Stanowisko unijnej Grupy Roboczej ds. ochrony danych ustanowionej na mocy art. 29⁷⁷ zaleca, by w przypadku StreetView okres przechowywania źródłowych zdjęć ulic, które po anonimizacji są zamieszczane w Internecie, wynosił maksymalnie sześć miesięcy. W Polsce niszczenie zdjęć źródłowych następuje zaraz po anonimizacji⁷⁸.

Działalność serwisu w zakresie prawa do prywatności nadal w naszej opinii nie chroni wystarczająco użytkowników. Mimo możliwości usunięcia niechcianych obrazów z serwisu Google w swojej polityce prywatności zastrzega prawo do nieuwzględniania żądań wielokrotnie przesyłanych, wymagających nieproporcjonalnych nakładów prac technicznych (np. opracowania nowego systemu lub całkowitej zmiany dotychczasowej praktyki), stwarzających ryzyko naruszenia prywatności innych osób, skrajnie trudnych do zrealizowania (m.in. dotyczących informacji znajdujących się w systemach kopii zapasowych). Kontrowersyjne jest również zastrzeżenie, że niepoprawne dane o użytkownikach, co do których został zgłoszony wniosek o zmianę, mogą zostać zachowane przez serwis w „uzasadnionych celach biznesowych lub prawnych”. Niestety, próżno szukać definicji owych „uzasadnionych celów”, jest to pojęcie na tyle szerokie, że pozwala zachowywać każde dane. Co więcej, usunięte dane i obrazy nie zawsze są natychmiast usuwane z aktywnych serwerów oraz mogą

nadal być przechowywane w systemach kopii zapasowych⁷⁹. Serwis Google Maps zbiera również informacje o użytkownikach, w tym o ich lokalizacji. Od niedawna, gdy wpisujemy imię i nazwisko danej osoby, w serwisie wyświetli się lokalizacja, w której najczęściej przebywają.

W naszym kraju podobny zakres usług, które świadczy Google StreetView, oferowany jest przez inne serwisy, takie jak Zumi czy Norc. Założyć należy, że dynamiczny rozwój Internetu będzie doprowadzać do mnożenia się takich i podobnych serwisów. W związku z tym GODO wraz z Rzecznikiem Praw Obywatelskich opracowują zasady umieszczania zdjęć miejsc publicznych w Internecie⁸⁰.

Podsumowanie

W opinii polskiego Rzecznika Praw Obywatelskich polski system prawny zapewnia wysoki standard ochrony autonomii informacyjnej jednostki wyrażonej na poziomie Konstytucji i skonkretyzowany w wielu ustawach⁸¹. Pokrzywdzony upublicznieniem zdjęć w serwisie może przede wszystkim powoływać się na przepisy prawa cywilnego. Jak stanowi art. 23 KC, dobra osobiste człowieka, takie jak wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach. Warto zwrócić uwagę na art. 81 ustawy z 4.2.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁸², który stanowi, że rozpowszechnianie wizerunku wymaga zezwolenia osoby na nim przedstawionej, a zezwolenia nie wymaga rozpowszechnianie wizerunku osoby stanowiącej jedynie szczegół całości, takiej jak zgromadzenie, krajobraz, publiczna impreza. Pamiętać należy, że o dokonaniu naruszenia dobra osobistego decyduje obiektywna ocena, a nie subiektywne odczucie osoby zainteresowanej⁸³.

Działalność StreetView może stanowić zagrożenie dla ochrony dóbr osobistych czy praw autorskich (utworów architektonicznych, architektoniczno-urbanistycznych,

⁷⁵ Chodzi głównie o ustawę z 29.8.1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 1182 ze zm.) oraz rozporządzenie MSWiA z 29.4.2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz.U. Nr 100, poz. 1024).

⁷⁶ Google StreetView z uchybieniami, http://giodo.gov.pl/1520001/id_art/4176/j/pl (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁷⁷ Niezależny europejski organ doradczy, powołany na mocy art. 29 dyrektywy 95/46/WE.

⁷⁸ Zob. o usłudze StreetView, http://www.giodo.gov.pl/1520001/id_art/3387/j/pl (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁷⁹ Polityka prywatności usługi Google Maps, <https://maps.google.com/intl/pl/policies/privacy/> (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁸⁰ S. Czubkowska, GODO sprawdza legalność Google StreetView, http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/464750,giodo_sprawdza_legalnosc_google_street_view.html (dostęp z 1.1.2015 r.).

⁸¹ S. Trociuk (red.), Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich 2014, Nr 1, s. 74.

⁸² T.j. Dz.U. Nr 90, poz. 631 ze zm.

⁸³ Wyrok SA w Łodzi z 28.8.1996 r., I ACr 341/96, OSA 1997, Nr 7–8, poz. 43, s. 42.

urbanistycznych, innej twórczości typu *street art*, rzeźb). Według *M. Siwickiego* stosowana przez koncern anonimizacja nie wyłącza odpowiedzialności tego podmiotu ze względu na naruszenie prywatności i prawa do wizerunku. Zwraca on również uwagę na fakt, że osoba na zdjęciach powinna mieć także prawo decydowania o formie i zakresie obróbki graficznej, więc samo zgłoszenie żądania uczynienia nierozpoznawalnym wizerunku zainteresowanego jest niewystarczające do uniknięcia odpowiedzialności koncernu z tytułu odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych⁸⁴. W Polsce nie doszło jeszcze do żadnych postępowań sądowych związanych z działalnością usługi. Warto jednak zwrócić uwagę na mogące się pojawić w przyszłości problemy dotyczące właściwości miejscowej sądu. Jak zwrócono uwagę we wspomnianym już francuskim orzeczeniu, Google posiada na terenie UE oddziały, w tym również w Polsce. Posiadają one różne specjalizacje. Z punktu widzenia właściwości miejscowej należy brać pod uwagę np. siedzibę administratora serwisu i lokalizację urzędzeń służących do pozyskiwania danych⁸⁵.

W wymiarze unijnym warto zwrócić uwagę m.in. na art. 8 KPP UE gwarantujący prawo osób fizycznych do ochrony danych osobowych i dyrektywę o ochronie danych osobowych i swobodnym przepływie tych danych⁸⁶. Dla Europejczyków sfera prywatności i ochrony danych jest niezwykle istotna, co znajduje potwierdzenie w liczbie pytań kierowanych corocznie do Parlamentu Europejskiego. Większość odnosiła się do ochrony danych w kontekście funkcjonowania nowych technologii i w związku z tym przestrzegania zasad ochrony danych przez państwa trzecie.

Doświadczenia europejskich krajów posłużyły instytucjom unijnym w wypracowywaniu standardów ochrony prawa do prywatności. Unia będzie się skupiać w swojej działalności na: wzmocnieniu praw osób fizycznych (np. przez zwiększenie przejrzystości i wzmocnienie kontroli nad danymi osobowymi), poprawie sytuacji w zakresie aspektów ochrony danych związanych z rynkiem wewnętrznym (przez zmniejszenie obciążeń administracyjnych oraz zagwarantowanie równych szans), rewizji przepisów o ochronie danych w obszarze współpracy policyjnej i współpracy wymiarów

sprawiedliwości w sprawach karnych, aby dane osobowe były objęte wysokim poziomem ochrony w tych dziedzinach, również wówczas gdy są one przesyłane poza granice UE, a także bardziej skuteczne egzekwowanie tych przepisów (w tym poprzez wzmocnienie i dalszą harmonizację roli i uprawnień organów ochrony danych)⁸⁷.

Jak słusznie zwrócono uwagę na konferencji inauguracyjnej działalność projektu PHAENDRA⁸⁸ dotyczącej współpracy i koordynacji między organami ochrony danych osobowych w UE, nawet największe wysiłki organów nie są w stanie nadążyć za dynamiką Internetu. Prywatność miliardów użytkowników Internetu⁸⁹ jest zagrożona, i to zarówno ze strony przedsiębiorstw, jak i instytucji państwowych. Internet w rękach jednych jest narzędziem do osiągania zysków za wszelką cenę, w rękach drugich – narzędziem sprawowania kontroli nad obywatelami. Często nieświadomi zagrożeń użytkownicy umieszczają w Internecie tzw. dane wrażliwe. Pierwszy raz wiedza o tak wielu jest dostępna tak powszechnie, co wymaga wypracowania nowych metod działania. Zarówno Polska, jak i UE muszą znaleźć sposoby skutecznego oddziaływania na rosnące w siłę koncerny internetowe, a także muszą chronić prywatność swoich obywateli również przed ingerencją innych państw.

⁸⁴ *M. Siwicki*, Google StreetView a ochrona prywatności, wizerunku i praw autorskich, MoP 2014, Nr 18 <http://czasopisma.beck.pl/monitor-prawniczy/artukul/emgoogle-street-viewem-a-ochrona-prywatnosc-i-wizerunku-i-praw-autorskich/> (dostęp z 1.5.2015 r.)

⁸⁵ *P.A. Kozyra*, Twórcy aplikacji i dane osobowe. Rozmowa z Generalnym Inspektorem Danych Osobowych dr. Wojciechem Rafałem Wiewiórkowskim, Nowoczesne Zarządzanie 2014, Nr 1, s. 53.

⁸⁶ Dyrektywa 95/46/WE.

⁸⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, Całościowe podejście do kwestii ochrony danych osobowych w Unii Europejskiej Całościowe podejście do kwestii ochrony danych osobowych w Unii Europejskiej, KOM(2010) 609 wersja ostateczna, Bruksela, 4.11.2010 r., http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_pl.pdf (dostęp z 1.5.2015 r.)

⁸⁸ Rozpoczęcie projektu badawczego UE w zakresie wspierania współpracy między organami ochrony danych, Oświadczenie prasowe z 20.2.2013 r.

⁸⁹ *A. Kozłowski*, ONZ: 3 mld użytkowników Internetu w 2015 roku, <http://pclub.pl/news57631.html> (dostęp z 1.1.2015 r.).

Right for privacy in the era of the Internet

In the present study, the authors relate to the problem of security of privacy. It is very important in the era of generally available Internet where the borders of privacy are becoming less and less clear. With the development of the Internet, personal data access is easier along with possibilities of its free creation. Considering the fact that privacy of billions of Internet users is in danger, both from enterprises and state institutions, authors of the study emphasize the necessity of developing, by Poland and EU, mechanism that will protect that privacy.