

**P
ME**

1/2016

PRAWO

Mediów Elektronicznych

Sprawozdanie z konferencji Europa Cyfrowa odbywającej się w ramach 2 Forum Prawa Mediów Elektronicznych
Damian Klimas

Zasada jawności postępowania cywilnego w świetle zmian wprowadzanych na mocy ustawy z 10.7.2015 r.
dr Anna Kościółek

Przeprowadzenie postępowania sądowego na odległość według prawa polskiego i niemieckiego
Karolina Ziemanin

Использование информационных технологий при альтернативном разрешении споров
Татьяна С. Таранова

Online Mediation. Eine Antwort auf digitalisierte Lebensräume und Streitigkeiten im XXI Jh.?
dr. iur. Katarzyna Schubert-Panecka

Czy kredytobiorca mający wiedzę niezbędną do oceny nieuczciwego charakteru warunku umowy spełnia wymogi definicyjne słabszej strony umowy?
(Czy adwokat może posiadać status konsumenta?)
prof. dr hab. Robert Stefanicki

Następstwo prawne treści cyfrowych z perspektywy prawa Stanów Zjednoczonych Ameryki
Mateusz Mądel

Administrator danych osobowych i przetwarzający dane na zlecenie a chmura obliczeniowa – problemy interpretacyjne
Katarzyna Biczysko-Pudełko

RADA PROGRAMOWA:

dr Wojciech Wiewiórowski
dr Grzegorz Sibiga
adw. Xawery Konarski
prof. Włodzimierz Gromski
prof. Krzysztof Wójtowicz
prof. Grażyna Szpor
prof. Ryszard Jaworski
adw. Rafał Dębowski
r.pr. Włodzimierz Chróścik
SNSA Jacek Czaja
prof. Andreas Wiebe
prof. Peter Münch

www.ksiegarnia.beck.pl



Cena 59 zł (w tym 5% VAT)



Spis treści

Sprawozdanie z konferencji Europa Cyfrowa odbywającej się w ramach 2 Forum Prawa Mediów Elektronicznych <i>Damian Klimas</i>	4
Zasada jawności postępowania cywilnego w świetle zmian wprowadzanych na mocy ustawy z 10.7.2015 r. <i>dr Anna Kościółek</i>	8
Przeprowadzenie postępowania sądowego na odległość według prawa polskiego i niemieckiego <i>Karolina Ziemianin</i>	16
Использование информационных технологий при альтернативном разрешении споров <i>Т.С. Таранова</i>	21
Online Mediation. Eine Antwort auf digitalisierte Lebensräume und Streitigkeiten im XXI Jh.? Dr. iur. <i>Katarzyna Schubert-Panecka</i>	27
Czy kredytobiorca mający wiedzę niezbędną do oceny nieuczciwego charakteru warunku umowy spełnia wymogi definicyjne słabszej strony umowy? (Czy adwokat może posiadać status konsumenta?) <i>prof. dr hab. Robert Stefanicki</i>	34
Następstwo prawne treści cyfrowych z perspektywy prawa Stanów Zjednoczonych Ameryki <i>Mateusz Mądel</i>	40
Administrator danych osobowych i przetwarzający dane na zlecenie a chmura obliczeniowa – problemy interpretacyjne <i>Katarzyna Biczysko-Pudelko</i>	49
Problematyka aukcji internetowych dotyczących treści cyfrowych <i>Aneta Zwolińska</i>	58
Wybrane aspekty prawne wykorzystania sposobu wyrażenia banknotów jako środków płatniczych w celach reklamowych w mediach elektronicznych <i>Damian Klimas</i>	64
Czy prawo dostępu do Internetu jest prawem człowieka? <i>Maria Siemaszkiewicz</i>	70

Contents

The principle of open civil proceedings in the light of changes under the act of 10 July 2015 <i>PhD Anna Kościółek</i>	15
Conducting Legal Distance Proceedings by Polish and German Law <i>Karolina Ziemianin</i>	20
Use of the informational technologies at the alternative dispute resolution <i>T.C. Таранова</i>	26
Online Mediation. The solution to digitalized areas of life and conflicts of the 21st century <i>PhD Katarzyna Schubert-Panecka</i>	33
Does a credit recipient, who is considered to display a high level of technical knowledge necessary to assess the unfair terms in consumer contracts, comply with the definition of the weaker party of the contract? (May a natural person, who practices as a lawyer, be regarded as a consumer?) <i>Professor Robert Stefanicki</i>	39
Legal succession of digital assets from the perspective of the law in the United States of America <i>Mateusz Mądel</i>	48
Administrator of personal data and processor of data on commission versus cloud computing – interpretational issues <i>Katarzyna Biczysko-Pudelko</i>	57
Issues regarding Internet auctions concerning digital content <i>Aneta Zwolińska</i>	63
Expression of banknotes as a means of payment for advertising purposes in the electronic media – selected legal aspects <i>Damian Klimas</i>	69
Is Internet access a human right? <i>Maria Siemaszkiewicz</i>	75



P ME

1/2016

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*
Członek redakcji dr *Marek Leśniak*, UWr
Członek redakcji dr *Aleksandra Klich*, USz

Rada programowa:

dr *Wojciech Wiewiórowski*, UG
dr *Grzegorz Sibiga*, INP PAN
adw. *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
adw. *Rafał Dębowski*
r.pr. *Włodzimierz Chróścik*
sędzia *Jacek Czaja*, NSA
prof. dr *Andreas Wiebe*, University of Goettingen
prof. dr. iur. *Peter Münch*, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften

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: pme@beck.pl



Wydawca:

Wydawnictwo C.H. Beck
ul. Bonifraterska 17
00-203 Warszawa

tel.: 22 33 77 600
fax: 22 33 77 602
www.czasopisma.beck.pl

Nakład: 250 egz.

Szanowni Państwo,

z przyjemnością przedstawiam pierwszy w 2016 r. numer półrocznika naukowego Prawo Mediów Elektronicznych. Podobnie jak poprzednie, również i ten został poświęcony zagadnieniom prawnym mającym związek z nowymi technologiami. Miło mi poinformować, że od tego wydania poszerzony został skład Członków Redakcji o dr. *Marka Leśniaka* z Uniwersytetu Wrocławskiego oraz dr *Aleksandrę Klich* z Uniwersytetu Szczecińskiego. Jednocześnie pragnę przekazać, że w grudniu 2015 r. czasopismo, które znajduje się na liście punktowanych czasopism MNiSW, uzyskało trzy punkty.

Proponujemy współpracę i publikacje artykułów, glos czy recenzji wszystkim tym Autorom, którzy podejmują tematykę wpływu nowych technologii na prawo prywatne lub publiczne. Czasopismo ma charakter interdyscyplinarny i nie ogranicza się do jednej gałęzi prawa. W bieżącym numerze znajdą Państwo opracowania dotyczące m.in. następstwa prawnego treści cyfrowych z perspektywy prawa Stanów Zjednoczonych Ameryki, problemów interpretacyjnych dotyczących administratora danych osobowych i przetwarzającego danych na zlecenie w odniesieniu do chmury obliczeniowej czy też problematyki aukcji internetowych dotyczących treści cyfrowych, jak również opracowanie dotyczące wykorzystania sposobu wyrażenia banknotów jako środków płatniczych w celach reklamowych w mediach elektronicznych. Zamieszczamy także teksty poruszające problematykę postępowania cywilnego poświęcone zasadzie jawności postępowania cywilnego w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego, które wejdą w życie 8.9.2016 r. oraz regułom przeprowadzania postępowania sądowego na odległość z perspektywy polskiej i niemieckiej. Zamieszczamy też artykuł poświęcony wykorzystaniu protokołu elektronicznego w aspekcie realizacji zasady prawdy materialnej w postępowaniu karnym. W bieżącym numerze znajdują się również artykuły poruszające problematykę zagranicznych zagadnień prawnych. W związku z tym prezentujemy Państwu artykuł poświęcony wykorzystaniu nowoczesnych technologii w ADR z perspektywy rosyjskiej, jak i tekst poświęcony mediacji prowadzonej online z perspektywy niemieckiej.

Zapraszamy do publikacji na łamach Prawa Mediów Elektronicznych oraz do kontaktu z nami pod adresem: pme@beck.pl

Zachęcam do lektury,
prof. dr hab. *Jacek Gołaczyński*

Sprawozdanie z konferencji Europa Cyfrowa odbywającej się w ramach 2 Forum Prawa Mediów Elektronicznych

Damian Klimas

Autor zdjęć: Radosław Aksamit

W dniach 5–6.4.2016 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego w ramach drugiej edycji Forum Prawa Mediów Elektronicznych oraz Jubileuszu 10-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego odbyła się ogólnopolska konferencja naukowa pt. Europa Cyfrowa.

Organizatorem tegorocznego Forum Prawa Mediów Elektronicznych był Zakład Prawa i Postępowania Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego we współpracy z Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej (CBKE) działającym na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz Katedrą Postępowania Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego.

Forum Prawa Mediów Elektronicznych stwarza ramy dla dyskursu przedstawicieli nauki oraz praktyków poruszających się w sferze prawa Telecommunication–Media–Technology (TMT law), prawa własności intelektualnej, a także prawa i postępowania cywilnego. Dynamiczny rozwój tych nowych gałęzi prawa w ostatnim 20-leciu zasługuje bowiem na przestrzeń przeznaczoną do jej wnikliwej analizy i refleksji, którą umożliwia corocznie odbywające się Forum Prawa Mediów Elektronicznych.

Podczas konferencji podjęto niezmiernie rozległe, interesujące oraz interdyscyplinarne zagadnienia, takie jak

ochrona danych osobowych, jednolity europejski rynek prawa konsumenckiego, problematyka własności intelektualnej w świecie cyfrowym, wpływ rozporządzenia eIDAS na utworzenie jednolitego rynku, a także zmiany procedury cywilnej w zakresie egzekucji sądowej. Wskazane zagadnienia z uwagi na niezwykle intensywny rozwój nowych technologii dostarczają licznych i ciekawych z punktu widzenia praktyki oraz nauki problemów badawczych. Te z kolei inicjują wiele pytań, które w dużej mierze znalazły odpowiedź podczas wystąpień prelegentów.

2 Forum Prawa Mediów Elektronicznych uświetniła wieczorna gala wręczenia nagród Forum Prawa Mediów Elektronicznych, która odbyła się 6.4.2016 r. Wręczono odpowiednio nagrody: Grand Prix dla prof. dr hab. *Jacka Gołaczyńskiego* za wkład w legislację i naukę informatyzacji prawa i postępowania cywilnego oraz dla „wschodzącej gwiazdy” prawa nowych technologii dr *Anny Kościółek* za monografię pt. *Elektroniczne czynności procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*. Obydwoje laureatów miało znaczący wpływ na prawo nowych technologii i mediów elektronicznych poprzez swoje rozliczne działania, głównie na rzecz nauki oraz dydaktyki. Dziekan Wydziału dr hab. *Piotr Stec*, prof. UO, otrzymał nagrodę specjalną z uwagi na Jubileusz 10-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego.



Panele dyskusyjne składały się na pięć sekcji, a konferencja Europa Cyfrowa trwała dwa dni. Obrady rozpoczął dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego dr hab. *Piotr Stec*, prof. UO, witając zgromadzonych gości. Podczas wystąpień wprowadzających wystąpili dr *Wojciech Wiewiórowski*, zastępca Europejskiego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, który przedstawił problematykę ochrony danych osobowych w jednolitej Europie, odnosząc się bardzo obszernie do zagadnienia jednolitego rynku cyfrowego, a także prof. dr hab. *Jacek Gołaczyński*, który jako pełnomocnik Ministra Sprawiedliwości – Koordynator Krajowy ds. wdrożeń systemów teleinformatycznych omówił istotę problemu w dostępie do wymiaru sprawiedliwości w Europie, oraz aktualne osiągnięcia informatyzacyjne, które ten dostęp ułatwiają.

Pierwszy panel pt. Wpływ rozporządzenia eIDAS na utworzenie jednolitego rynku, moderowany przez dr hab. *Kingę Flagę-Gieruszyńską*, prof. US, rozpoczął swoim wystąpieniem prof. dr hab. *Jacek Gołaczyński*, omawiając konsekwencje wejścia w życie rozporządzenia eIDAS dla polskiego prawa prywatnego. Drugim prelegentem tego panelu, specjalizującym się w problematyce podpisu elektronicznego, był dr hab. *Dariusz Szostek*, prof. UO, omawiający projekt ustawy o usługach zaufanych implementujący rozporządzenie eIDAS do polskiego porządku prawnego przez pryzmat nowego narzędzia informatycznego zapewniającego integralność i autentyczność dokumentów elektronicznych, jakim jest pieczęć elektroniczna. Doktor *Grzegorz Sibiga* omówił problematykę konsekwencji wejścia w życie regulacji eIDAS w prawie administracyjnym, zarówno materialnym, jak i procesowym. Wystąpienia te zostały znacząco dopełnione szczegółowymi prelekcjami dr *Anny Kościółek*, która omówiła aspekty skuteczności

pism procesowych w sądowym postępowaniu cywilnym z punktu widzenia nowych narzędzi wprowadzonych przez rozporządzenie eIDAS, a także dr *Anny Zalesińskiej*, która wskazała konsekwencje wejścia w życie tego rozporządzenia w zakresie doręczeń w postępowaniu cywilnym ze szczególnym uwzględnieniem rejestrowanego elektronicznego doręczenia, podkreślając jego skuteczność również w doręczeniach transgranicznych.

Moderatorem panelu drugiego pt. Informatyzacja postępowania egzekucyjnego był prof. dr hab. *Jacek Gołaczyński*, a słuchacze mieli możliwość wysłuchania prelekcji prof. dr hab. *Andrzeja Marciniaka*, który w bardzo obrazowy i jasny sposób wprowadził uczestników w problematykę informatyzacji postępowania egzekucyjnego, wskazując wyzwania, z jakimi muszą liczyć się legislator podczas stanowienia prawa, naukowcy podczas jego badania, a także podmioty stosujące prawo. Następnie wystąpiła dr hab. *Kinga Flaga-Gieruszyńska*, prof. US, przedstawiając praktyczne mechanizmy ochrony prywatności dłużnika w elektronicznym modelu postępowania egzekucyjnego na wybranych, bardzo praktycznych przykładach, odnosząc się głównie do zarządzania informacją oraz jawnością wewnętrzną postępowania egzekucyjnego. Trzecim prelegentem był dr *Marcin Uliasz* reprezentujący Ministerstwo Sprawiedliwości, który podjął tematykę informatyzacji egzekucji z rachunku bankowego. Doktor *Zbigniew Woźniak* omówił instytucję elektronicznego tytułu wykonawczego ze szczególnym uwzględnieniem nadania elektronicznej klauzuli wykonalności elektronicznemu tytułowi egzekucyjnemu, nadania klauzuli wykonalności elektronicznemu tytułowi egzekucyjnemu, jak również nadania elektronicznej klauzuli wykonalności tytułowi egzekucyjnemu w postaci tradycyjnej. Czwarta prelegentka dr hab. *Izabella Gil*,



prof. nadzw. UW, była niestety nieobecna, a w jej zastępstwie mgr *Magdalena Górna-Zawadzka* odczytała referat pt. Sprzedaż w postępowaniu egzekucyjnym w drodze licytacji elektronicznej. Po przerwie dr *Aleksandra Klich* ponownie otworzyła panel informatyzacji postępowania egzekucyjnego, kontynuując problematykę licytacji elektronicznej, porównała reżimy prawne m.in. Węgier i Litwy w przedmiotowym zakresie z punktu widzenia polskiej regulacji tej instytucji. Szóstym prelegentem był dr *Piotr Gil*, reprezentujący Uniwersytet Opolski, który przedstawił prelekcję pt. System Zarządzania Jakością ISO 9001:2000 w kancelarii komorniczej – wybrane zagadnienia, omawiając ogólnie systemy zarządzania jakością, cele osiągnięte przy wykorzystaniu norm ISO 9001:2000, a także priorytety ISO w kancelarii prawnej. Doktor *Joanna Studzińska* omówiła postępowanie egzekucyjne na podstawie nakazu zapłaty z elektronicznego postępowania upominawczego przez pryzmat elektronicznych czynności podejmowanych przez komorników. Ostatnim prelegentem tego panelu był *Krzysztof Wisłocki* – przedstawiciel Ośrodka Naukowo-Szkoleniowego przy Krajowej Radzie Komorniczej – który podjął niezmiernie istotne zagadnienie interoperacyjności systemów informatycznych w postępowaniu egzekucyjnym. Wystąpienie to stanowiło zarys i przedstawienie podstawowych problemów w tym zakresie, co jednak zostało podsumowane istotnymi wnioskami *de lege ferenda*. Pierwszy dzień 2 Forum Prawa Mediów Elektronicznych zakończyła ożywiona dyskusja, której przedmiotem było głównie postępowanie egzekucyjne.

Drugi dzień obrad rozpoczął się od odtworzenia wystąpienia Komisarz Europejskiej ds. Rynku Wewnętrznego i Usług *Elżbiety Bieńkowskiej*, która opowiedziała uczestnikom konferencji o jednolitym rynku europejskim ze szczególnym uwzględnieniem jednolitego rynku cyfrowego i europejskiej agendy cyfrowej. Tym akcentem rozpoczął się panel trzeci o ochronie danych osobowych w Unii Europejskiej, którego moderatorem był dr hab. *Piotr Stec*, prof. UO. Przedstawiciel Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych *Piotr Drobek* przedstawił wpływ nowego rozporządzenia ogólnego dotyczącego danych osobowych na prawo polskie, uwzględniając obowiązek aktywności polskiego ustawodawcy w celu dookreślenia ogólnego rozporządzenia, a także dostosowania polskiego prawa. Drugim prelegentem był dr *Paweł Litwiński*, który omówił ogólne rozporządzenie o ochronie danych z perspektywy jego wpływu na społeczeństwo informacyjne. Praktyczne aspekty przechowywania danych w chmurze przedstawił członek zarządu Microsoft Polska oraz wiceprezes Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji *Michał Jaworski*, który szczególnie nacisk położył na doświadczenia własne w zakresie głównych problemów w retencji i ochronie danych. Doktor hab. *Paweł Fajgielski*, prof. KUL, dotknął bardzo ak-

tualnego problemu przetwarzania danych w portalach społecznościowych, przedstawiając ich pojęcie oraz problem w stosowaniu przepisów o ochronie danych osobowych do „usługodawców” oraz „usługobiorców” portalu społecznościowego. Następnie prof. dr hab. *Grażyna Szpor* zderzyła Internet Rzeczy z aspektami prawnymi ochrony danych osobowych, przedstawiając pokrótce definicję Internetu Rzeczy, a następnie wskazując problemy prawne w aplikowaniu zasad prawa do różnych mobilnych urządzeń, którym są powierzane różnego rodzaju dane będące często danymi osobowymi. Kolejnym niezmiernie ciekawym problemem badawczym jest skutek śmierci osoby, której dane znajdują się w systemach teleinformatycznych, który to problem z perspektywy prawa spadkowego i prawa zobowiązań na przykładzie niemieckiego kazusu przedstawił dr hab. *Mariusz Załucki*, prof. AFM. Doktor *Dominik Lubasz*, odchodząc od problematyki bezpośredniego wpływu europejskiej reformy ochrony danych osobowych na komunikację elektroniczną i systemy teleinformatyczne, przedstawił problematykę perspektywy pełnomocnika przedsiębiorcy z punktu widzenia tej reformy. Ostatnim prelegentem w niniejszym panelu był dr *Michał Gramatyka*, który przedstawił problematykę bezpieczeństwa teleinformatycznego przedsiębiorstwa energetycznego z perspektywy praktyka, biorąc pod uwagę dane dotyczące cyberataków i rzeczywiste zabezpieczenie teleinformatyczne, przekładając je na efektywność funkcjonowania przedsiębiorstw.

Panel 4 pt. Jednolity europejski rynek prawa konsumenckiego w eCommerce był moderowany przez dr hab. *Dariusza Szostka*, prof. UO, a założeniem tej sekcji konferencji było omówienie problemów prawnych, jak również możliwości wynikających z obrotu B2C eCommerce w Unii Europejskiej. Panel otworzyły dr hab. *Monika Jagielska* oraz mgr *Iwona Rauch*, które przedstawiły problematykę klauzul abuzywnych w umowach standardowo zawieranych przez Internet na wybranych przykładach obrazujących ogół zagadnienia. Drugie wystąpienie należało do prezesa Federacji Konsumentów *Kamila Pluskwy-Dąbrowskiego*, który przedstawił ustawę o prawach konsumenta z perspektywy roku funkcjonowania na bazie doświadczeń Federacji Konsumentów. Kolejny prelegent, dr hab. *Marek Świerczyński*, prof. UKSW, przedstawił ważką problematykę prawa właściwego dla transakcji konsumenckich ze szczególnym uwzględnieniem rozporządzeń unijnych regulujących prawo właściwe. Czwartą prelegentką była wiceprezes SBB Soft Sp z o.o. *Iwona Dąbrowska*, która przedstawiła problematykę wdrożenia oprogramowania klasy ERP z punktu widzenia firmy IT jako partnera przedsiębiorcy, a nie *stricte* dostawcy oprogramowania. Tematem następnego wystąpienia była elektronizacja europejskich postępowań transgranicznych w świetle sprawozdań Komisji Europejskiej wraz z postulatami *de lege*

ferenda, które przedstawiła r.pr. *Lucyna Łuczak-Noworolnik* z Instytutu Logistyki i Magazynowania w Poznaniu. Z uwagi na nieobecność dwóch prelegentów, tj. r.pr. *Stefana Mazurkiewicza* oraz dr hab. *Moniki Namysłowskiej*, prof. UŁ, moderator panelu zdecydował o jego skróceniu. Kolejnym prelegentem był *Grzegorz Wójcik* – członek zarządu Izby Gospodarki Elektronicznej – który przedstawił ciekawą perspektywę biznesu dla ochrony konsumenta w eCommerce. Doktor *Gabriela Bar* z kancelarii prawnej *Szostek_Bar* i *Partnerzy* przedstawiła problematykę treści cyfrowej w obrocie konsumenckim ze szczególnym uwzględnieniem dyrektywy o treściach cyfrowych, a także szczególnych rodzajach tych treści. Panel zamknęła mgr *Aneta Zwolińska* z wystąpieniem prezentującym wnioski *de lege lata* oraz *de lege ferenda* w zakresie wpływu projektu dyrektywy o treściach cyfrowych na ich pojęcie.

Ostatni panel zamykający 2 Forum Prawa Mediów Elektronicznych, którego moderatorem był dr hab. *Piotr Stec*, prof. UO, podejmował problematykę własności intelektualnej w świecie cyfrowym. Panel ten otworzył dr hab. *Przemysław Polański*, prof. ALK, który przedstawił zagadnienie ochrony funkcjonalności programów komputerowych oraz zasobów danych w świetle prawa UE, podkreślając liczne problemy definicyjne i brak kompleksowej regulacji w zakresie programów komputerowych. Kolejnym prelegentem był adw. *Xawery Konarski*, podejmujący kwestię sposobów walki z treściami naruszającymi prawa autorskie w Polsce, Unii Europejskiej i Stanach Zjednoczonych z perspektywy pośredników internetowych (ISP). Prelegent ten omówił źródła obowiązków nakładanych na pośredników internetowych ze szczególnym uwzględnieniem kolizji regulacji

prawnej w tym zakresie z prawami podstawowymi na gruncie orzecznictwa TSUE. Elektroniczna baza danych spełniająca cechy utworu jako dobro prawnie chronione była zagadnieniem prawnym, które w ramach swojej prelekcji przedstawiła trzecia prelegentka dr hab. *Ewa Ferenc-Szydelko*, prof. UO. Doktor *Zbigniew Okoń* przedstawił problematykę wyczerpania prawa w dystrybucji programów komputerowych z perspektywy umów licencji i sprzedaży, porównując w tym zakresie prawodawstwo amerykańskie i europejskie ze szczególnym uwzględnieniem prawodawstwa niemieckiego. Zagadnienie dotyczące nieuchronności występowania błędów informatycznych a odpowiedzialność za usterki zamówionego programu komputerowego przedstawił dr *Krzysztof Żok*, który na podstawie przykładów orzeczniczych omówił nieuchronność występowania błędów informatycznych, ich przyczyny oraz różnice między usterką a błędem. Wystąpienie zamykające 2 Forum Prawa Mediów Elektronicznych przypadło w udziale mgr *Damianowi Klimasowi*, który omówił odpowiedzialność licencjodawcy za wady programu komputerowego ze szczególnym uwzględnieniem należytej staranności wykonania programu.

2 Forum Prawa Mediów Elektronicznych zostało podsumowane przez dr. hab. *Piotra Steca*, prof. UO, oraz dr. hab. *Dariusza Szostka*, prof. UO, którzy podziękowali wszystkim przybyłym za uczestnictwo i poinformowali, że konferencja była nagrywana dzięki uprzejmości wydawnictwa multimedialnego *Wykładnia.pl*, a wszystkie prelekcje są dostępne bezpłatnie na stronie internetowej www.wykladnia.pl.



Zasada jawności postępowania cywilnego w świetle zmian wprowadzanych na mocy ustawy z 10.7.2015 r.

dr Anna Kościółek¹

Artykuł poświęcony jest analizie zagadnień związanych z wpływem, jaki na zasadę jawności postępowania cywilnego wywrze ustawa z 10.7.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw². Analiza ta obejmuje rozważania na temat wpływu realizowanej tą nowelizacją dalszej informatyzacji postępowania cywilnego na takie przejawy jego jawności, jak jawność posiedzeń sądowych oraz obowiązek zawiadomiania stron (uczestników) o posiedzeniach jawnych, a także uwagi na temat nowych możliwości rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym.

Uwagi wstępne

Wśród licznych zmian przepisów procedury cywilnej wprowadzonych nowelizacją z lipca 2015 r. znajduje się grupa przepisów, których wejście w życie będzie miało istotne znaczenie dla jednej z fundamentalnych zasad postępowania cywilnego, tj. zasady jawności.

Ustawa wprowadza zmiany mające wpływ na dwa aspekty otwartości postępowania cywilnego: jawność posiedzeń sądowych oraz obowiązek powiadomienia strony o rozprawach publicznych. Zmiany te z jednej strony wynikają z dalszej informatyzacji postępowania cywilnego. Wpływa to na otwartość postępowania cywilnego dzięki wprowadzeniu możliwości uczestnictwa w posiedzeniu sądowym przy wykorzystaniu środków porozumiewania się na odległość, a także powiadamiania stron z wykorzystaniem metod alternatywnych, w tym drogą elektroniczną. Z drugiej strony zmiany w zasadzie jawności postępowania cywilnego wiążą się z zamiarem przyspieszenia wyniku postępowania.

Przedmiotem omawianej nowelizacji, poza wyraźnie wskazanymi w tytule aktami prawnymi, jest również 17 innych ustaw. Jednakże zasadniczą część jej przepisów stanowi obszerna nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego, wprowadzająca blisko 140 zmian w regulacjach procesowych normujących postępowanie rozpoznawcze, klauzulowe oraz egzekucyjne. Przepisy nowelizujące procedurę cywilną pozwalają przede wszystkim na realizację kolejnego etapu informatyzacji postępowania cywilnego. Informatyzacja ta nie tylko w dużo większym niż dotychczas stopniu obejmuje postępowanie rozpoznawcze, lecz również wkroczy wyraźnie na grunt postępowania klauzulowego oraz egzekucyjnego. Ponadto wprowadzane zmiany zmierzają do przyspieszenia postępowań sądowych przez: ograniczenie kognicji sądów, rozszerzenie kompetencji referendarzy sądowych i komorników sądowych, uproszczenie niektórych czynności procesowych

oraz zmodyfikowanie tych instytucji, które są wykorzystywane przez uczestników postępowań w celu przedłużania postępowań sądowych.

Zasada jawności postępowania cywilnego

Zasada jawności postępowania cywilnego jest jednym z przejawów ogólnej zasady jawności postępowania sądowego, która w polskim porządku prawnym przyjmuje postać konstytucyjnej zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości³. Zasada ta została wyrażona w art. 45 Konstytucji, który przyznaje każdemu prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, zastrzegając jednocześnie, że wyłączenie jawności rozprawy może nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny, a także że wyrok ogłaszany jest publicznie. O znaczeniu zasady jawności postępowania sądowego w polskim porządku prawnym świadczą również międzynarodowe zobowiązania Polski wynikające w szczególności z art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁴ czy art. 14 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁵, gwarantujących m.in. prawo do publicznego rozpatrzenia sprawy przez sąd oraz określających zakres dopuszczalnych wyłączeń jawności. Jawność postępowania sądowego to zasada, którą wie-

¹ Adiunkt w Zakładzie Prawa Cywilnego i Prawa Rzymskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego.

² Dz.U. poz. 1311; dalej jako: nowelizacja.

³ Zob. W. Broniewicz, Postępowanie cywilne w zarysie, Warszawa 2008, s. 57; K. Korzan, Naczelne zasady wymiaru sprawiedliwości i naczelne zasady postępowania nieprocesowego, Rejent 2004, Nr 14, s. 11.

⁴ Sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm.).

⁵ Dz.U. z 1977 r. Nr 38 poz. 167 ze zm.

lokrotnie w swym orzecznictwie akcentował także TK⁶ oraz ETPC⁷.

Rozwinięcie oraz umocnienie konstytucyjnie gwarantowanej zasady jawności postępowania sądowego znajduje się w przepisach ustawy z 27.7.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁸, w myśl których sądy rozpoznają i rozstrzygają sprawy w postępowaniu jawnym, a rozpoznanie sprawy w postępowaniu niejawnym lub wyłączenie jawności postępowania jest dopuszczalne jedynie na podstawie przepisów ustaw (art. 42 § 2 i 3). Zasada jawności postępowania sądowego znajduje także swoje potwierdzenie oraz rozwinięcie w wielu przepisach prawa cywilnego procesowego, wśród których należy wymienić w szczególności: art. 9, 148, art. 149 § 2, art. 154 § 2, art. 157 § 1, art. 326 § 2 i 3, art. 525 KPC.

Zasada jawności postępowania cywilnego jest tradycyjnie ujmowana w literaturze oraz orzecznictwie przede wszystkim z punktu widzenia kryterium podmiotowego⁹. W efekcie wyróżnia się dwa aspekty jawności, tj. wewnętrzny oraz zewnętrzny. Zasada jawności w aspekcie wewnętrznym oznacza jawność postępowania cywilnego w stosunku do stron postępowania, a więc podmiotów bezpośrednio zainteresowanych wynikiem rozpoznawanej przez sąd sprawy. Z kolei zasada jawności w aspekcie zewnętrznym oznacza otwartość postępowania w stosunku do publiczności, a więc jego jawność wobec każdego, niezależnie od jego stosunku względem rozpoznawanej sprawy. Analiza przejawów jawności postępowania cywilnego w aspekcie wewnętrznym oraz zewnętrznym prowadzi do wniosku, że jawność tego postępowania wyraża się w szczególności w: jawności posiedzeń sądowych, odnoszonej zarówno do stron postępowania, jak i do szeroko rozumianej publiczności; obowiązku zawiadomiania stron o posiedzeniach jawnych; obowiązku zapewnienia stronom dostępu do akt sprawy; sporządzeniu i udostępnieniu protokołu utrwalającego przebieg posiedzenia jawnego; obowiązku zapewnienia stronom możliwości uczestniczenia w określonych czynnościach w toku postępowania; publicznym ogłaszaniu orzeczeń.

Nowelizacja z 10.7.2015 r. wprowadza istotne zmiany w zakresie dwóch ze wspomnianych powyżej przejawów jawności postępowania cywilnego, tj. w ramach zasady jawności posiedzeń sądowych oraz obowiązku zawiadomiania stron (uczestników) o posiedzeniach jawnych. Modyfikacja tych aspektów jawności postępowania wiąże się z jednej strony z dalszą informatyzacją postępowania cywilnego, która obejmuje m.in. wprowadzenie możliwości przeprowadzenia posiedzenia jawnego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających jego przeprowadzenie na odległość, jak również dopuszczenie nowego sposobu realizacji spoczywającego na sądzie obowiązku zawiadomiania stron (uczestników) o posiedzeniach, sprwadzający się do stworzenia możliwości zawiadomiania

w sposób elektroniczny. Z drugiej zaś strony zmiany w zakresie zasady jawności posiedzeń sądowych są związane z dążeniem do przyspieszenia rozpoznawania spraw na posiedzeniu niejawnym.

Nowe możliwości rozpoznawania spraw na posiedzeniu niejawnym

Podstawowym wyrazem zasady jawności postępowania cywilnego jest jawność posiedzeń sądowych. Jawność posiedzeń w postępowaniu cywilnym wiąże się z ich otwartością wobec stron, jak również względem publiczności, a więc każdego, niezależnie od jego stosunku względem rozpoznawanej sprawy. Jawność posiedzeń sądowych wyraża się zatem w tym, że wstęp na salę sądową podczas posiedzeń jawnych mają nie tylko strony oraz osoby wezwane, lecz również inne osoby pełnoletnie (art. 152 zd. 1 KPC). Jawność posiedzeń sądowych to zasada, która jest konsekwentnie realizowana w przepisach cywilnego prawa procesowego. Zgodnie z treścią art. 9 § 1 KPC rozpoznawanie spraw odbywa się jawnie, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Zasada jawności posiedzeń znajduje również potwierdzenie w art. 148 § 1 KPC, zgodnie z którym posiedzenia sądowe są jawne, a sąd orzekający rozpoznaje sprawy na rozprawie, o ile przepis szczególny nie stanowi inaczej. Ponadto z § 2 tego przepisu wynika, że sąd może skierować sprawę na posiedzenie jawne i wyznaczyć rozprawę także wówczas, gdy sprawa podlega rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym.

Wyjątkiem od zasady jawności posiedzeń sądowych w postępowaniu cywilnym są posiedzenia niejawne, na które wstęp mają wyłącznie osoby wezwane (art. 152 zd. 2 KPC). Wynika z tego, że same strony, inne podmioty postępowania, jak również osoby postronne mogą uczestniczyć w posiedzeniach niejawnych, tylko jeżeli sąd uzna to za stosowne, wzywając je do stawiennictwa. Istota posiedzeń niejawnych nie daje się zatem pogodzić z konstytucyjnie zagwarantowanym prawem do jawnego rozpatrzenia sprawy, zarówno w ujęciu jawności wewnętrznej, jak i w ujęciu jawności zewnętrznej. Dlatego też obowiązujące regulacje procesowe wskazują, że dopuszczalne odstępstwa od zasady

⁶ Zob. m.in. wyroki TK: z 2.4.2001 r., SK 10/00, OTK 2001, Nr 3, poz. 52; z 12.5.2011 r., P 38/08, OTK-A 2011, Nr 4, poz. 33.

⁷ Zob. m.in. orzeczenia ETPC: z 21.2.1975 r., Nr 4451/70, *S.E. Golder* przeciwko Wielkiej Brytanii; z 26.3.1982 r., Nr 8269/78, *G. Adolf* przeciwko Austrii; z 28.6.1984 r., Nr 7819/77 i 7878/77, *J.J. Campbell* i *P. Feli* przeciwko Wielkiej Brytanii.

⁸ T.j. Dz.U. 2015 r. poz. 133 ze zm.

⁹ Zob. w szczególności: *W. Broniewicz*, Jawność jako konstytucyjna zasada procesu cywilnego *Polski Ludowej*, Nowe Prawo 1954, Nr 5–6, s. 83; *W. Miszewski*, Jawność w procesie cywilnym w związku z przepisami kodeksu postępowania cywilnego, Nowy Proces Cywilny 1931, Nr 1, s. 13; *W. Siedlecki*, *Z. Świeboda*, Postępowanie cywilne. Zarys wykładu, Warszawa 2004, s. 63; wyrok TK z 2.10.2006 r., SK 34/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 118.

jawności posiedzeń obejmują przede wszystkim możliwość wyznaczania posiedzeń niejawnych w celu rozpoznawania kwestii o charakterze wypadkowym lub dotyczącym przebiegu postępowania (np. sprawdzenie wartości przedmiotu sporu – art. 25 KPC; rozpatrzenie wniosku o wyłączenie sędziego – art. 52 § 2 KPC; zasądzenie od świadka, biegłego, pełnomocnika lub przedstawiciela ustawowego zwrotu kosztów wywołanych ich rażąco winą – art. 110 KPC; wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania – art. 355 § 2 KPC). Jednakże zasada jawności rozpoznawania spraw, także w ujęciu konstytucyjnym, nie ma charakteru absolutnego, a przepisy postępowania cywilnego dopuszczają od niej wyjątki. Możliwość rozpoznawania spraw na posiedzeniu niejawnym występuje obecnie w odniesieniu do¹⁰: rozpoznania apelacji w razie cofnięcia pozwu, cofnięcia apelacji albo jeżeli zachodzi nieważność postępowania (art. 374 KPC), rozpoznania skargi kasacyjnej, chyba że w sprawie występuje istotne zagadnienie prawne, a skarżący złożył w skardze kasacyjnej wnioski o jej rozpoznanie na rozprawie lub jeśli za rozpoznaniem skargi na rozprawie przemawiają inne względy (art. 398¹¹ § 1 KPC), rozpoznania apelacji w postępowaniu uproszczonym, chyba że strona w apelacji lub odpowiedzi na apelację zażądała przeprowadzenia rozprawy (art. 505¹⁰ § 2 KPC), oraz w postępowaniu nakazowym (art. 484¹ § 3 KPC), postępowaniu upominawczym (art. 497¹ § 2 KPC), europejskim postępowaniu nakazowym (art. 505¹⁷ KPC), europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń (art. 505²³ KPC) i elektronicznym postępowaniu upominawczym (art. 505²⁸ w zw. z art. 497¹ § 2 KPC).

Wraz z wejściem w życie omawianej nowelizacji przepisy Kodeksu postępowania cywilnego zostaną uzupełnione o nowy przepis, ujęty w treści art. 148¹, wraz z którym pojawiają się nowe możliwości rozpoznawania spraw na posiedzeniu niejawnym. Stosownie do brzmienia tego przepisu, sąd będzie mógł rozpoznać sprawę na posiedzeniu niejawnym w przypadku uznania powództwa lub gdy po złożeniu przez strony pism procesowych i dokumentów, w tym również po wniesieniu zarzutów lub sprzeciwu od nakazu zapłaty albo sprzeciwu od wyroku zaocznego, sąd uzna – mając na względzie całokształt przytoczonych twierdzeń i zgłoszonych wniosków dowodowych – że przeprowadzenie rozprawy nie jest konieczne. Rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym będzie niedopuszczalne wówczas, jeśli strona w pierwszym piśmie procesowym zgłosiła wniosek o rozpoznanie sprawy na rozprawie, chyba że zachodzi przypadek uznania powództwa. Przedmiotowa regulacja stanowi niewątpliwie wyjątek od zasady jawnego rozpoznawania spraw cywilnych. To z kolei rodzi dwa zasadnicze pytania. Po pierwsze, czy argumentacja spoczywająca u podstaw wprowadzenia nowej możliwości rozpoznawania spraw na posiedzeniu niejawnym mieści się w przepisany przez

prawo katalogu przesłanek usprawiedliwiających wprowadzenie ograniczenia w zakresie jawności postępowania sądowego. Po drugie, czy gwarancje rzetelnego postępowania, dla którego jawność ma zasadnicze znaczenie, nie zostały przekroczone w efekcie wprowadzenia takiego wyjątku.

Rozważając kwestię należytego uzasadnienia dla wyjątku wprowadzanego w zakresie jawności posiedzeń sądowych, należy w pierwszej kolejności podkreślić, że musi ono znajdować pokrycie w konstytucyjnie określonym katalogu przesłanek. Konstytucja nie tylko gwarantuje bowiem każdemu prawo do jawnego rozpatrzenia sprawy, lecz również ściśle limituje odstępstwa od tej zasady. W orzecznictwie¹¹ TK przyjmuje się, że dopuszczalne ograniczenia zasady jawności uwzględniają nie tylko moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny (art. 45 ust. 2 Konstytucji), lecz obejmują również możliwość wprowadzenia ustawowego ograniczenia prawa do jawnego rozpoznania sprawy na zasadach ogólnych, a więc jeśli jest to konieczne dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej wynika natomiast, że rozszerzenie możliwości rozpoznawania spraw na posiedzeniu niejawnym ma się przyczynić do usprawnienia postępowania¹². W toku prac legislacyjnych podnoszono, że usprawnienie postępowania nie może być powodem wyłączenia jawności postępowania zarówno w stosunku do jego stron, jak i publiczności, gdyż ograniczenia jawności motywowane potrzebą zwiększenia efektywności postępowania nie mają konstytucyjnego umocowania¹³. Podobne stanowisko wyraża w swoim orzecznictwie TK, który kilkakrotnie miał okazję uznać, że szybkość rozpoznania sprawy nie jest wartością, na rzecz której można poświęcić ochronę praw podmiotowych¹⁴. W literaturze podkreśla się ponadto,

¹⁰ Poza powyższym zestawieniem celowo pozostawiono możliwość wydania na posiedzeniu niejawnym wyroku zaocznego w razie otrzymania dowodu doręczenia w ciągu dwóch tygodni od dnia rozprawy (art. 341 KPC). Regulacja ta odnosi się bowiem jedynie do wyrokowania, a nie samego rozpoznawania sprawy na posiedzeniu niejawnym, co wskazuje, że nie stanowi ona ograniczenia w zakresie prawa strony do jawnego rozpoznania sprawy. Zob. *P. Rylski, T. Zembrzusi, Rozpoznanie spraw cywilnych na posiedzeniu niejawnym*, PS 2006, Nr 6, s. 89.

¹¹ Zob. wyrok TK z 2.10.2006 r., SK 34/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 118.

¹² Zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmiany ustaw – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, s. 1 (druk sejmowy VII kadencji Nr 2678).

¹³ Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, s. 4 – zob. <http://programy.hfhr.pl/monitoringprocesulegislacyjnego/files/2013/11/opinia-KPC.pdf> (dostęp z 10.5.2016 r.).

¹⁴ Zob. wyroki TK: z 12.3.2002 r., P 9/01, OTK-A 2002, Nr 2, poz. 14; z 13.1.2004 r., SK 10/03, OTK-A 2004, Nr 1, poz. 2; z 12.6.2002 r., P 13/01, OTK 2002, Nr 4, poz. 42.

że publiczny charakter postępowania cywilnego nie powinien być traktowany jedynie jako deklaracja formalna, która w zależności od potrzeb wymiaru sprawiedliwości może być ograniczona¹⁵. Z drugiej jednak strony w literaturze wskazuje się również, że należy utrzymać odpowiednią równowagę między jawnością postępowania i innymi wartościami, takimi jak ekonomia procesowa, sprawność czy szybkość postępowania, a zwolennicy pełnego respektowania zasady jawności powinni pamiętać, że zarówno Konstytucja, jak i akty prawa międzynarodowego obok jawności podkreślają także prawo do uzyskania rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie¹⁶. Widać zatem, że wprowadzenie takiej formy merytorycznego rozstrzygnięcia spraw, przy oczywistych jej zaletach związanych z szybkością i ekonomią postępowania, wydaje się co najmniej dyskusyjne z punktu widzenia zgodności z Konstytucją.

Jeżeli natomiast chodzi o kwestię potencjalnego przekroczenia gwarancji rzetelnego postępowania, to problem ten należy rozważyć osobno względem każdej z dwóch odrębnych przesłanek mogących – w świetle art. 148¹ § 1 KPC – stanowić podstawę rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym. Pierwsza przesłanka uwzględnia uznanie powództwa przez pozwanego, druga zaś przyznaje sądowi uprawnienie do podjęcia decyzji w przedmiocie rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym.

Możliwość rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym w przypadku uznania powództwa nie wydaje się być wątpliwa z punktu widzenia gwarancji rzetelnego postępowania. W tym przypadku taka forma merytorycznego rozstrzygnięcia wydaje się bowiem znajdować wystarczające uzasadnienie oparte na swoistym zadysponowaniu jawnością przez pozwanego, który decyduje się na niewykorzystanie swojego prawa do obrony¹⁷. Należy pamiętać, że rozpoznanie sprawy na posiedzeniu jawnym nie jest obowiązkiem strony, lecz prawem, z którego może ona zrezygnować, zarówno w sposób wyraźny, jak i dorozumiany¹⁸. Wydaje się, że uznanie powództwa może zostać potraktowane jako forma dorozumianej rezygnacji z jawnego rozpoznania sprawy. Jeżeli uznanie powództwa nie jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo nie zmierza do obejścia prawa, to sąd jest nim związany (art. 213 § 2 KPC), co oznacza, że wydaje wyrok oparty na uznaniu powództwa, a więc zgodny z treścią żądania zamieszczonego w pozwie. Dopuszczenie możliwości rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym w przypadku, w którym pozwany godzi się na rozstrzygnięcie zgodne z żądaniem powoda, nie może być zatem odczytywane jako naruszenie praw lub interesów którejkolwiek ze stron postępowania. Co więcej, oczekiwanie w takiej sytuacji na przeprowadzenie rozprawy w celu ogłoszenia wyroku, z którym obie strony w istocie się zgadzają, ujawnia niejako nadmierność gwarancji jawności postępowania. Tak ujętej oceny dopuszczalności rozpozna-

nia sprawy na posiedzeniu niejawnym w przypadku uznania powództwa nie zmienia fakt, że możliwość taka będzie istniała niezależnie od ewentualnego wniosku o przeprowadzenie rozprawy, który strona złożyłaby w pierwszym piśmie w sprawie.

W przypadku przesłanki powierzającej sądowi ocenę zasadności rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym kwestia zachowania gwarancji rzetelnego postępowania nie jest już tak jednoznaczna jak w przypadku uznania powództwa. Wątpliwości może budzić w szczególności brak wyraźnego wskazania spraw, jakie mogą być rozpoznawane na posiedzeniu niejawnym oraz kryteriów, od których zależy możliwość podjęcia decyzji w przedmiocie zastosowania takiej formy rozpoznania sprawy¹⁹. Wydaje się, że takie rozwiązanie jest przeznaczone dla spraw nieskomplikowanych, w których dla wydania orzeczenia wystarczające jest oparcie się na dokumentach i twierdzeniach stron przedstawionych w pismach procesowych i które nie wymagają przeprowadzenia postępowania dowodowego, uwzględniającego choćby opinie biegłych, zeznania świadków czy przesłuchanie stron. Z pewnością można wskazać dużą liczbę tego rodzaju spraw, w których konieczne jest wyznaczenie rozprawy w celu oczywistego od samego początku rozstrzygnięcia sprawy, jak choćby przypadek wniesienia sprzeciwu od nakazu zapłaty, w którym pozwany podnosi uzasadniony zarzut przedawnienia, a rozprawę należy wyznaczyć tylko w celu oddalenia powództwa. Należy jednak pamiętać, że art. 148¹ KPC zostanie umieszczony w ramach ogólnych przepisów o posiedzeniach sądowych, co wyraźnie wskazuje na szeroki zakres jego zastosowania w każdej właściwej sprawie cywilnej. Dlatego też regulacja ta musi uwzględniać odpowiednie zabezpieczenie przed dowolnością rozpoznawania spraw na posiedzeniach niejawnych, które pozwalałoby na zapobieganie potencjalnym naruszeniom w sferze praw lub interesów stron postępowania. Wydaje się, że w charakterze takiej gwarancji można postrzegać przyznane stronom uprawnienie do żądania rozpoznania sprawy na rozprawie, które bezwzględnie wykluczy możliwość rozpoznania na posiedzeniu niejawnym (art. 148¹ § 3 KPC). W efekcie nawet uzasadnione przekonanie sądu o braku potrzeby przeprowadzenia rozprawy nie pozwoli na rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym, jeśli tylko strona w pierwszym piśmie (np. w pozwie, odpowiedzi na pozew, zarzutach lub sprzeciwie od nakazu zapłaty, sprzeciwie od wyroku zaocznego) złożyła wniosek

¹⁵ A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012, s. 358–359.

¹⁶ P. Rylski, T. Zembrzusi, *Rozpoznawanie spraw...*, s. 106–107.

¹⁷ Zob. A. Łazarska, *Rzetelny proces...*, s. 355–356.

¹⁸ P. Rylski, T. Zembrzusi, *Rozpoznawanie spraw...*, s. 106.

¹⁹ Zob. G. Jędrejek, *Opinia dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw* (druk 2678), s. 8 – zob. <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2678> (dostęp z 10.5.2016 r.).

o przeprowadzenie rozprawy. W tym miejscu można jednak zauważyć, że tego rodzaju przerzucenie ciężaru w zakresie realizacji zasady jawnego rozpoznawania sprawy może być dyskusyjne wobec normatywnego ujęcia jawności, która zarówno w Konstytucji, jak i w rozwijających ją regulacjach ustawowych występuje w charakterze zasady, a nie wyjątku²⁰. Wracając do obaw o nadmierną dowolność sądową w zakresie stwierdzania zasadności rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym, należy podkreślić na koniec, że nawet w braku stosownego żądania rozpoznania sprawy na rozprawie swoboda sądu w przedmiocie realizacji przyznanego mu uprawnienia do rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym nie jest nieograniczona. Dzieje się tak, ponieważ decyzja taka musi się wiązać z przekonaniem o braku konieczności przeprowadzenia rozprawy, znajdującym oparcie w całokształcie przytoczonych twierdzeń i zgłoszonych wniosków dowodowych.

Przeprowadzenie posiedzenia jawnego na odległość

W aktualnym stanie prawnym posiedzenia sądowe odbywają się w budynku sądowym, a poza tym budynkiem tylko wyjątkowo, gdy czynności sądowe muszą być wykonane w innym miejscu albo gdy odbycie posiedzenia poza budynkiem sądowym ułatwia przeprowadzenie sprawy lub przyczynia się znacznie do zaoszczędzenia kosztów (art. 151 KPC). Realizacja obowiązującej w postępowaniu cywilnym zasady jawności posiedzeń sądowych wymaga zatem odbycia posiedzenia przy zachowaniu warunku jedności miejsca oraz czasu w odniesieniu do wszystkich biorących w nim udział osób. Oznacza to, że osoby chcące wziąć udział w jawnym posiedzeniu sądowym muszą w czasie tego posiedzenia stać się zasadniczo w budynku sądu rozpoznającego sprawę, co niejednokrotnie wiąże się z koniecznością odbycia długiej podróży i poniesienia związanych z tym kosztów. Jedynym wyjątkiem w tej kwestii jest możliwość przeprowadzenia w trakcie posiedzenia czynności dowodowej na odległość, co wiąże się z fizycznym rozdzieleniem miejsc pobytu źródła dowodu oraz przeprowadzającego czynność sądu orzekającego wraz z innymi uczestnikami posiedzenia²¹. Jednakże wraz z wejściem w życie przepisów wdrażających kolejny etap informatyzacji postępowania cywilnego realizacja zasady jawności posiedzeń sądowych zyska nową jakość. Od 8.9.2016 r., a więc z dniem wejścia w życie nowelizacji, zostanie bowiem wprowadzony przepis pozwalający przewodniczącemu na przeprowadzenie posiedzenia jawnego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających jego przeprowadzenie na odległość (art. 151 § 2 KPC).

Istota posiedzenia jawnego przeprowadzanego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających prze-

prowadzenie na odległość wiąże się z dopuszczeniem możliwości brania udziału w posiedzeniu sądowym oraz dokonywania w jego trakcie czynności procesowych, w warunkach obecności w budynku sądu innego niż ten, przed którym odbywa się posiedzenie. Przeprowadzenie posiedzenia na odległość będzie zatem zawsze wymagać, aby wszystkie osoby uczestniczące w posiedzeniu jawnym znajdowały się w budynku sądowym, przy czym nie będzie to już bezwzględnie budynek tego samego sądu. Jeżeli zatem przewodniczący umożliwi udział w posiedzeniu jawnym osobom przebywającym w innym mieście, to będą one musiały udać się do tamtejszego sądu. Sądy będą łączyły się przy pomocy usługi wideokonferencji, która sprowadza się do audiowizualnego połączenia telekomunikacyjnego, umożliwiającego zsynchronizowany i jednoczesny przekaz w czasie rzeczywistym ruchomego obrazu, głosu i danych między użytkownikami lub grupami użytkowników znajdujących się w różnych miejscach²². W tym celu ma zostać wykorzystana infrastruktura techniczna, w którą sądy zostały wyposażone w związku z wdrażaniem elektronicznego systemu rejestracji posiedzeń.

Wprowadzenie możliwości odbycia posiedzenia sądowego na odległość zmierza przede wszystkim do zracjonalizowania i obniżenia kosztów stawiennictwa uczestników postępowania na posiedzeniach jawnych²³. Nie należy jednak zapominać, że zmiana ta jednocześnie eliminuje warunek jedności miejsca odnoszony aktualnie do wszystkich biorących udział w posiedzeniu, nadając tym samym nową jakość zasadzie jawności posiedzeń. Nowa jakość w zakresie realizacji zasady jawności posiedzeń wiąże się również z nowym sposobem „uzewnętrzniania” przebiegu posiedzenia w stosunku do uczestniczących w nim osób. Obecnie problem ten właściwie nie istnieje, ponieważ wszystkie uczestniczące w posiedzeniu osoby znajdują się w tym samym miejscu, co daje im możliwość bieżącego i naocznego śledzenia jego przebiegu. Jeżeli jednak „rozdzielimy” posiedzenie pomiędzy dwa sądy, to konieczne jest zapewnienie możliwości obserwowania całego posiedzenia wszystkim jego uczestnikom. Przeprowadzenie posiedzenia jawnego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających jego przeprowadzenie na odległość nie może bowiem wpływać ujemnie na możliwość przeprowadzenia tego posiedzenia w sposób „widoczny” tak względem stron (uczestników) postępowania, jak i publiczności. Dlatego też przebieg

²⁰ Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka..., s. 5.

²¹ Więcej zob. A. Kościółek, Elektroniczne czynności procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym, Warszawa 2012, s. 300–304.

²² A. Urbanek, Systemy wideokonferencyjne IP, Networld 2002, Nr 2, s. 17.

²³ Uzasadnienie projektu ustawy o zmiany ustaw – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, s.13 (druk sejmowy VII kadencji Nr 2678).

czynności procesowych będzie transmitowany z sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie do miejsca pobytu uczestników postępowania oraz z miejsca pobytu uczestników postępowania do sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie, tak aby w obu miejscach została zachowana możliwość śledzenia całości posiedzenia.

Nowe możliwości wzywania na posiedzenia sądowe

Jawność posiedzeń sądowych rozpatrywana w odniesieniu do stron postępowania polega na umożliwieniu im uczestnictwa we wszystkich posiedzeniach sądu, także niebędących rozprawą lub odbywających się przy drzwiach zamkniętych. Gwarancją realizacji jawności w tym kontekście stanowi spoczywający na sądzie obowiązek informacyjny, sprowadzający się do zawiadomienia stron o posiedzeniach sądowych. Rolą sądu jest zatem poinformowanie stron postępowania o miejscu i czasie posiedzenia odpowiednio wcześniej, tak by umożliwić im realny dostęp do sądu²⁴.

Zgodnie z art 149 § 2 KPC o posiedzeniach jawnych zawiadamia się strony i osoby zainteresowane przez wezwanie lub ogłoszenie podczas posiedzenia. Stronie nieobecnej na posiedzeniu jawnym należy natomiast doręczyć wezwanie na następne posiedzenie. Wezwanie powinno być doręczone co najmniej na tydzień przed posiedzeniem. W wypadkach pilnych termin ten może być skrócony do trzech dni. W aktualnym stanie prawnym dokonywanie wezwań poza posiedzeniami odbywa się zgodnie z przepisami o doręczeniach. Oznacza to, że – poza wyjątkami wyraźnie przewidzianymi w przepisach szczególnych – nie ma możliwości dokonania doręczenia inaczej niż w sposób, o którym mówi art. 131 § 1 KPC, a więc za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe²⁵, osób zatrudnionych w sądzie, komornika lub sądowej służby doręczeniowej. Jednakże, wraz z wejściem w życie analizowanej nowelizacji, problematyka sposobów dokonywania doręczeń oraz zawiadomień ulegnie istotnej modyfikacji, która będzie efektem dalszej informatyzacji postępowania cywilnego. Również w tym przypadku informatyzacja wydaje się wzmacniać realizację zasady jawności poprzez dostosowanie gwarancji tej jawności do nowych realiów związanych z postępującymi zmianami technologicznymi i zwiększającą się informatyzacją życia.

Problematyka doręczania wezwań na posiedzenie sądowe zostanie zmodyfikowana w związku ze zmianą, która nakłada na sąd obowiązek dokonywania doręczeń za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, jeżeli adresat wniósł pismo za pośrednictwem tego systemu albo dokonał wyboru takiego sposobu wnoszenia pism (art. 131¹

§ 1 KPC). Skoro bowiem dokonywanie wezwań poza posiedzeniami odbywa się zgodnie z przepisami o doręczeniach, to wniesienie pisma za pośrednictwem systemu teleinformatycznego albo dokonanie wyboru takiej opcji będzie aktualizowało nie tylko obowiązek dokonywania doręczeń elektronicznych, lecz jednocześnie także obowiązek elektronicznego dokonywania wezwań. Obowiązek ten będzie istniał do chwili potencjalnej rezygnacji z doręczeń elektronicznych. Należy bowiem pamiętać, że każdy adresat który dokona wyboru wnoszenia pism za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, będzie mógł zrezygnować z doręczenia elektronicznego przy jednoczesnym zachowaniu możliwości wnoszenia elektronicznych pism procesowych (art. 131¹ § 2 KPC).

Modyfikacja problematyki doręczania wezwań na posiedzenia sądowe nastąpi również w efekcie wprowadzenia w tym zakresie możliwości stosowania uproszczonego trybu wzywania (art. 149¹ KPC). Wzorem wprowadzanej w ramach przepisów ogólnych regulacji jest art. 472 KPC, który obecnie umożliwia taki sposób dokonywania doręczeń i wezwań w postępowaniu w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych oraz – z mocy art. 505⁶ § 1 KPC – w postępowaniu uproszczonym. Uproszczony tryb wzywania na posiedzenie stron (ale również świadków, biegłych oraz innych osób) sprowadza się do możliwości dokonywania wezwań w sposób, który sąd uzna za najbardziej celowy, nawet z pominięciem ogólnych sposobów doręczeń, jeśli tylko będzie to niezbędne do przyspieszenia rozpoznania sprawy. Wezwania takie, polegające na zastosowaniu środków innych niż tradycyjne, obejmują nie tylko telefon, telefaks czy telegram, lecz również inne rozwiązania, jak choćby pocztę elektroniczną²⁶. Warunkiem skuteczności tego wezwania jest brak wątpliwości, że doszło ono do wiadomości adresata.

Problem, jaki może się pojawić w związku z informatyzacją doręczania wezwań na posiedzenia sądowe w postępowaniu cywilnym, może dotyczyć wyraźnego wyłączenia stosowania art. 134 § 1 KPC, a więc zakazu dokonywania doręczeń w dni ustawowo uznane za wolne od pracy oraz w porze nocnej, w odniesieniu do doręczeń elektronicznych (art. 131¹ § 2 w brzmieniu obowiązującym od 1.4.2016 r., ustaloną ustawą z 15.1.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw²⁷). Wyłączenie to może bowiem z jednej strony prowadzić do sformułowania zarzutu naruszenia konstytucyjnej zasady

²⁴ A. Lazarska, Sędziowskie kierownictwo postępowaniem cywilnym przed sądem pierwszej instancji, Warszawa 2013, s. 202.

²⁵ Dz.U. poz. 1529 ze zm.

²⁶ B. Kaczmarek, Nowe technologie, nowe możliwości – nowoczesne formy komunikowania się sądu i stron procesu cywilnego, a także sądów między sobą – uwagi na tle aktualnych przepisów, e-Biuletyn CBKE 2007, Nr 3, s. 3.

²⁷ Dz.U. poz. 218.

równości obywateli wobec prawa. Dokonanie doręczenia wezwania w dni ustawowo uznane za wolne od pracy lub w porze nocnej skraca bowiem – w porównaniu z tradycyjnie rozumianymi doręczeniami – ściśle określone przez ustawodawcę terminy doręczania wezwań, które mają gwarancyjne znaczenie dla stron (uczestników) postępowania, ponieważ umożliwiają im przygotowanie się do rozprawy oraz wcześniejsze zaplanowanie przybycia do sądu²⁸. Jednakże nie sposób nie zauważyć, że nie można mówić o naruszeniu zasady równości tam, gdzie strona posiada wybór w kwestii stosowania doręczeń elektronicznych. Brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że strona, która wybrała doręczenia elektroniczne, dopuszczalne również w porze nocnej oraz w dni ustawowo wolne od pracy, jest nierówno traktowana i doszło do jej dyskryminacji wobec prawa, skoro miała zapewnioną wolność wyboru i wyboru tego dokonała, kierując się niewątpliwie własnym interesem procesowym. Z drugiej strony wyłączenie to może natomiast wprowadzić wątpliwości w przypadkach, w których sąd zdecyduje się na dokonanie elektronicznego doręczenia wezwania na posiedzenie w trybie znowelizowanego art. 149¹ KPC. Wydaje się, że wątpliwość tę należy rozstrzygnąć jednoznacznie na rzecz zakazu dokonywania doręczeń w dni ustawowo uznane za wolne od pracy oraz w porze nocnej. Zakaz ten został co prawda wyraźnie wyłączony w odniesieniu do doręczeń elektronicznych, ale wyłączenie to odnosi się do tego rodzaju doręczeń rozumianych w sposób bardzo ścisły. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 131¹ § 1 KPC pojęciem tym można objąć wyłącznie te przypadki, w których sąd dokonuje doręczeń za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, jeśli tylko za pośrednictwem tego systemu wniesiono pismo albo też dokonano wyboru właśnie takiego trybu wnoszenia pism. Tym samym niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca, dopuszczająca stosowanie wyłączenia art. 134 § 1 KPC również do wezwań dokonywanych elektronicznie, ale nie w trybie, o którym mowa w art. 131¹ § 1 KPC, lecz w trybie doręczeń uproszczonych.

Podsumowanie

Analiza zmian wprowadzanych na mocy nowelizacji z 10.7.2015 r. w zakresie zasady jawności postępowania cywilnego wskazuje, że ulega ona modyfikacji niejako w dwóch przeciwstawnych kierunkach. Ten swoisty rozdźwięk wynika z tego, że nowelizacja nie skupia się bezpośrednio na zasadzie jawności postępowania cywilnego, lecz wprowadza zmiany w jej zakresie właściwie „przy okazji”, kierując się przede wszystkim dążeniem do przyspieszenia tego postępowania. Argumentacja ta spoczywa bowiem zarówno u podłoża dalszej informatyzacji postępowania, jak i u podstaw wprowadzenia wyjątku od zasady jawnego rozpoznawania spraw.

Z jednej strony zmiany realizujące dalszy etap informatyzacji postępowania cywilnego wydają się wzmocniać jego jawność, a przynajmniej nadawać jej nową, niezbędną z perspektywy przemian technologicznych, jakość. Systematycznie realizowany w ciągu ostatnich lat proces informatyzacji postępowania cywilnego pozwala w szczególności na zapewnienie jego jawności w sposób, który jest w stanie sprostać oczekiwaniom nowoczesnego społeczeństwa informacyjnego, wobec którego postępowanie to ma być jawne. Społeczeństwo, które na co dzień korzysta z możliwości przesyłu, gromadzenia czy przetwarzania różnego typu informacji nie tylko za pomocą komputerów, lecz również telefonów komórkowych lub tabletów, oczekuje bowiem analogicznych możliwości w postępowaniu sądowym, a realizacja zasady jego jawności nie stanowi w tym względzie żadnego wyjątku. Tym potrzebom z pewnością odpowiada wprowadzenie możliwości uczestnictwa w posiedzeniu sądowym oraz dokonywania w jego trakcie czynności procesowych na odległość, jak również możliwości wykorzystania komunikacji elektronicznej w celu dokonywania wezwań na posiedzenia sądowe.

Z drugiej jednak strony omawiana nowelizacja ogranicza jawność postępowania cywilnego, wprowadzając nowe możliwości rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym. Ta zmiana budzi wiele wątpliwości nie tylko z perspektywy zasady jawności, lecz również z punktu widzenia innych zasad, jak w szczególności wzmocnionej w 2012 r. zasady ustności czy też zasady kontrydiktoryjności oraz bezpośredniości. Jednakże nie można nie zauważać, że stosowanie wprowadzanego rozwiązania w praktyce może przynieść wymierne korzyści nie tylko po stronie wymiaru sprawiedliwości, lecz również w stosunku do osób zainteresowanych rozstrzygnięciem ich sprawy bez zbędnej zwłoki. Tym samym zmiana ta wydaje się realizować wyrażony m.in. w art. 6 KPC postulat dążenia do rozstrzygnięcia sprawy w sposób wykluczający przewlekłość, najlepiej na pierwszym posiedzeniu. Jednocześnie należy jednak pamiętać, że przepis ten uzależnia realizację wspomnianego postulatu od braku szkody dla wyjaśnienia sprawy. Dlatego też prawdziwym wyzwaniem będzie rzeczywiste ograniczenie stosowania nowego rozwiązania wyłącznie do przypadków, w których złożone przez strony pisma procesowe i dokumenty, jak również całość przytoczonych twierdzeń i zgłoszonych wniosków dowodowych nie pozostawiają wątpliwości, że wszystkie okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy zostały rzeczywiście wyjaśnione. W ten sposób także jawność, jako gwarancja rzetelnego postępowania, nie zostanie zagrożona.

²⁸ A. Łazarska, Sędziowskie kierownictwo..., s. 203.

Słowa kluczowe: jawność postępowania, rozpoznawanie spraw na posiedzeniu niejawnym, posiedzenie jawne przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiającących jego przeprowadzenie na odległość, zawiadomienie o posiedzeniu jawnym.

The principle of open civil proceedings in the light of changes under the act of 10 July 2015

The paper is devoted to the analysis of issues related to the impact on the principle of open civil proceedings of the Act of 10 July 2015 amending the Civil Code, the Code of Civil Procedure and certain other acts. The analysis includes remarks on the influence of the process of informatization of the Polish civil proceedings, developed by the amendment, on such manifestations of its publicity as openness of the proceedings and obligation to notify the parties (participants) of public sessions as well as on new possibilities of a case hearing in a closed session.

Key words: openness of proceedings, hearing of a case in a closed session, public session held with the use of technical devices allowing to hold it at a distance, notification of public sessions.



Kodeks cywilny

DUŻE KOMENTARZE BECKA

M. Gutowski (redaktor)

Kodeks cywilny

Tom I
Komentarz · Art. 1–449¹¹

Tom II
Komentarz · Art. 450–1088

WYDAWNICTWO C.H. BECK

www.ksiegarnia.beck.pl

Przeprowadzenie postępowania sądowego na odległość według prawa polskiego i niemieckiego

Karolina Ziemianin¹

Przepisy umożliwiające przeprowadzenie posiedzenia sądowego oraz postępowania dowodowego na odległość modyfikują w znacznym stopniu jedną z podstawowych zasad postępowania cywilnego, a mianowicie zasadę bezpośredniości, która jest głównym sposobem zapoznawania się przez sąd ze zgromadzonym w sprawie materiałem procesowym, w tym z materiałem dowodowym. Według tej zasady sąd rozstrzygający sprawę zapoznaje się z takim materiałem bez żadnych ogniw pośrednich, w szczególności bez pośrednictwa innych osób. Ma więc możliwość dokładnego zbadania materiału dowodowego i wydawania sprawiedliwego wyroku². Celem niniejszego opracowania jest ustalenie – w świetle prawa polskiego i niemieckiego – czy i w jakim stopniu postępowanie dowodowe na odległość wpływa na ograniczenie zasady bezpośredniości. Analizą zostaną objęte w szczególności następujące przepisy: art. 151 § 2 i art. 235 § 2 KPC oraz § 128a ZPO, które odnoszą się do postępowania dowodowego na odległość.

Uwagi wstępne

W ramach projektu informatyzacji wymiaru sprawiedliwości wprowadzono do postępowania cywilnego środki komunikacji elektronicznej. Są to rozwiązania techniczne, które umożliwiają indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi (art. 2 pkt 5 ustawy z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną³). Do środków komunikacji elektronicznej zalicza się m.in. pocztę elektroniczną, wiadomości SMS, system ePUAP, regionalną platformę elektronicznych usług publicznych, Elektroniczną Skrzynkę Podawczą oraz inne systemy tworzone przez usługodawców⁴.

Za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej możliwe jest odbywanie posiedzeń sądowych oraz przeprowadzanie dowodów. W polskim Kodeksie postępowania cywilnego możliwość udziału w posiedzeniach sądowych na odległość została uregulowana w art. 151 § 2 KPC, natomiast możliwość przeprowadzania dowodów na odległość – w art. 235 § 2 KPC. Artykuł 151 § 2 został wprowadzony do Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 10.7.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁵ (art. 1), art. 235 § 2 KPC zaś – ustawą z 5.12.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁶ (art. 1). W niemieckiej ustawie procesowej Zivilprozessordnung (ZPO)⁷ przeprowadzenie posiedzenia sądowego i dowodu na odległość zostało unormowane w § 128a. Paragraf ten dodano w 2002 r.⁸

Zasada bezpośredniości w ujęciu nieelektronicznym

W doktrynie przyjmuje się, że zasada bezpośredniości jest zachowana wtedy, gdy wyrok w sprawie wydają sędzio-

wie, przed którymi toczy się postępowanie, a także wtedy, gdy w postępowaniu dowodowym pierwszeństwo przyznaje się dowodom bezpośrednim (np. oględzinom), a nie dowodom pośrednim (np. zeznaniom świadka). Za podstawę normatywną zasady bezpośredniości przyjmuje się art. 235 i 323 KPC⁹.

Według art. 235 § 1 KPC postępowanie dowodowe odbywa się przed sądem orzekającym, chyba że sprzeciwia się temu charakter dowodu albo względ na poważne niedogodności lub niewspółmierność kosztów w stosunku do przedmiotu sporu. W takich przypadkach sąd orzekający zleci przeprowadzenie dowodu jednemu ze swoich członków (sędzia wyznaczony) albo innemu sądowi (sąd wezwany). Z przepisu tego wynika, że sąd prowadzący postępowanie powinien bezpośrednio uczestniczyć w przeprowadzeniu dowodów w sprawie, a jedynie wyjątkowo może orzekać na podstawie takich dowodów, z którymi nie mógł zapoznać się osobiście.

Przesłankami odstąpienia od zasady bezpośredniości w postępowaniu dowodowym są: charakter dowodu, poważne niedogodności oraz niewspółmierność kosztów.

¹ Asystent w Katedrze Postępowania Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego.

² W. Siedlecki, Inne naczelné zasady postępowania cywilnego, [w:] W. Siedlecki, Z. Świeboda, Postępowanie cywilne. Zarys wykładu, Warszawa 2000, s. 64.

³ T.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1422 ze zm.

⁴ Por. e-Podręcznik Ministerstwa Cyfryzacji, https://epodrecznik.miac.gov.pl/mediawiki/index.php?title=Środki_komunikacji_elektronicznej (dostęp z 20.1.2016 r.).

⁵ Dz.U. poz. 1311; dalej jako: nowelizacja z 10.7.2015 r. Zmiany wprowadzone tą ustawą wchodzi w życie 8.9.2016 r.

⁶ Dz.U. Nr 234, poz. 1571.

⁷ Zivilprozessordnung z 12.9.1950 r. (BGBl. 2005 I S. 3202 ze zm.), dalej jako ZPO.

⁸ Art. 2 ustawy z 27.7.2001 r. Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (BGBl. I S. 1887).

⁹ *Ibidem*, s. 64.

Przesłanki te nie mogą być interpretowane rozszerzająco¹⁰. Charakter dowodu odnosi się do jego właściwości. W sądzie nie może np. być przeprowadzony dowód z oględzin nieruchomości. Przesłanka dotycząca poważnych niedogodności i niewspółmierności kosztów odnosi się zaś do zasady ekonomii postępowania. W świetle tej zasady postępowanie powinno być efektywne przy względnie niskich jego kosztach¹¹.

W myśl art. 323 KPC wyrok może być wydany jedynie przez sędziów, przed którymi odbyła się rozprawa poprzedzająca bezpośrednio wydanie wyroku. Wyrok mogą więc wydać sędziowie biorący udział przynajmniej w tym posiedzeniu, na którym zamknięto rozprawę. W przeciwnym wypadku skład sądu jest nieprawidłowy, to zaś skutkuje nieważnością postępowania (art. 379 pkt 4 KPC).

Artykuł 323 KPC dopuszcza możliwość odstąpienia od zasady bezpośredniości, jeżeli sprawa rozstrzygana była na kilku rozprawach. Sąd może mianowicie wydać wyrok, jeżeli w jego składzie zasiadają sędziowie uczestniczący tylko w jednym posiedzeniu. Nie mają oni w takim przypadku bezpośredniej styczności z materiałem procesowym, który został zgromadzony na poprzednich posiedzeniach sądu. Zasada bezpośredniości jest więc naruszona. Procedowanie sądu byłoby jednak utrudnione, gdyby każda zmiana w składzie sędziowskim wiązała się z koniecznością prowadzenia sprawy od początku. Za rozwiązaniem przyjętym w art. 323 KPC przemawiają więc względy funkcjonalne.

Bezpośrednie przeprowadzenie postępowania jest zapewnione przez ustną formę czynności procesowych. Forma ta umożliwia sądowi zapoznanie się z materiałem procesowym bez pośrednictwa elementów dodatkowych (np. dokumentów). Zasada ustności dotyczy wniosków i oświadczeń, a także niektórych środków dowodowych (zeznania świadków, przesłuchanie stron)¹². Natomiast forma pisemna może być wykorzystana w postępowaniu jedynie wyjątkowo. Dotyczy to przygotowania rozprawy (pisma procesowe) i etapu zakończenia postępowania (wyrok sądu)¹³.

Zasada bezpośredniości odnosi się również do miejsca prowadzenia postępowania. Posiedzenia sądowe powinny się odbywać w budynku sądu. Natomiast poza tym budynkiem mogą odbywać się tylko wtedy, gdy czynności sądowe muszą być wykonane w innym miejscu albo gdy odbycie posiedzenia poza budynkiem sądu ułatwia prowadzenie sprawy lub przyczynia się znacznie do zaoszczędzenia kosztów (art. 151 KPC). Jeżeli przeprowadzenie postępowania nie jest możliwe w budynku sądu, powinna zostać rozpatrzona możliwość odbycia posiedzenia w innym miejscu. Zasada bezpośredniości zostaje jednak zachowana. W posiedzeniu uczestniczą bowiem wszyscy członkowie składu orzekającego. Jeżeli natomiast zmiana miejsca posiedzenia

nie jest możliwa, a dowód powinien zostać przeprowadzony poza budynkiem sądu, zastosowanie znajdzie art. 235 KPC.

Do zasady bezpośredniości podobnie odnosi się niemiecka doktryna prawa procesowego. Według jej przedstawicieli zasada ta jest zachowana, jeżeli orzeczenie sądu zostanie wydane na podstawie bezpośredniego wrażenia, jakie na sędziach wywarło postępowanie¹⁴. Postępowanie powinno być przeprowadzone w formie ustnej (§ 128 ust. 1 ZPO). Natomiast wyrok powinni wydać sędziowie, którzy prowadzili postępowanie. W literaturze podkreśla się, że ważnym aspektem zasady bezpośredniości jest bezpośrednie przeprowadzenie postępowania dowodowego. W tym zakresie niemiecka doktryna dzieli zasadę bezpośredniości na formalną i materialną¹⁵.

Zasada bezpośredniości formalnej dotyczy sposobu przeprowadzenia dowodów w procesie. Polega ona na tym, że dowody powinny zostać przeprowadzone przez sędziów osobiście (§ 355 ZPO), tylko wtedy bowiem mogą wyrzec na nich odpowiednie wrażenie. Natomiast materialna zasada bezpośredniości dotyczy środków dowodowych. Zgodnie z nią orzeczenie sądu powinno opierać się tylko na dowodach bezpośrednich. Za takie uważa się np. zeznania naocznych świadków. Bezpośredniego charakteru nie mają natomiast m.in. zeznania świadka, któremu informacja o jakimś zdarzeniu została przekazana przez inną osobę. Niemiecka ustawa procesowa nie przewiduje regulacji prawnych odnoszących się do materialnej zasady bezpośredniości. Dowody podlegają swobodnej ocenie przez sąd (§ 286 ZPO).

Postępowanie dowodowe na odległość według prawa polskiego

Wykorzystanie środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu cywilnym przewiduje art. 151 KPC. Zgodnie z § 1 tego przepisu posiedzenia sądowe odbywają się w budynku sądowym, a poza nim tylko wówczas, gdy czynności sądowe muszą być wykonane w innym miejscu albo

¹⁰ Por. K. Gajda-Roszczyńska, Postępowanie dowodowe przed sądem pierwszej i drugiej instancji, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz (red.), Dowody i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych, Warszawa 2015, s. 352.

¹¹ Por. K. Flaga-Gieruszyńska, Komentarz do art. 235 KPC, [w:] A. Zieliński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2016, s. 478; K. Markiewicz, Informatyzacja postępowania cywilnego – *de lege lata* i *de lege ferenda*, [w:] K. Markiewicz, A. Torbus (red.), Postępowanie rozpoznawcze w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego, Warszawa 2014, s. 405.

¹² Por. W. Siedlecki, *Inne naczeln...*, s. 63.

¹³ *Ibidem*, s. 63.

¹⁴ I. Gleußner, *Zivilprozessrecht*, Heidelberg 2014, s. 20; K. Schreiber, *Die Verfahrensgrundsätze im Zivilprozess*, Jura 2007, Nr 7, s. 503.

¹⁵ K. Geppert, *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren*, Berlin 1979, s. 136; K. Schreiber, *Die Verfahrensgrundsätze...*, s. 503.

gdy odbycie posiedzenia poza budynkiem sądowym ułatwia przeprowadzenie sprawy lub przyczynia się znacznie do zaoszczędzenia kosztów. Nowelizacją z 10.7. 2015 r. do art. 151 dodano § 2. Przepis ten stanowi, że przewodniczący może zarządzić przeprowadzenie posiedzenia jawnego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających jego przeprowadzenie na odległość. W takim przypadku uczestnicy postępowania mogą brać udział w posiedzeniu sądowym, przebywając w budynku innego sądu. W owym innym budynku mogą również dokonywać czynności procesowych, których przebieg transmituje się z sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie do miejsca pobytu uczestników postępowania oraz z miejsca pobytu uczestników postępowania do sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie.

Sposób przeprowadzenia postępowania dowodowego wyznacza art. 235 § 1 KPC. Wprowadza on zasadę, w myśl której dowody przeprowadza się przed sądem orzekającym. Oznacza to, że postępowanie dowodowe odbywa się przed całym składem sędziowskim, który wydaje wyrok w danej sprawie. Dzieje się to w budynku sądu. Wyjątkiem od zasady bezpośredniości jest możliwość przeprowadzenia dowodu w innym miejscu (sąd wezwany) albo przy okrojonym składzie sędziowskim (sędzia wyznaczony). Jak już wcześniej wskazano, ma to charakter wyjątkowy i wymaga spełnienia przesłanek określonych w art. 235 § 1 KPC¹⁶.

Uzasadnieniem zlecenia przeprowadzenia dowodu przez sąd wezwany albo przez sędziego wyznaczonego są względy celowościowe. Niektóre sprawy wymagają bowiem ustalenia pewnych okoliczności poza budynkiem sądu. Dotyczyć to może np. dowodu związanego ze sprawą o nieruchomości albo pochodzącego od świadka, którego stan zdrowia uniemożliwia stawienie się w sądzie. Takie rozwiązanie narusza zasadę bezpośredniości. Materiał dowodowy może ulec zniekształceniu, a tym samym mogą wystąpić problemy przy ocenie jego wiarygodności¹⁷. Ponadto angażowanie innych podmiotów generuje dodatkowe koszty postępowania, jest więc niezgodne z zasadą ekonomii procesowej.

W 2008 r. ustawodawca przyjął w Kodeksie postępowania cywilnego rozwiązanie, które pozwala na szerokie zastosowanie środków komunikacji elektronicznej. W art. 235 § 2 KPC przewidział mianowicie, że przeprowadzenie dowodu może nastąpić przy użyciu urządzeń technicznych, które umożliwiają dokonanie tej czynności na odległość. Sąd orzekający przeprowadza dowód przy udziale (w obecności) sądu wezwanego lub referendarza sądowego.

Przeprowadzenie dowodu następuje przede wszystkim w toku wideokonferencji (to znaczy przez przekaz obrazu i dźwięku na odległość). Wymagania techniczne sprzętu, za pomocą którego następuje transmisja, wskazuje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 24.2.2010 r. w sprawie urządzeń i środków technicznych umożliwiających przeprowadzenie dowodu na odległość postępowaniu

cywilnym¹⁸. Urządzenia techniczne powinny zapewniać dwukierunkową łączność w czasie rzeczywistym, a także integralność przekazu (§ 2 ust. 1 i 3 ŚrodTechR). Nagranie z przeprowadzenia dowodu na odległość zapisuje się na informatycznym nośniku danych. Nośnik ten powinien być w odpowiedni sposób zabezpieczony (§ 7 ŚrodTechR). Odtworzenie nagrania wymaga uczynienia odpowiedniej adnotacji, w której powinny zostać podane informacje o czasie odtworzenia, osobie dokonującej odtworzenia i osobach przy tym obecnych (§ 8 ŚrodTechR). Nagranie zapisane na nośniku może być kopiowane (§ 9 ust. 1 ŚrodTechR).

Warunkiem przeprowadzenia dowodu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej jest jedynie to, by charakter dowodu się temu nie sprzeciwiał. Rozwiązanie to nie wymaga więc spełnienia przesłanek dotyczących poważnej niedogodności lub niewspółmierności kosztów (art. 235 § 1 KPC). Środki komunikacji elektronicznej powinny być wykorzystane w każdym przypadku niemożności przeprowadzenia dowodu w siedzibie sądu. Urządzenia techniczne, które pozwalają na transmisję obrazu i dźwięku, umożliwiają sądowi orzekającemu uczestniczenie w przeprowadzeniu dowodu poza budynkiem sądu. Wykorzystanie środków komunikacji elektronicznej w procesie nie ogranicza więc zasady bezpośredniości postępowania dowodowego, na obejście której pozwala art. 235 § 1 KPC.

W świetle art. 235 § 2 KPC nad prawidłowością przeprowadzania dowodu przy użyciu środków porozumiewania się na odległość czuwa nie tylko sąd orzekający, lecz również sąd wezwany albo referendarz sądowy. Przepis ten zmieniono nowelizacją z 10.7.2015 r., która wejdzie w życie 8.9.2016 r. Otrzymał on brzmienie: „Jeżeli charakter dowodu się temu nie sprzeciwia, sąd orzekający może postanowić, że jego przeprowadzenie nastąpi przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających dokonanie tej czynności na odległość”¹⁹. Ustawodawca zrezygnował z wymogu przeprowadzania dowodu przez wideokonferencję w obecności sądu wezwanego lub referendarza sądowego. Ma to na celu usprawnienie postępowania dowodowego przez wyeliminowanie pośrednictwa innych podmiotów (sąd wezwany, referendarz sądowy), a równocześnie zapewnia realizację zasady bezpośredniości¹⁹.

Artykuł 151 § 2 KPC ma szerszy zakres zastosowania niż art. 235 § 2 KPC. Odnosi się bowiem do całego posiedze-

¹⁶ T. Demendecki, Komentarz do art. 235 KPC, [w:] A. Jakubecki (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2015, s. 341.

¹⁷ I. Wawrzynkiewicz, Ogólne zasady postępowania dowodowego, [w:] W. Kuberska (red.), Zbiór orzeczeń z zakresu prawa cywilnego procesowego wraz z komentarzem. Postępowanie przed sądem pierwszej instancji – rozprawa i postępowanie dowodowe, Kraków 2014, s. 262.

¹⁸ Dz.U. Nr 34, poz. 185; dalej jako: ŚrodTechR.

¹⁹ Por. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy Nr 2678, s. 18, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2678> (dostęp 20.1.2016 r.).

nia sądowego, nie zaś tylko do przeprowadzenia dowodu. Z drugiej jednak strony art. 151 § 2 KPC nie znajdzie zastosowania w sytuacji, gdy materiał dowodowy w sprawie nie może zostać dostarczony do budynku sądu, z którym komunikuje się sąd orzekający. Jeżeli więc konieczne jest np. przeprowadzenie oględzin nieruchomości, zastosowanie znajdzie art. 235 § 2 KPC.

Wprowadzenie w 2008 r. do Kodeksu postępowania cywilnego art. 151 § 2 oraz art. 235 § 2 wywołane zostało koniecznością dostosowania polskiego prawa procesowego do wymagań rozporządzenia (WE) Nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.7.2007 r. ustanawiającego europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń²⁰. W myśl art. 8 tego rozporządzenia sąd lub trybunał mogą przeprowadzić rozprawę w drodze konferencji wideo lub za pośrednictwem innych technologii komunikowania się, jeżeli pozwalają na to środki techniczne. Odstąpić od przeprowadzenia dowodu na odległość można jedynie z powodu braku urządzeń technicznych.

W poprzednim stanie prawnym doktryna wskazywała, że art. 151 KPC powinien być stosowany w każdym przypadku, w którym nie jest konieczne odwoływanie się do instytucji przeprowadzenia dowodu przez sąd wezwany lub sędziego wyznaczonego (art. 235 § 1 KPC)²¹. Artykuł 151 KPC zapewniał bowiem postępowanie zgodnie z zasadą bezpośredniości. Jeżeli więc możliwe było odbycie posiedzenia w innym miejscu niż budynek sądu, nie należało zlecać przeprowadzenia dowodu innemu sądowi lub sędziemu.

W świetle nowelizacji KPC z 2008 i 2015 r., które umożliwiły posługiwanie się środkami komunikacji elektronicznej w postępowaniu cywilnym, relacja art. 151 i 235 KPC uległa zmianie. Na odległość może być przeprowadzone zarówno całe posiedzenie, jak i tylko jego część obejmująca postępowanie dowodowe. Od decyzji sądu zależy więc, które rozwiązanie uzna za właściwsze. Jeżeli nie ma konieczności transmitowania całego posiedzenia sądu, wystarczające jest zaś przeprowadzenie dowodu na odległość za pomocą środków komunikacji elektronicznej, zastosowanie znajdzie art. 235 § 2 KPC. Dowód musi zostać przeprowadzony na odległość także wtedy, gdy nie jest możliwe przeprowadzenie go w budynku innego sądu (np. ze względu na chorobę świadka). Artykuł 151 § 2 oraz art. 235 § 2 KPC mogą więc być stosowane niezależnie.

Postępowanie dowodowe na odległość według prawa niemieckiego

W świetle § 128a ZPO sąd może zezwolić stronom i ich pełnomocnikom na to, by brały udział w posiedzeniu, mimo że znajdują się poza budynkiem sądu. Osoby te dokonują

czynności procesowych w miejscu swojego pobytu. Posiedzenie jest transmitowane w czasie rzeczywistym do sali sądowej oraz do miejsca pobytu stron. Transmisja obejmuje obraz i dźwięk. Zarządzenie przeprowadzenia posiedzenia na odległość może nastąpić na wniosek albo z urzędu. Jeżeli następuje z urzędu, wymaga zgody stron.

Ponadto sąd może na wniosek zarządzić przesłuchanie strony lub świadka albo złożenie ustnych wyjaśnień przez biegłego przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej²². Jeżeli strony w czasie przesłuchania znajdują się poza budynkiem sądu, to przeprowadzone na odległość przesłuchanie i wyjaśnienia są transmitowane również do miejsca, w którym te strony przebywają. Co do zasady transmisja posiedzenia i przesłuchania świadka nie jest zapisywana na trwałym nośniku danych²³. Decyzja sądu dotycząca przeprowadzenia posiedzenia albo określonego dowodu na odległość nie podlega zaskarżeniu.

Przeprowadzenie na odległość całego posiedzenia sądu oraz wybranego dowodu zostało unormowane w niemieckiej ustawie procesowej w jednym paragrafie. Wydaje się, że jest to rozwiązanie słuszne. W świetle § 128a ZPO nie ma wątpliwości, że posiedzenie odbywa się w toku wideokonferencji, jeśli strony lub ich pełnomocnicy nie mogą stawić się w budynku sądu. Przeprowadzenie dowodu na odległość jest ograniczone jedynie do środków dowodowych w postaci przesłuchania stron, zeznań świadków i dowodu z opinii biegłego. Jeżeli w sali sądowej nie może się pojawić strona, świadek albo biegły, ich zeznania (wyjaśnienia) mogą być złożone w innym miejscu przy wykorzystaniu środków komunikacji na odległość. Strony mogą znajdować się w innym miejscu niż świadkowie czy biegli. W takim przypadku transmisja przesłuchania świadka oraz biegłego jest przesyłana zarówno do sali sądowej, jak i do miejsca, w którym przebywają strony. Sama decyzja sądu w sprawie transmisji nie podlega zaskarżeniu, natomiast dopuszczalne jest podniesienie zarzutu co do tej decyzji w apelacji²⁴.

W ZPO nie rozstrzyga się, czy osoby uczestniczące w posiedzeniu sądowym przez wideokonferencję muszą znajdować się w budynku sądu. W doktrynie przyjmuje się, że miejsce, z którego prowadzona jest wideokonferencja, powinno znajdować się w Niemczech. Przepisy ZPO nie wykluczają przeprowadzania wideokonferencji z kancelarii profesjonalnych pełnomocników. Kancelarie te muszą być

²⁰ Dz.Urz. UE L Nr 199, s. 1.

²¹ Por. K. Flaga-Gieruszyńska, Komentarz do art. 235 KPC..., s. 478.

²² W dosłownym brzmieniu § 128a ZPO odnosi się do przesłuchania biegłego.

²³ A. Mülle, Grenzüberschreitende Beweisaufnahme im Europäischen Justizraum, Tybinga 2004, s. 29.

²⁴ Effektive Prozessführung durch Videokonferenztechnik, PAK Prozessrecht aktiv 2008, Nr 5, s. 75 i nast., <https://www.iww.de/pak/archiv/elektronischer-prozess-effektive-prozessfuehrung-durch-videokonferenztechnik-f38107> (dostęp z 20.1.2016 r.).

wyposażone w urządzenia techniczne kompatybilne z systemem wykorzystywanym przez sądy²⁵.

Zaletą wideokonferencji prowadzonych w trakcie postępowania jest oszczędność czasu i zmniejszenie kosztów postępowania. Niektórzy komentatorzy podkreślają jednak, że wykorzystywanie środków komunikacji elektronicznej w procesie ma wady. Sąd nie może bowiem osobiście zapoznać się ze stronami, a także z zeznaniami świadka i wyjaśnieniami biegłego. Wnioski, które wyciągnie z obserwacji posiedzenia przeprowadzanego na odległość, mogą więc być zniekształcone. Możliwość przeprowadzenia posiedzenia na odległość traktuje się jako wyjątek od zasady bezpośredniości. Strony procesu powinny więc rozważyć wady i zalety wideokonferencji przed wyrażeniem na nią zgody²⁶.

Pogląd ten należy uznać za nietrafny. Nowoczesne środki komunikacji na odległość zapewniają sądowi możliwość pełnego wglądu w zachowanie stron i innych osób, które uczestniczą w procesie na odległość. Podstawą zapewnienia bezpośredniości w przypadku wykorzystania środków komunikacji elektronicznej są odpowiednie systemy informatyczne i urządzenia techniczne.

Podsumowanie

Wykorzystywanie w postępowaniu cywilnym urządzeń technicznych, które umożliwiają prowadzenie postępowania na odległość, stwarza sądowi orzekającemu warunki do bezpośredniego zetknięcia się z materiałem procesowym, a jednocześnie przyspiesza postępowanie i obniża jego koszty. Jeżeli urządzenia elektroniczne spełniają odpowiednie wymagania techniczne, nie mają wpływu na kształt materiału procesowego. Sąd orzekający ma więc osobisty dostęp do dowodów w sprawie i może je prawidłowo ocenić. Zasada bezpośredniości jest więc w pełni zachowana.

Prowadzenie postępowania bez urządzeń elektronicznych powinno więc być ograniczone do przypadków, gdy korzystanie z nich jest niemożliwe, np. sąd nie dysponuje urządzeniami do prowadzenia wideokonferencji. Jeżeli urządzenia te znajdują w sądach szerokie zastosowanie, w niedalekiej przyszłości możliwa będzie marginalizacja przewidzianego w art. 235 § 1 KPC przeprowadzania dowodu w innym sądzie lub przez wyznaczonego sędziego.

²⁵ *Ibidem*.

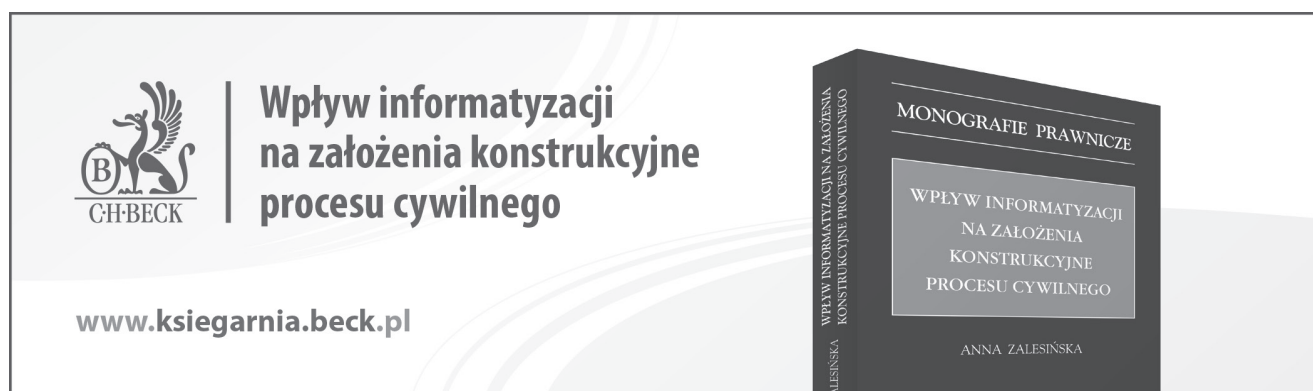
²⁶ I. Gleußner, *Zivilprozessrecht...*, s. 20.


Słowa kluczowe: zasada bezpośredniości, postępowanie na odległość, wideokonferencja.

Conducting Legal Distance Proceedings by Polish and German Law

Laws allowing a meeting of the court and the hearing of evidence law at a distance, significantly modify one of the basic rules of civil procedure, namely the principle of direct examination of evidence, which is the main way of familiarizing the court with procedural material gathered in the case. According to this principle the court takes cognizance of such material without any intermediate links, in particular without the mediation of others. Therefore, it has the possibility of a thorough examination of the evidence and can reach a fair verdict. The aim of this study is to determine – in the light of Polish and German law – whether and to what extent the distant evidence procedure also affects the principle of direct examination of evidence. The analysis will be covered particularly in the following law: article 151 § 2 and article 235 § 2 of the Code of Civil Procedure and § 128a acknowledgment receipt, which relate to the hearing of evidence law at a distance.

Keywords: principle of direct examination of evidence, distance proceedings, videoconference.



 **Wpływ informatyzacji
na założenia konstrukcyjne
procesu cywilnego**

www.ksiegarnia.beck.pl

MONOGRAFIE PRAWNICZE
WPLYW INFORMATYZACJI
NA ZAŁOŻENIA
KONSTRUKCYJNE
PROCESU CYWILNEGO
ANNA ZALESIŃSKA

Использование информационных технологий при альтернативном разрешении споров

Татьяна С. Таранова¹

Целью настоящей статьи является исследование проблемы использования информационных технологий при альтернативном разрешении споров. В статье обосновывается актуальность данной проблемы, используются диалектический, логический, сравнительно-правовой и другие методы исследования. Акцентируя внимание на процедуре переговоров, медиации и третейском разбирательстве, автор отмечает их значимость, но малую востребованность на практике, в частности, по причине недостаточной информированности и понятности для общества данных механизмов, недостаточного использования информационных технологий при обращении заинтересованных лиц с требованиями и для обмена информацией, а также непосредственно в процедуре урегулирования возникшего между сторонами правового конфликта. В статье автор анализирует положения международных документов, белорусского законодательства, делает вывод о необходимости совершенствования законодательства в аспекте расширения возможностей использования информационных технологий при рассмотрении споров с помощью альтернативных способов их урегулирования.

Введение

В последние годы интерес к способам альтернативного разрешения споров (далее – АРС) возрастает, что обусловлено разными причинами. Одной из них является развитие новых взглядов в обществе на проблемы правовых конфликтов и возможности их разрешения не только в суде, но и в ином, несудебном порядке. Использование альтернативных способов разрешения споров дополняет судебную защиту новыми механизмами, которые в некоторых случаях позволяют в упрощенном и ускоренном порядке урегулировать возникший между сторонами спор.

Другая причина развития альтернативных способов разрешения споров обусловлена тем, что развитие таких способов не только направлено на урегулирование конфликтов и защиту прав конфликтующих сторон, но и способно благотворно повлиять на правовую культуру общества, одним из инструментов совершенствования которой может выступать развитие способности участников правоотношений самостоятельно принимать действия, направленные на урегулирование возникшего конфликта.

Следующая причина связана с принятием законодательства, призванного стимулировать практику разрешения споров в третейских судах и урегулирование споров в процедуре медиации. В Республике Беларусь действует международный арбитражный (третейский) суд, деятельность которого регулируется Законом «О международном арбитражном (третейском) суде»². В последние годы приняты Закон «О третейских судах»³, Закон «О медиации»⁴, определяющие, какие споры разрешаются в национальных третейских судах

и могут быть урегулированы в процедуре медиации, в каких организационных формах осуществляется деятельность третейских судов и медиаторов, устанавливаются требования к третейским судьям и медиаторам, регламентируется третейское разбирательство и порядок проведения медиации. Также внесены изменения в процессуальное законодательство, предусматривающее возможность проведения процедуры медиации после возбуждения дела в суде общей юрисдикции.

Однако на практике не произошло широкого распространения АРС, и оно не стало таким же востребованным для разрешения споров как судебное разбирательство. Это обуславливает необходимость новых научных разработок, посвященных проблемам и перспективам развития альтернативных способов урегулирования правовых конфликтов, как новому и сложному правовому явлению, проведения анализа причин, препятствующих востребованности АРС на практике, совершенствования законодательства с учетом информационных, организационных и иных возможностей применения АРС в современных условиях развития общества.

¹ Заведующая кафедрой гражданско-правовых дисциплин Белорусского государственного экономического университета Республики Беларусь, Минск.

² Закон Республики Беларусь от 9.7.1999 № 279-З «О международном арбитражном (третейском) суде» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 30.7.1999, N 56, 2/60.

³ Закон Республики Беларусь от 18.7.2011 № 301-З «О третейских судах» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 25.7.2011, N 83, 2/185.

⁴ Закон Республики Беларусь от 12.7.2013 № 58-З «О медиации» // Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 23.7.2013, 2/2056.

Развитие. Соединение рассмотрения споров в медиации с возможностями информационных технологий.

В законодательстве недостаточно уделяется внимания использованию информационных технологий в сфере АРС. Вместе с тем одним из направлений повышения эффективности деятельности альтернативных способов урегулирования правовых конфликтов может являться соединение потенциала АРС и современных информационных технологий в целях использования информационного пространства для доступности информации заинтересованным лицам о возможностях внесудебного урегулирования споров; применения информационно-коммуникационных технологий для подачи обращений и документов, необходимых для проведения АРС; проведения процедур урегулирования спора с помощью электронных средств.

Информация о возможности урегулирования споров с помощью альтернативных способов может быть представлена в сети Интернет на электронных сайтах организаций, осуществляющих различные виды деятельности. При этом необходимо отметить актуальность применения процедур АРС и использования информационных технологий для разрешения потребительских споров. В Директиве 2013/11/ЕС Европейского парламента и Совета об альтернативных способах разрешения потребительских споров от 21 мая 2013 г. и дополнении Постановления (ЕС) № 2006/2004 и Директивы 2009/22/ЕС⁵ (далее – Директива 2013/11/ЕС) указывается, что обеспечение доступа к простым, эффективным, быстрым и недорогим способам разрешения внутренних и международных споров, возникающих из договоров купли-продажи или оказания услуг, способно принести пользу потребителям и повысить уверенность в надежности рыночных отношений. Доступ к альтернативным способам разрешения споров должен использоваться по сделкам, заключенным в режиме онлайн и офлайн, что особенно важно для трансграничных сделок. Однако в сфере потребительских споров механизм АРС еще недостаточно развит и о нем мало известно продавцам и потребителям, а качественные уровни АРС значительно различаются в разных государствах. Это может препятствовать трансграничным сделкам. В Директиве 2013/11/ЕС указывается о необходимости доступности АРС для всех типов внутренних и международных споров, о развитии интегрированной структуры урегулирования споров онлайн (ОРС), создании платформы для ОРС, обеспечивающей потребителям и продавцам возможность для внесудебного урегулирования споров онлайн с помощью организаций, полномочных на проведение процедуры альтернативного разрешения споров.

Директива 2013/11/ЕС устанавливает, что при возникновении спора потребителям должна обеспечиваться возможность быстро получить информацию об организациях АРС, компетентных рассматривать спор, а также о том, согласен ли продавец участвовать в процедуре урегулирования спора. Предусматривается обязанность продавцов, согласных на рассмотрение спора, информировать потребителей об адресе и веб-сайте организации АРС. Эта информация должна быть предоставлена в ясной, понятной и легкодоступной форме на веб-сайте продавца. Кроме того, там должна быть указана и дополнительная информация о возможных внутренних процедурах урегулирования споров с потребителями, без обращения в организации АРС.

Урегулирование споров с помощью различных онлайн сервисов (online dispute resolution) вначале использовалось для урегулирования споров, с участием потребителей, возникающих в сфере электронной торговли в сети интернет. Затем урегулирование споров с помощью онлайн сервисов распространилось на споры, связанные со страховыми возмещениями, расторжением контрактов, споры, возникающие в сфере розничной торговли, строительстве. Организации, традиционно обеспечивающие предоставление услуг по альтернативному разрешению споров, зачастую используют online технологии для совершенствования АРС, в том числе для предоставления документов⁶.

Признается, что в своем большинстве онлайн медиации более подходят для медиации, в которой стороны содействуют процессу (facilitative mediation), чем для оценочной медиации (evaluative mediation)⁷. Некоторые дела остаются более приемлемыми для традиционной медиации, например, дела о причинении вреда, в которых пострадавшему может понадобиться продемонстрировать характер причиненного вреда⁸.

Несмотря на удобство для сторон, проведение электронного урегулирования споров в медиации может иметь недостатки, связанные с различиями в компьютерном оснащении, различными способностями участников медиации и самого медиатора использовать интернет или онлайн информационные ресурсы. Кроме того, урегулирование споров с помощью онлайн сервисов не может предложить такой же тип непосредственности, спонтанности действий, который

⁵ Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 On Alternative Dispute Resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC // <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0011> (дата доступа: 25.1.2016).

⁶ J.E. Grenig, *Alternative...*, с. 47–48.

⁷ K.K. Kovach, *Mediation...*, с. 296.

⁸ J.W. Cooley, *The Mediator's Handbook...*, с. 353.

свойственен личному общению и устному обсуждению вопросов. По мнению российского исследователя, президента Научно-методического центра медиации и права Ц.А. Шамликашвили, при проведении онлайн-медиации не учитывается такой важный аспект, как невербальное общение и не всегда онлайн-медиация способна дать тот же результат, который достижим в традиционных формах медиации и это может способствовать усугублению конфликтной ситуации⁹. Кроме того, признается, что некоторые типы споров не могут разрешаться в кибермедиации, например, когда важное значение придается степени доверия к сторонам.

Информация, касающаяся медиации, может передаваться с помощью электронных сообщений и направляется получателю по его специальному электронному адресу. Также информация может быть послана сразу нескольким получателям broadcasting. Многие системы и визуально и с помощью звука извещают получателя, что он получил некую информацию. Полученная информация может быть выведена на печатный носитель, сохранена в текстовом формате, направлена другим лицам, либо удалена в случае ненадобности¹⁰.

Информационные технологии могут способствовать более широкому применению возможностей внесудебного рассмотрения споров по делам, возбужденным в судах общей юрисдикции. В настоящее время в белорусском гражданском процессуальном законодательстве содержится ряд статей, посвященных медиации, которая может быть проведена после возбуждения дела в суде, а также порядку утверждения судом заключенного сторонами соглашения. В Гражданском процессуальном кодексе Республики Беларусь¹¹ (далее – ГПК) устанавливается, что при подготовке дела к судебному разбирательству и на стадии судебного разбирательства судья должен разъяснять сторонам их право на добровольное урегулирование спора путем заключения мирового соглашения либо применения медиации на любой стадии судебного разбирательства, а также право сторон на обращение за разрешением спора в третейский суд, а также последствия таких действий. Если в процессе рассмотрения дела стороны считают возможным рассмотреть дело в медиации и заключат в связи с этим соглашение о применении медиации, суд обязан приостановить производство по делу и установить срок проведения медиации. В случае заключения сторонами медиативного соглашения и поступления в связи с этим в суд заявления об утверждении мирового соглашения, отказа истца от иска, о признании иска ответчиком, суд должен возобновить приостановленное производство по делу и рассмотреть поступившее заявление (ст. 160, 262, 280, 285, 285-1 ГПК).

Вместе с тем стороны не часто прибегают к применению процедуры медиации и других способов АРС по делам, уже возбужденным в судах общей юрисдикции. Информация о медиации, о которой стороны зачастую узнают уже после подготовки и направления в суд искового заявления, возбуждения дела в суде, вряд ли способна своевременно сориентировать субъектов правоотношений на использование альтернативных способов урегулирования спора. С учетом того, что несудебные формы урегулирования конфликтов не являются в настоящее время изолированными от суда, такая существенная для сторон информация может указываться на информационных стендах суда и создаваемых официальных веб-сайтах суда, содержащих, в частности, сведения о медиаторах и организациях, предоставляющих медиативные услуги, условиях оплаты вознаграждения медиатору и особенностях процедуры медиации.

Не менее важным вопросом для развития АРС является использование информационных технологий в целях упрощения и ускорения обмена информацией между заинтересованными сторонами и организацией (нейтральным лицом), компетентной рассматривать правовые конфликты с применением АРС, в частности, при электронной подаче обращений и прилагаемых к ним документов, необходимых для проведения АРС.

В ст. 5 главы II Директивы 2013/11/ЕС указывается, что организации АРС должны иметь обновляемые веб-сайты, предоставляющие сторонам легкий доступ к информации относительно процедуры АРС, позволяя потребителям предъявить требования и подать необходимые документы в приложении в онлайн и офлайн режиме, обмениваться сторонам информацией между собой с помощью электронных средств, в условиях обеспечения сохранности передаваемых данных.

Применение информационных технологий в третейском разбирательстве

В электронной форме иск и иные необходимые документы могут направляться при урегулировании спора и при применении другой формы АРС – арби-

⁹ Саморегулирование в медиации: новый этап интегрирования примирительных процедур в российское общество (интервью с Ц.А. Шамликашвили, президентом Научно-методического центра медиации и права) // Справ.-правовая система КонсультантПлюс: Россия. ВерсияПроф [Электронный ресурс]. М., 2015 (дата доступа: 15.12.2015).

¹⁰ J.W. Cooley, *The Mediator's Handbook...*, с. 335, 341, 353.

¹¹ Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь Кодекс от 11.1.1999 N 238-3 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 17.3.1999, № 18–19, 2/13.

тража (третейского суда), осуществляющего разрешение спора с помощью независимого нейтрального лица (арбитра), который выносит решение по делу.

Документы, направляемые в третейский суд в электронной форме, могут выступать в качестве доказательств по делу. В процессуальном законодательстве доказательства в электронной форме относятся к письменным доказательствам (ст. 192 ГПК). Как и другие доказательства, доказательства в электронной форме, направляемые в третейский суд, должны обладать свойствами относимости и допустимости. В соответствии со свойством относимости доказательство в электронной форме должно иметь значение для дела. Для соответствия требованию о допустимости доказательств документы, полученные с помощью электронной, вычислительной и другой техники, должны быть надлежаще оформлены, и позволять достоверно установить, что документ исходит от определенного лица. Электронный документ в качестве доказательства допускается для подтверждения различных фактов, за исключением тех, которые в силу закона должны подтверждаться определенными средствами доказывания, указанными в законе.

Электронные документы могут предоставляться в суд на бумажном носителе или в электронной форме, если суд не установил иное. При этом форма внешнего представления электронного документа на бумажном носителе считается идентичной по содержанию общей части соответствующей формы внешнего представления электронного документа при наличии условий о том, что электронная цифровая подпись электронного документа подтверждается путем применения сертифицированных средств электронной цифровой подписи с использованием открытого ключа проверки электронной цифровой подписи лица, подписавшего соответствующий электронный документ; форма внешнего представления электронного документа на бумажном носителе представлена в доступной и понятной для восприятия человеком форме и однозначно соответствует общей части формы внешнего представления электронного документа (п. 4 постановления Совета Министров Республики Беларусь от 20 июля 2010 г. № 1086 «Об утверждении Положения о порядке удостоверения формы внешнего представления электронного документа на бумажном носителе»¹²).

Третейское разбирательство в постоянно действующем третейском суде, а также в третейском суде, созданном для разрешения конкретного спора, может осуществляться посредством системы онлайн. Электронный онлайн-арбитраж становится популярен в международном арбитраже в связи с развитием ин-

тернет-торговли. Причиной для этого является гибкость процедуры и отсутствие необходимости следовать строгим процессуальным требованиям. Наиболее часто используется электронный онлайн-арбитраж в необязательном арбитраже, в котором выносится решение рекомендательного характера, которое не является обязательным для сторон¹³.

Видеоконференции и иные электронные средства могут применяться при проведении медиации, арбитража, а также переговоров и других способов несутного урегулирования споров.

Использование информационных технологий в переговорах

Термин «электронное урегулирование споров» может охватывать различные способы разрешения споров, основанные на применении электронной поддержки и технологии информационной доставки (information-delivery technology) не только при использовании технологий видеоконференций, интернета, но и при проведении телефонных конференций, использовании голосовой связи, факсов.

Переговоры признаются основой для многих других видов альтернативного разрешения споров. Урегулирование спора по телефону может использоваться при проведении переговоров, которые называют телефонными переговорами (telephone negotiation), медиации (медиация по телефону – telephone mediation), при проведении арбитража (телефонный арбитраж – telephone arbitration)¹⁴. Распространение в сфере переговоров таких конструкций обусловлено удобством их использования для сторон. Телефонные переговоры, как и переговоры, в месте проведения которых непосредственно присутствуют стороны, осуществляются с применением одинаковой техники проведения переговоров. В телефонных переговорах должны соблюдаться стадии, присущие традиционным переговорам (ориентирование и позиционирование; аргументация; появление кризиса; соглашение или прекращение переговоров)¹⁵.

¹² Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 20.07.2010 N 1086 «Об утверждении Положения о порядке удостоверения формы внешнего представления электронного документа на бумажном носителе» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 2.8.2010, № 183, 5/32219.

¹³ С.А. Курочкин, Современная доктрина международного арбитража: краткий обзор основных направлений развития системы транснациональной юрисдикции, Закон, 2015. № 10, С. 35–47, с. 45.

¹⁴ J.W. Cooley, The Mediator's Handbook: Advanced Practice Guide For Civil Litigation. Second Edition. Nita 2006. 510 с., с. 339–340.

¹⁵ G.R. Williams (ed.), Legal negotiation and settlement, West Publishing Co. 1983. 207 с., с. 70–72.

Телефонные переговоры обычно вовлекают более краткие обмены информацией и исключают визуальный контакт. Краткость обмена информацией иногда признается полезной при применении тактических приемов, которые помогают преодолевать появляющиеся препятствия в ведении переговоров (например, проявление грубости переговорщика)¹⁶.

Считаются не совсем приемлемыми для телефонных переговоров мобильные телефоны, которые, обычно используются для более кратких разговоров, и которые заставляют иногда вести разговор более тихо для того, чтобы не привлечь внимание присутствующих.

Среди недостатков телефонных переговоров можно отметить то, что обмен информацией по телефону носит менее непосредственный характер, чем личное общение, и это может способствовать использованию сторонами открытой состязательной и сознательно обманчивой тактики. Также в телефонных переговорах стороне более легко без особой аргументации отклонить предложения, высказанные второй стороной. Считается, что в телефонных беседах труднее создавать психологические основания для принятия совместного соглашения.

С развитием сети интернет и факсимильной связи их возможности все больше используются при урегулировании споров в несудебном порядке. Считается, что поскольку бизнес и потребители действуют в уникальном пространстве – киберпространстве, то, вполне естественно, что в этом же пространстве могут разбираться и их споры¹⁷. Киберпространство (cyberspace) используется при описании нефизического, виртуального пространства, создаваемого компьютерными системами. Как и физическое пространство, киберпространство содержит определенные объекты, включая письма, графику и др. и использует различные способы передачи и доставки информации¹⁸.

Сетевая технология переговоров (Cybersettle's web-based Transactional Negotiation technology) облегчает урегулирование денежно-кредитных споров между двумя или больше сторонами. Стороны получают конфиденциальные пароли и вносят свои предложения по зашифрованному программному обеспечению. После того, как одна из сторон внесет три конфиденциальных предложения, cybersettle.com обращается к другой стороне также представить свои предложения. После получения необходимой информации, компьютерная программа сравнивает представленные сторонами предложения и автоматически разрешает дело¹⁹. Данная сетевая технология переговоров помогает сторонам провести переговоры по конфликтам, возникшим

в области здравоохранения (при взыскании с пациента задолженности), страхования, в коммерческой сфере²⁰.

Переговоры могут проводиться с помощью писем, посланных электронной почтой или факсом. Несмотря на ряд преимуществ – быстрота, удобство для сторон, возможность общаться независимо от расстояния и др., такие переговоры могут иметь недостатки, состоящие в том, что:

- в целом, использование писем, электронной почты и факса является трудоемким процессом. Каждое сообщение должно быть подготовлено и тщательно проверено, прежде чем его направят другой стороне. Оппонент должен также все вычитать и подготовить свой ответ. Вследствие определенности, присущей письменным документам, выразить позиции в письменной форме зачастую бывает более тяжело, чем высказать их по телефону или во время личной беседы²¹;
- при устной беседе как словесные, так и бессловесные сигналы могут свидетельствовать об отношении к определенным моментам (кивки головой, интонация, контакт глаз и др.). Письменные документы только изредка могут передать эту критическую информацию. Письменные общения имеют тенденцию достигать менее эффективные результаты, чем при личном общении по причине отсутствия эффективного сотрудничества;
- письмо, в том числе, отправленное по электронной почте или факсу, может быть неправильно истолковано. В связи с этим на неправильно понятое письмо может быть направлен отрицательный ответ. В дальнейшем ситуация с антагонистическими ответами может усиливаться. Если стороны общаются лично или по телефону, то они могут сразу же уточнить то, что им показалось непонятным в позиции оппонента. Тем самым минимизируются проблемы недопонимания при общении²²;
- если в письмах, включая посланные по электронной почте или факсу, содержится информация, которая не должна быть доступна другим лицам, должны приниматься дополнительные меры по обеспечению ее конфиденциальности.

¹⁶ Ch.B. Craver (ed.), *Effective legal negotiation and settlement*, 7th ed., LexisNexis 2012/el.. 430 с., с. 5.

¹⁷ K.K. Kovach, *Mediation*. Thomson/West 2003. 355 с., с. 296.

¹⁸ J.W. Cooley, *The Mediator's Handbook...*, с. 335.

¹⁹ J.E. Grenig, *Alternative dispute resolution*, third ed. Vol. 1. Thomson/West 2005. 786 с., с. 61.

²⁰ Online Settlement and Payment Solutions [Electronic resource], <http://www.cybersettle.com> (дата доступа: 25.4.2013).

²¹ Ch.B. Craver (ed.), *Effective...*, с. 233.

²² Ch.B. Craver (ed.), *Effective legal negotiation and settlement*, 6th ed., LexisNexis/el. 2009. 431 с., с. 204–205.

При передаче информации с помощью электронных сообщений, может возникать проблемная ситуация, связанная с тем, что стороны невольно передают и другую важную информацию, которая не является очевидной, и которую отправитель не хотел доводить до получателя. Электронная информация, относящаяся к электронному документу, состоит из двух частей: самого электронного документа и метаданных²³. Каждое нажатие клавиши компьютера, удаление или дополнение информации записывается в электронных метаданных (metadata), т.е. данных о программных характеристиках документа, связанных с определенным вопросом. Стороны, которые знают, как раскрыть электронный документ для извлечения информации, могут узнать, как документы готовились и редактировались, и даже определить, какие редакционные правки вносились в документ лицами, изучавшими проекты документов. Существуют несколько способов, которые помогают предотвратить нежелательное раскрытие метаданных. Возможно использование программного обеспечения, предназначенного для исключения метаданных из документов, до того, как они направляются.

Также можно направить документы в PDF-формате либо создать новый документ, в который затем вставить имеющийся документ²⁴.

Выводы (Заключение)

В заключении можно указать, что развитие новых правовых механизмов, способных защитить права и законные интересы граждан и организаций, обуславливает развитие альтернативных способов урегулирования споров, совершенствование законодательства в этой сфере с учетом новых информационных технологий, создавая дополнительные условия сторонам для поиска оптимальных решений и сглаживания конфликтных ситуаций, координации интересов различных субъектов материальных правоотношений, повышения востребованности АРС на практике, уменьшения нагрузки судов.

²³ А.В. Гребельский, Электронные доказательства в международном коммерческом арбитраже, Закон. 2015. №19. с. 59–70, с. 64.

²⁴ Ch.B. Craver (ed.), Effective legal negotiation and settlement, 7th ed. LexisNexis/el. 2012. 430 с., с. 234–235.

Use of the informational technologies at the alternative dispute resolution

The aim of the article is the research of problem of use of informational technologies at the alternative dispute resolution. The study proves the novelty and relevance of this problem. The author of the article used dialectic, logical, comparative-legal as well other methods of research. The author concentrates on procedure of negotiations, mediation and arbitration, she notes their importance and a small demand in practice, in particular, because of insufficient knowledge and comprehensibility for society of these mechanisms, insufficient use of information technologies with respect to interested people with needs and for exchange of information, as well as directly in the procedure of settlement of the legal conflict which has arisen between the parties. In the article the author analyzes provisions of international documents, the Belarusian legislation, she draws a conclusion about the need of improvement of the national legislation for the aspect of expansion of opportunities to use informational technologies at the alternative dispute resolution.

Key words: information technologies, alternative dispute resolution, mediation, arbitration, negotiations, court, civil procedure.


Beck Akademia
seminaria • szkolenia • e-learning



Sprawdź najbliższe szkolenia i terminy:

>> www.akademia.beck.pl <<

Online Mediation. Eine Antwort auf digitalisierte Lebensräume und Streitigkeiten im XXI Jh.?

dr. iur. Katarzyna Schubert-Panecka¹

In der Ära einer digitalisierten Wissensgesellschaft, die insbesondere eine hohe Komplexität und Unvorhersehbarkeit ausmachen, hält man/frau vermehrt nach alternativen Streitbelegungsformaten Ausschau, die diese Gegebenheiten berücksichtigen und gleichzeitig schnelle wie faire Lösungen unterstützen. Als eine Komponente der Online Dispute Resolution' (ODR) und darunter der ‚E-Mediation‘ (EM) wird ‚Online Mediation‘ (OM) als ein solches Format thematisiert und im Folgenden in ihrer Entstehung, Möglichkeiten und Einschränkungen beschrieben.

Vorbemerkungen

Mediation, in den letzten Dekaden national wie auch in der EU gesetzlich geregelt und bei der Bevölkerung ihrer Mitgliedsstaaten zunehmend bekannt, wird mit der steigenden Digitalisierung in der Welt in einer neuen Dimension erlebbar. In westlichen Gesellschaften als ein Verfahren konzipiert, in welchem die Medianten/innen darin unterstützt werden, eine (beim Bedarf rechtskräftige) Lösung ihres Streitiges zu erreichen, fand Mediation zunächst in einem persönlichen Kontakt aller Beteiligten (offline) bzw. nur mit der Mediatorin statt (shuttle mediation, incl. join and private sessions). Seit einiger Dekaden wird dennoch im Rahmen einer internetbasierten außergerichtlichen Streitbeilegung (ODR) auch die OM ausprobiert, erforscht und weiterentwickelt. Als eine Art Distanzkonfliktlösung mit Hilfe eines professionellen Dritten, der die Parteien an geographisch unterschiedlichen Orten (und Schreibtischen) von seinem Computer aus begleitet, gilt es zuerst die OM von anderen Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung abzugrenzen. Anders nämlich als diese, basiert das Mediationsmodell auf der Eigenverantwortung der Medianten/innen und ihrem Interesse, eine zukunftsorientierte und nachhaltige Lösung ihres Themas zu finden. Während dessen wird sowohl beim Schlichtungsmodell, wo ein neutraler Vermittler zwischen dem Klienten und dem Händler agiert und eine Lösung vorschlägt, als auch beim Schieds-/Ombuds-Modell, wo der Vermittler eine bestimmte Lösung verbindlich vorgibt, diese Eigenverantwortung eingeschränkt und die inhaltliche Expertise des Vermittlers in Anspruch genommen.

Entstehung, Regelung und Charakteristik der OM

Anfang der 90er Jahre tauchte der Begriff OM im Usenet (User Network) auf, wo ihn Helie in seinem Konferenzbeitrag der NewsGruppe erwähnte: „It is our dream that someday we will be able to provide an electronic vehicle

for the processes that our users practice. Online mediation, consensus building, meeting facilitation, arbitration (...)”².

Seither entstanden diverse Projekte zur planmäßigen Nutzung des Internets für Konfliktlösung, die von automatischen Beschwerdemanagementsystemen, über Video-Konferenzen und -Verhandlungen bis hin zu ganzen Programmen für OM reichten. Nicht zuletzt durch die Integration eines digitalisierten Daseins in vielen Ländern und der Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT) unterstützt, in dem Milliarden von Menschen online miteinander in Kontakt treten, Mobilien, Immobilien wie Dienstleistungen ein- wie auch verkaufen und ihre Geschäfte abwickeln, bzw. weltweit an Hochschulen lernen oder ... sich verlieben, ohne ihren Schreibtisch zu verlassen³. Einen Bedarf, für diesen komplexen Austausch alternative Streitbelegungsverfahren zur Verfügung zu stellen, damit dessen Fluss und die Zufriedenheit der Beteiligten zu stärken, erkennen sowohl die Unternehmer/innen als auch die nationale wie supranationale Legislative vielerorts. Im Jahr 1999 testet z.B. das Online-Auktionshaus Ebay die EM in den USA und berichtet, inzwischen mehrere Hun-

¹ Dr. iur. Katarzyna Schubert-Panecka ist polnische Juristin, die nach ihrer Promotion und in der Praxis früh das Potential der Mediation erkannt hat und seit 2008 als zertifizierte internationale Wirtschaftsmediatorin Unternehmen und Führungskräfte in Deutschland, in Polen wie auch in anderen Ländern unterstützt. Als Mitgründerin der Forschungsgruppe Mediation, Sprecherin der Fachgruppe Polen der Fördergemeinschaft Mediation D A CH, Schiedsrichterin beim Wiener Zentrum für Schiedsgerichtsbarkeit, Dozentin und Business Coach setzt sie sich für die Verständigung von einzelnen Personen und Organisationen ein. Offline wie auch – zunehmend – online., vgl. www.schubert-panecka.eu.

² OS Plattform: <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.chooseLanguage> (letzter Zugriff am 18.5.2016).

³ Diese Entwicklung erscheint umso spannender als während in 2000 noch eine halbe, in 2014 drei und in 2020 voraussichtlich fünf Milliarden Menschen im Internet surf(t)en werden. D.h. 75% der Bevölkerung auf der Erde wird einen Zugang zum Internet haben, so dass es für manche Menschen eine Frage der Zeit zu sein scheint, wann die künstliche Intelligenz die menschliche übertreffen und einen direkten Einfluss auf unseren Umgang mit Konflikten haben wird. Nach Andreesen „(...) software is going to eat the world“ (C. Rule, A Future of Social Technology In Support of Peace & Justice, 2014: <http://www.onlinemediators.com/pfriendly.cfm?id=11114> (letzter Zugriff am 20.5.2016) und ein Schritt zuvor wird vielleicht der Zugang zum Internet zu einem Menschenrecht.

dertausend Fälle erfolgreich abgewickelt zu haben. Online Händler/innen aus unterschiedlichen Branchen verfügen in ihrem Service über mediationsanaloge Angebote, die sich zwar von der OM *sensu stricto* insofern unterscheiden, als die Anbieter selbst eine weisende Rolle annehmen und die Beteiligten wenig Einfluss auf deren Entscheidung haben. Sie bewahren dennoch einen alternativen Streitbeilegungscharakter.

Die EU-Legislative ist wiederum an dem Vertrauen des Verbrauchers in die E-Commerce interessiert⁴ und daher insbesondere darum bemüht, den Verbraucherschutz und darin auch einen schnellen und fairen Zugang zur ADR, darunter zu ODR zu stärken:

„(...) The recommendations – echoing the EU Directive of 2008 and the Regulation of 2013 – reflect the need to respond to the gap in consumer protection, given the reality of high volume-low value disputes, in which the costs of litigation far outweigh the value of the goods or services in question and, in any event, the online nature of the bulk of these transactions means that there would be jurisdictional barriers to access to formal justice”⁵.

Dabei will man/frau, der online wie offline Mediation u.a. durch Trainings der Medianten/innen eine gewisse Einheitlichkeit verleihen, sie durch das Vertraulichkeitsprinzip mit Sicherheit und durch die Vollstreckbarkeit mit Durchsetzbarkeit ausstatten. Um dies zu unterstützen, wurden die komplementären Regelungen eingeführt:

- 1) Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über alternative Streitbeilegungsverfahren in Verbraucherangelegenheiten⁶. Diese RL regelt Streitigkeiten über vertragliche Verpflichtungen zwischen Verbraucher/-innen und Unternehmer/-innen, die sich sowohl aus online als auch aus offline geschlossenen Kauf- oder Dienstleistungsverträgen in allen Wirtschaftssektoren ergeben. Einen Schutz finden hier diejenigen Verbraucher/innen, die sich in der gesamten EU an alternative und unabhängige Streitbeilegungsstellen (AS-Stellen) wegen aller Streitigkeiten im Rahmen der o. a. vertraglichen Verpflichtungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern wenden und diese binnen 90 Tagen z.B. in einer Mediation lösen können.
- 2) Verordnung (EU) Nr. 524/2013 über die Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten⁷, kraft welcher am 15.2.2016 die Online-Streitbeilegungs-Plattform (OS-Plattform) freigeschaltet worden ist (s. Linkverzeichnis).

In Deutschland ist außer dem Mediationsgesetz zur allgemeinen Regelung des Verfahrens vom 2012⁸ das Gesetz zur Umsetzung der ADR-RL und Durchführung der ODR-VO am 25.2.2016 (teilweise zum 1.4.2016) im BGB, I S. 254 in Kraft getreten. Laut dieser Regelung müssen alle EU-Onlinehändler/innen spätestens am 1.2.2017 im Rahmen ihres

Internetauftritts auf diese Plattform hinweisen und diese verlinken. Es sei denn, dass sie mit den Verbrauchern/innen Verträge via Internet abschließen. Dann gilt der Verweis auf die OS-Plattform bereits jetzt (d.h. seit dem Inkrafttreten des letztgenannten Gesetzes). Über die mit der Plattform eingerichtete Webseite sollte eine zentrale Anlaufstelle zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten aus Online-Rechtsgeschäften entstehen, in diesem Fall sowohl für Verbraucher/innen als auch für Unternehmer/innen.

Haben auch weitere Mitgliedsstaaten die europäischen Regelungen implementiert, stellt sich die Frage, wie sich die daraus folgende Praxis der ODR, insbesondere der OM grenzüberschreitend entwickeln wird. In diesem Sinne kann die Charakteristik der OM lediglich als eine Momentaufnahme betrachtet werden, die mit der steigenden Technologisierung unserer Gesellschaften, mit der Reflexion deren Einflusses auf unser Leben und Arbeit als auch justiziablen Reaktionen auf diese sicherlich weitere Umgestaltung erfahren wird. Im Moment greift OM – anders z.B. als EM, die sich zumeist auf eine Korrespondenz via E-Mail beschränkt – zusätzlich auf weitere Hilfsmittel wie Medien zu, die den Kontakt zwischen den Parteien und damit auch deren Verständigung unterstützen sollen. Anstatt also nach Polen zu fliegen, um dort die deutsch- und die polnischstammigen Parteien oder in einer deutschen Großstadt fünfzehn Führungskräfte aus Deutschland, Großbritannien und den Niederlanden an einem Ort zu mediieren, treffen wir uns zunächst im Rahmen der OM in der virtuellen Welt, jede/r vom eigenen Schreibtisch aus. Dazu werden außer der elektronischen oder telefonischen Auftragsklärung (Prämediation), für die Mediation selbst audio bzw. audio-video basierte Plattformen genutzt, die auf maßgeschneiderte Software-Lösungen zurückgreifen und die Nachrichtendienste (Chat und Diskussionsforen) als auch Archivierung von Dokumenten inkludieren. Nur folgerichtig bezeichnen Märker und Trénel OM als „ein soziotechnisches System, in dem die technische Komponente (Soft- und Hardware) naturgemäß die soziale Komponente

⁴ So werden ADR und ODR von verschiedenen staatlichen und wirtschaftsnahen Organisationen propagiert, außer der EU-Kommission durch die OECD und die US Federal Trade Commission. Vgl. dazu Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr vom 8.7.2000, Art. 17.

⁵ I. MacDuff, Changing the Architecture of Justice: ODR, Dispute Resolution and Design, 2015: <http://www.mediate.com/articles/MacDuffbl20150227.cfm> (letzter Zugriff am 20.5.2016).

⁶ ADR-RL, ABl. EU 2013 Nr. L 165, s. 63.

⁷ ODR-VO, ABl. EU 2013 Nr. L 165, s. 1.

⁸ K. Schubert-Panecka, Ustawowa regulacja mediacji w Republice Federalnej Niemiec: szansa czy przeszkoda rozwoju tego postępowania?, Arbitraż i Mediacja 2015, Nr 3 (31), s. 71–90.

⁹ O. Märker, M. Trénel (Hrsg.), Online-Mediation. Neue Medien in der Konfliktvermittlung – mit Beispielen aus Politik und Wirtschaft, Berlin 2003. Vgl. auch A. Rickert, Der Faktor Vertrauen als Erfolgskriterium in der audio-video-basierten Online Mediation, http://www.themediators.ch/wp-content/uploads/2014/10/artikel_dwm_online_mediation.pdf, s. 2 (letzter Zugriff am 18.5.2016).

(Beziehungsebene) beeinflusst⁹⁹. Die Art und das Gelingen der Kommunikation über den Computer ist daher direkt damit verbunden, wie sich die Interaktion und damit auch die Beziehung der Medianten/innen zueinander (weiter-) entwickelt, ob eine Deeskalation und ein Zueinanderfinden erreicht werden oder eben nicht. Weil verbale, non-, para- und extraverbale Kommunikation eine Art essentialia negotii der Mediation darstellen, gilt es dieser besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

Weitere Prinzipien der Mediation wie die Informiertheit über das Verfahren, die Vertraulichkeit und absolute Neutralität in der Sache sowie vielseitige Parteilichkeit der Mediatorin gegenüber allen Beteiligten. Ferner gehören hierzu wie in Präsenzverfahren die Freiwilligkeit und die Eigenverantwortung der Medianten/innen, die noch ausdrücklicher vor-, während und nach der OM seitens aller Beteiligten geklärt und respektiert werden müssen. Zuweilen stellt dies eine höhere Herausforderung an die O-Mediatorin als in einer Präsenzsitzung dar, da sich sowohl die mentale wie auch die physische Anwesenheit bzw. Flucht der Medianten/innen schwieriger steuern lässt. Dahingehend wird auch die Konfliktanalyse hinsichtlich seiner Eskalation Antworten liefern, ob OM das passende Format darstellt¹⁰.

Trotz alledem lässt sich das Verständnis von Mediation als ein (dialogischer) dritter Raum, in dem das Vertrauen und damit auch die Kommunikation wieder entstehen und fließen können, bei der OM aufrechterhalten. Menschen, die einen persönlichen Kontakt schätzen, brauchen hier gegebenenfalls eine transparente Erklärung der Einschränkungen im virtuellen Raum und etwas mehr Zeit, um das Vertrauen für dieses Format aufzubauen. Gleichzeitig, wie die heutigen Senioren/innen für selbstverständlich den Zugang zum Telefon sehen, sehen die Junioren/innen (und nicht nur sie!) den Zugang zum Internet, Videokonferenzen und Skypen. In diesem Sinne lässt sich OM in vielen Bereichen anwenden.

Anwendungsbereiche und Grenzen von OM

Der Rahmen der OM kann sowohl zur Lösung von herkömmlichen wie online Konflikten dienen. Während die ersten Konflikte z.B. in einer wirtschaftlichen Kooperation zweier oder mehrerer Beteiligten zustande kommen und sie wegen deren geographischen Entfernung wie auch Kosten für evtl. Anreise die online Infrastruktur als deutlich günstiger und einfacher nutzen lassen, entstehen die zweiten Konflikte im Internetkontext selbst. Als eine neue Konfliktart wird ihnen häufig eine höhere zwischenmenschliche, rechtliche wie technologische Komplexität zugeschrieben. Neben der geographischen Entfernung zwischen den Betei-

ligten sind es unterschiedliche Sprachmodi, die Anonymität der Beteiligten, sowie die rechtliche Diversität, die weitere IPR u.a. Fragen aufwerfen. Dazu gehören Verstöße gegen die Netiquette gleichermaßen wie Streitigkeiten, die online Kauftransaktionen folgen. Während die EU sich speziell in dem letztgenannten Bereich stark macht, schauen Politikwissenschaftler/innen, Kommunen und heranwachsende Globalstädte (Global Cities) den Zukunftsvisionen, der darin erkennbaren Zunahme von Bürgerbeteiligung und immer mehr Familien(unternehmen) wiederum ihrer Mobilität entgegen. In diesem Sinne kann es zwischen folgenden Adressaten/innen und ihren Streitigkeiten aus der off- wie online Welt unterschieden werden:

- 1) Wirtschafts- (E-Commerce) und Arbeitswelt
 - a) Einkauf und Verkauf, z.B. wegen Mangelleistung, verspäteter bzw. ausstehender Lieferung oder Zahlung;
 - b) Verleumdung oder Beleidigung im Netz, Domainstreitigkeiten;
 - c) B2B oder Zuliefererstreitigkeiten, z.B. wegen Verzögerung oder verminderter Qualität der erbrachten Leistung bzw. bei Inkasso eines langjährigen Geschäftspartners;
 - d) Abteilungs- und Teamstreitigkeiten bzw. solche zwischen der Geschäftsführung diverser Niederlassungen, z.B. wenn virtuelle Teams zusammenarbeiten und Projekte wegen mangelnder Kommunikation oder unterschiedlichem Verständnis von Umsetzungsstrategien bzw. Führungsstillen etc. scheitern;
 - e) Arbeitsrechtliche Streitigkeiten, z.B. wegen betriebsbedingter Kündigung, Mobbing oder Bossing;
 - f) Mieter- und Vermieterstreitigkeiten, z.B. bei Kündigung wegen Eigenbedarfs, Lautstärke, Schimmelflecken oder Rückzahlung der Mietkaution;
 - g) Streitigkeiten in der Tourismusbranche, z.B. wegen Unzufriedenheit mit der Leistung eines Hotels oder Reiseanbieters u.a.
- 2) Politik und E-Partizipation
 - a) Streitigkeiten über bauliche Vorhaben, wie z.B. Rheinbrücke bei Karlsruhe, oder wegen eines Hangrutsches, bei dem Menschen verletzt wurden;
 - b) Umweltmediation, z.B. Flughafen oder Hühnermediation in Österreich; Mülldeponie oder Bürgerbeteiligung bei Entwicklung von Projekten zu erneuerbarer Energie, wie z.B. in der Region Oderland-Spree;
 - c) Umgang mit globalen Krisen, wie die Flüchtlingskrise, z.B. Grünes Netz Mediation an Hagen Law School;
 - d) Friedensmediation, insbesondere Prämediation.

¹⁰ F. Glasl, Konfliktmanagement: Ein Handbuch für Führungskräfte, Beraterinnen und Berater, Stuttgart 2013.

- 3) Familien (-unternehmen)
 - a) Erb- und Pflegestreitigkeiten, Elder Mediation in Fällen, wo Elternteile und Geschwister in unterschiedlichen Ländern oder auch Städten leben und wegen ihrer beruflichen wie privaten Einbindung keine Reisen unternehmen können;
 - b) Unternehmensnachfolge, z.B. wenn zwischen den Vertretern/innen zwei oder drei Generationen eine hohe Eskalation und keine Bereitschaft zur Präsenz-sitzung vorhanden ist;
Evtl. Trennung und Scheidung.

Technische Herausforderungen

Um eine wirksame und hochqualitative OM durchführen zu können, wird eine maßgeschneiderte Plattform benötigt. Diese soll für die Anzahl der Beteiligten (bei Individuen angefangen, gehen OM auch für mehrere Hundert Menschen), deren Sprachmodi und rechtliche Verankerung des Falles abgestimmt werden. Die Benutzerfreundlichkeit, Kommunikationseffizienz und der Erfolg von OM soll im besten Fall durch folgende Komponenten unterstützt werden:

- 1) einladende und einheitliche Bildschirmoberfläche (Graphic User Interface) in einem geschlossenen Raum (inkl. Privatheit) mit visueller Darstellung (Video und/oder Bild) und Möglichkeiten für Abstimmungen, kreative Gruppenprozesse wie Lösungsfindung;
- 2) leichte und selbsterklärende Anwendung als auch die Möglichkeit einer spontanen Beteiligung der Medianten/innen;
- 3) Vertraulichkeit und Datenschutz: Sicherheitsgaranten bzgl. der Identität mit Login durch Benutzernamen und Kennwort; rechtliche bzgl. der Informationen aus der OM, der Mediationsvereinbarung und ihrer Durchsetzbarkeit/digitale Signatur und zumal Absicherung durch Anwalt/innen außerhalb des Netzes;
- 4) einfache Zusendung der Dokumentation während oder im Anschluss an die Sitzung;
- 5) Möglichkeit der Nutzung mit jedem modernen Internetbrowser und diversen Anwendersystemen, die niedrige Bandbreiten, Unabhängigkeit von Browsertyp und seiner Einstellungen, Räume für Audiokommunikation aufweisen;
- 6) Zuverlässigkeit durch mehrere Server, Hotline und Alternative für eine Telefonkonferenz, soll das Internet nicht funktionieren.

Auf dem deutschen Markt existieren unterschiedliche Software-Lösungen für diverse Online Verfahren (ob Konferenzen, Mediation oder systemisches Konsensieren). Eine davon ist die Software *vitero*, die vom Fraunhofer Instituts IAO entwickelt und evaluiert als auch mehrmals ausgezeichnet und unter den Wissenschaftlern/innen der For-

schungsgruppe Mediation (ForMed)¹¹ kritisch diskutiert wurde. Diese Software für Live OM ist sowohl für kleine wie große Gruppen geeignet und mit Audio und Video versehen. In dem für jeden Mediator individuell zur Verfügung stehenden Raum besteht die Möglichkeit, den Dialog mündlich durchzuführen, ihn schriftlich zu begleiten und diverse Abstimmungen bildhaft zu strukturieren, diese direkt zugänglich zu machen als auch vergleichsweise schnell, weitere Experten/innen einzubeziehen (Übersetzer/innen, Gutachter/innen). Um die Atmosphäre von Sicherheit und Vertrauen zu unterstützen, werden in diesen Mediationsräumen Kommunikationsstrukturen aus dem realen in das virtuelle Szenario übernommen und entsprechend eingebaut: die Person des Mediators steht vorne, jeder „trägt“ ein Namensschild und kann sich schriftlich spontan äußern. Der Hintergrund stellt eine Art Tisch dar, an dem die Medianten/innen sitzen und je nach Absprache mehr oder minder gesteuert auch verbal kommunizieren können (ein Mikrofon wird z.B. einzeln zugeteilt oder für alle jederzeit zugänglich). Insbesondere der Kontakt über Videoaufnahmen verhilft dem Vertrauensaufbau und einer aktiven Teilnahme an dem Prozess.

In dem englischsprachigen Raum werden z.B. Global Online Mediation Services mit dem Instrumentarium der jeweiligen Mediatorin in diesem Segment oder Virtual Mediation Lab angeboten. Außerdem gibt es Bemühungen, Open Source Content Management Systeme basierend auf drupal für online-medierte Verfahren zur Bürgerbeteiligung im öffentlichen Bereich weiterzuentwickeln (Bürgerhaushalte, Stadtentwicklung, Haushaltskonsolidierung, Stadtplanung, Lärmaktionsplanung und viele mehr, s. Beispiele im Linkverzeichnis). Andere Kollegen/innen greifen z.B. auf Skype und intern entwickelte Chatdienste zurück. Abhängig von dem Programm, in welchem die OM durchgeführt wird, werden diverse Anforderungen nicht nur an die technische Ausrüstung der Software, sondern auch Mediatoren/innen nach weiteren Kompetenzen gefragt.

Kompetenzportfolio eines Online Mediators

Neben den zahlreichen mediativen Kompetenzen, die in einer Präsenzsitzung unabdingbar erscheinen¹², gilt es für die OM eine (zunächst bewusste, mit der Zeit und Erfahrung) unbewusste technische Kompetenz zu entwickeln, die einen vertrauensvollen und vertrauensstiftenden Umgang mit dem Medium und in dem virtuellen Raum ermöglicht. Diese ist umso wichtiger, als die Person des Mediators eine dezidierte

¹¹ www.forschungsgruppe-mediation.de (letzter Zugriff am 18.5.2016).

¹² K. Kreuse, T. Robrecht, J. Erpenbeck, Konfliktkompetenz. Eine strukturelle Betrachtung, Wiesbaden 2012.

Rolle in diesem Verfahren einnimmt. Ihre empathischen wie kommunikativen Fähigkeiten, genau wie ihr Vertrauen in das System (in die Technik und Software) und in den Mediationsprozess, unterstützen oder eben hindern Medianten/innen bei einer konstruktiven Bearbeitung ihrer Streitigkeit¹³.

Spezifische Trainings sollten daher die IKT berücksichtigen und von der Reflexion begleitet werden, welche Wirkungen eine onlinebasierte Kommunikation hervorruft, welche Sensibilität diese benötigt, als auch welche neue Räume und Entwicklungspotenziale durch das Einsetzen der OM möglich werden. Sowohl die eigene Praxis in einem heterogenen (internationalen, intergenerationalen und interdisziplinären) Umfeld als auch diverse Studien¹⁴ weisen beispielsweise deutlich darauf hin, dass es Menschen leichter fällt, mit wertefreiem Umgang eines Mediators klarzukommen bzw. sogar einem Avatar über Schwierigkeiten zu kommunizieren und diesem zu vertrauen, als einem Menschen. Dies könnte zum einen an der Hoffnung liegen, vom Avatar keine Bewertung zu erhalten, die der menschlichen Kommunikation trotz mancher Mühe neutral und vorurteilsfrei zu sein, immer noch inne wohnt. Daraus ließe es sich schließen, wie wichtig die lethologische Haltung (Haltung einer tabula rasa und Einlassen auf das System der Klienten) auch in der OM ist und das vielleicht gerade die anfängliche Verlangsamung der Kommunikation über E-Mails dem Ankommen und einem Aufbau vom langfristigen Vertrauen mehr dienen, als man/frau dies diesen Sequenzen zugemutet hätte. Ähnlich wie in der Erfahrung bei der angelsächsisch geprägten Aufteilung der Mediation auf private und gemeinsame Sitzungen mit den Medianten/innen, kann vielleicht die Distanz gegenüber anderen Streitparteien sogar deeskalierend wirken und das Aufhalten in einer vertrauten Umgebung die Kooperationsbereitschaft und Offenheit fördern. Dies setzt allerdings voraus, dass die Mediatorin den Prozess und die Kommunikation der Beteiligten hochqualitativ unterstützt. Im Idealfall gehen daher die fachlichen wie technologischen Kompetenzen einer O-Mediatorin in eine bunte wie stabile Palette über, aus der sie flexibel und kreativ schöpfen und auch ihre Expertise aus den Präsenzsitzungen gekonnt in der OM anwenden kann. Sicherlich können sie die Erfahrungen aus beiden Welten in ihrer Weiterentwicklung unterstützen und hier ein besonderer Blick auf das (zumal vermehrt herausfordernde, da nur Anteile der nonverbalen enthaltende) aktive Zuhören, Paraphrasieren und den Umgang mit Emotionen ohne einen persönlichen Kontakt weiterhelfen, diese Kompetenz zu festigen.

Als O-Mediator muss man darüber hinaus:

- 1) Maßnahmen ergreifen, die die Identifizierung als auch die Präsenz der Parteien während der für die OM vereinbarten Zeit ermöglichen.

- 2) Einschätzen können, ob OM das richtige Verfahren für die Parteien und deren Streitigkeit darstellt. An sich keine Neuerung, da Mediatoren/innen oft auch andere Methodik kennen und ethisch verpflichtet sind, auf das jeweils geeignete Verfahren oder auch Person zu verweisen, wenn ihre Kompetenz für den Fall nicht ausreichend erscheint. Die medialen Kompetenzen und Erfahrungswerte der Mediatoren/innen stellen daher eine weitere Dimension der OM. Zwar sind es wie erwähnt immer mehr Menschen, die im digitalen Zeitalter gut integriert sind. Zugleich können an OM auch solche partizipieren (s. politische OM oder demokratische Entscheidungsfindung z.B. beim Bau von Windrädern), die etwas mehr Unterstützung bei einer effektiven Kommunikation in einem virtuellen Raum benötigen.
- 3) Das Gespräch durch Absprache von Umgangsregeln, Vergabe von Rederecht und Unterstützung von Priorisierung der Themen strukturieren.
- 4) Ähnlich wie in einer herkömmlichen Mediation, den Auftrag und das Ziel der Mediation sehr genau klären, den Verlauf evaluieren und samt der Reflexion/Supervision eigene blinde Flecken, Vorurteile und Entwicklungspotenziale erkennen und bearbeiten.

Status quo und Zukunftsperspektive der OM

In den hoch komplexen und auch ökonomisch schwer vorhersehbaren Zeiten liefern die Möglichkeiten einer internetbasierten Streitbeilegung (ODR insgesamt), darunter im speziellen OM eine zukunftsorientierte Alternative zu dem klassischen, mancherorts sogar alternativen Streitbeilegungsverfahren. Sogar die Skepsis mancher Gruppen möge die Sozialisierung von jüngeren Rechtanwältinnen/innen, Richtern/innen und anderen juristischen Beratern/innen abnehmen, die die Kommunikation und Arbeiten in sozialen Netzwerken nicht nur bestens beherrschen, sondern diese zur Normalität zählen. Für diese Gruppe sind daher eher die klassischen Gerichte subjektiv ferner verortet und nicht immer vom Vertrauen beschert. Die OM ist dabei kein gänzlich neues Verfahren der Streitschlichtung, sondern vielmehr eins, in dem das Methodenrepertoire der traditionellen Mediation mittels moderner Kommunikationsmöglichkeiten erweitert wurde. Dank diesen Mitteln kann man/frau deutlich schneller und kostengünstiger miteinander ins Gespräch kommen als bei einer traditionellen Mediation. Damit kann OM kon-

¹³ C. Hill, More Online Mediation Needed Before We Can Measure Effectiveness, 2015: <http://www.mediate.com/articles/MacDuffbl20150227.cfm> (letzter Zugriff am 20.5.2016).

¹⁴ P. Pollack, Should Your Next Mediator Be An Avatar? 2014: <http://www.mediate.com/Futures/article.cfm?zfn=PollackPbl20140919.cfm> (letzter Zugriff am 20.5.2016).

struktiv auf die digitalisierten Lebensräume des 21. Jh. Antworten und Menschen passende Optionen anbieten. In Ländern, in denen die technologische Aufgeschlossenheit und die geographischen Entfernungen unter Menschen und Unternehmen größer ausfallen (z.B. USA), wird es häufiger als z.B. in den deutschsprachigen Ländern zur OM gegriffen. Dies scheint dennoch nur eine Frage der Zeit zu sein, die durchaus durch kritische Betrachtung möglicher Entwicklungen begleitet werden sollte. Dabei werden wir herausfinden müssen:

- 1) wie sich dieses Format auf die Lösung von Streitigkeiten und die Beziehungen unter den beteiligten Personen wie auch Unternehmer/innen auswirkt;
- 2) welche (N-)Ethik des Dialogs und der O-Mediator/innen, welche bildende Verantwortung und Qualität dieser, als auch
- 3) welche rechtliche Sicherheit mit diesem Verfahren wie erzielt werden kann, so dass Missbrauch und widerrechtliche Vereinbarungen vermieden werden.

Dienlich wäre es für den Prozess, wenn eine kritische Masse von Mediatoren/innen OM erlernen und evaluieren würde. Eine transdisziplinäre Perspektive (im Sinne einer Vermischung von unter anderem juristischen, psychologischen, soziologischen und technologischen Detailaufnahmen von dem Verfahren) ließe sicherlich einen großen Fortschritt der digitalen Konfliktlösung zu, mit welchem es vielen Menschen und Unternehmer/innen bei einer außergerichtlichen Konfliktlösung geholfen wäre. Gewagt wird sogar die These, dass Menschen bei online basierten Angeboten eher und vermehrt zur Inanspruchnahme dieser greifen werden, als wenn sie persönlich einen Mediator oder Ombudsmann aufsuchen müssen.

Summa summarum

Streifzüge über die online basierte außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren zeigen deutlich, dass diese auf unterschiedlichen Märkten zwar noch in einer überschaubaren Anzahl von Anbieter/innen und Software-Lösungen vorhanden sind, diese aber mit der Zeit sicherlich mit einer größeren Vielfalt und Individualisierung ansprechen und in den wirtschaftlichen, politischen wie auch familiären Auseinandersetzungen an ihrer Bedeutung gewinnen werden. Die rechtlichen Lösungen für ODR und darin auch OM greifen bereits heute den Bedarf auf, Verbraucher/innen diverser Gütern besonders zu schützen (vgl. RL 2013/11/EU und ODR-VO 524/2013).

Weil sich bereits heute die, auf den ersten Blick unpersönlichen Kommunikationsformen zum Vorteil des Mediationsverfahrens erfolgreich einsetzen lassen (vorausgesetzt natürlich, der Mediator weiß um die Chancen, Risiken und Grenzen der elektronischen Medien), werden künftig höchstwahrscheinlich weitere Methoden entwickelt, die der durchgehenden Präsenz und Motivation der Beteiligten dienen und deren mentale wie physische Absenz zu vermeiden helfen. Mit der Verringerung der Möglichkeit, nonverbale Angriffe oder Machtdemonstration vorzunehmen, könnte außerdem ein respektvollerer Umgang miteinander unterstützt werden. Immerhin belegen mehrere Medientheorien, dass die unterschiedlichen Kommunikationskanäle samt der sozialen Präsenz bei der OM die Verständigung fördern. Nach dem persönlichen Kontakt mit den Medianten/innen seien es die Web Conferencing Systeme, die als „zweit-reichste“ Medium einen entsprechenden Kontaktaufbau ermöglichen und der Präsenz in dem Prozess dienen¹⁵.

Die Kritik gegenüber der OM, sie würde der Essenz von Mediation widersprechen, findet ihre Berechtigung, wenn Menschen den persönlichen Kontakt sehr schätzen und sich eine Verständigung ohne diesen nicht vorstellen können. Oder wenn man der Herausforderung nachgeht, die wegen plötzlichen Absenz der Medianten/innen entsteht und man/frau diese nicht in den Raum holen kann. Sicherlich ist OM auch für andere Konstellationen nicht geeignet, z.B. für sehr eskalierte Konflikte, bei denen die Parteien dennoch klar die persönliche Ebene des Kontaktes bevorzugen. All das sind daher Fragen und Herausforderungen, die Antworten und einen vertieften Austausch zuvor abverlangen. Nach Floridi¹⁶ ist unser technologischer Baum schneller, breiter und chaotischer gewachsen, als man/frau es ihm konzeptionell, ethisch und kulturell zugetraut hätte. Als Folge dessen werden wir eine Philosophie der Informationsgesellschaft pflegen müssen, mit der wir die Natur der digitalisierten Information, der Streitigkeiten und darin auch der OM erst begreifen müssen werden. Bis dahin, auf gelungene online wie offline Mediationen!

¹⁵ A. Rickert, Der Faktor Vertrauen als Erfolgskriterium in der audio-video-basierten Online Mediation, http://www.themediators.ch/wp-content/uploads/2014/10/artikel_dwm_online_mediation.pdf (letzter Zugriff am 18.5.2016).

¹⁶ L. Floridi, The information Society and Its Philosophy, The Information Society 2009, <http://www.philosophyofinformation.net> (letzter Zugriff am 18.5.2016).

Online Mediation. The solution to digitalized areas of life and conflicts of the 21st century

Online Dispute Resolution, including Arbitration, Mediation as also hybrid forms of Alternative Dispute Resolution, have the potential to bring a growing improvement to the commercial, the political and also the family conflict resolution now and in the future. Online Mediation, in particular, seems to be a good answer to the globalized and digitalized world where more and more screenagers raise the age of responsible adults and bring their matter, of course, using online procedures for decision making, Systemic Consensus or even dispute resolution in their work and private lives. But the frequently saved time and money spread the interest for OM even for current managers, active citizens and family members, especially when they are interested in an alternative way to solve diverse conflicts quickly and with high quality. Today, still small variety of software solutions, technical challenges and also challenges towards online mediator competencies will be surely answered with an appropriate methodic and software variety, which will meet the needs of consumers (compare the Directive 2013/11/EU and the ODR-VO 524/2013).

Keywords: Online Dispute Resolution, Online Mediation, Online Konflikte, OM Software, Kompetenzportfolio (eines Online Mediators), technische Herausforderungen an OM.

Kodeks postępowania cywilnego

www.ksiegarnia.beck.pl

Nowość

Nowość

DUŻE KOMENTARZE
Marciniak Piasecki
KPC
Tom II
Art. 367-729
7. wydanie

DUŻE KOMENTARZE BECKA
A. Marciniak · K. Piasecki (redaktorzy)
Kodeks postępowania cywilnego
Tom II
Komentarz · Art. 367-729
7. wydanie

DUŻE KOMENTARZE
Marciniak Piasecki
KPC
Tom I
Art. 1-366
7. wydanie

DUŻE KOMENTARZE BECKA
A. Marciniak · K. Piasecki (redaktorzy)
Kodeks postępowania cywilnego
Tom I
Komentarz · Art. 1-366
7. wydanie

WYDAWNICTWO C.H.BECK

Czy kredytobiorca mający wiedzę niezbędną do oceny nieuczciwego charakteru warunku umowy spełnia wymogi definicyjne słabszej strony umowy? (Czy adwokat może posiadać status konsumenta?)

prof. dr hab. Robert Stefanicki¹

Sposób definiowania konsumenta przesądza o zakresie przysługującej mu ochrony jako słabszej strony umowy z przedsiębiorcą. W niniejszym opracowaniu, które powstało na kanwie wyroku TSUE z 3.9.2015 r.², został podniesiony problem zakwalifikowania adwokata wykonującego czynnie swój zawód do kategorii konsumenta korzystającego z ochrony przed nieuczciwymi postanowieniami umownymi w rozumieniu dyrektywy 1993/13. Wątpliwości sądu krajowego dotyczyły umieszczenia w legalnej definicji konsumenta osoby z jednej strony posiadającej szczególne umiejętności i wiedzę prawniczą, z drugiej zaś dokonującej w umowie pomocniczej rozporządzeń jako profesjonalista.

Uwagi wstępne

Komentowany wyrok stanowi kolejną wypowiedź TSUE dokonaną w trybie orzecznictwa wstępnego (art. 267 TFUE³) w kwestii wykładni pojęcia „konsument” w prawie unijnym. Mimo że dookreślenie zakresu tego terminu na bazie legalnych definicji jest przedmiotem bogatego dorobku judykatury, ciągle pojawiają się problemy przy stosowaniu tego prawa w aspekcie zakresu podmiotowego i przedmiotowego. Trudności wynikają m.in. z tego, że w różnych aktach unijnego prawa wtórnego przedmiotowe definicje wykazują pewne odmienności. Nawet na tle jednego aktu normatywnego w praktyce stosowania unijnego prawa w porządku krajowym wykładnia wykazuje różnice⁴. Przykładem może być interpretacja mającej tu zastosowanie definicji niniejszego pojęcia zawartej w art. 2b dyrektywy Rady 1993/13 z 5.4.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich⁵. Szczególną cechą komentowanego wyroku jest to, że pytanie sądu krajowego dotyczyło klasyfikacji osoby wyłamującej się ze statycznej konstrukcji konsumenta jako osoby słabszej wobec kontrahenta-przedsiębiorcy ze względu na brak stosownej wiedzy i doświadczenia. Konkretnie wątpliwości krajowej judykatury odnosiły się do tego, czy adwokata można uznać za konsumenta w sytuacji, gdy zawiera umowę kredytową zabezpieczoną na nieruchomości będącej własnością jego kancelarii.

Nietypowy konsument

Powód w postępowaniu głównym przed sądem krajowym charakteryzował się tym, że czynnie wykonywał w obrocie prawnym zawód adwokata⁶ i, co jest tutaj nieobojętne, specjalizował się w zakresie prawa handlowego. Można zatem założyć, że posiadał wiedzę niezbędną dla oceny nieuczciwe-

go charakteru warunku w zawieranej z kredytodawcą umowie, co stawia pod znakiem zapytania zasadność zaszeregowania go do kategorii konsumenta spełniającego wymogi definicyjne słabszej strony umowy. Stan faktyczny sprawy był następujący: powód zawarł z bankiem umowę kredytu, którego spłata została zabezpieczona hipoteką ustanowioną na nieruchomości należącej do jego kancelarii prawnej. Z akt sprawy wynikało, że występował zarówno jako kredytobiorca (umowa podstawowa) i jako poręczyciel (umowa akcesoryjna). W ramach umowy dodatkowej dokonywał czynności mieszczących się w kategorii wykonywania zawodu. Miała ona więc charakter obustronnie profesjonalny. Natomiast ocena pierwszej z tych umów, z punktu widzenia jej klasyfikacji jako konsumenckiej, była przedmiotem sporu przed sądem krajowym i w związku z powstałymi wątpliwościami judykatury państwa członkowskiego znalazła swój wyraz w komentowanym wyroku TSUE.

Na zauważenie zasługuje fakt, że kredytobiorca dopiero po pięciu latach od zawarcia umowy wniósł do sądu I instancji powództwo o stwierdzenie nieuczciwego charakteru warunku umowy dotyczącego prowizji od ryzyka oraz na-

¹ Uniwersytet Wrocławski. Autor przygotował i zrealizował projekt współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego pt. Potencjał naukowo-dydaktyczny Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego w służbie ochrony prawnej konsumenta.

² C-110/14, *H.O. Costea* przeciwko SC Volksbank România SA, www.eur-lex.europa.eu.

³ Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C z 2007 r. Nr 306, s. 1).

⁴ Zob. również *Ch. Brenn*, Auch ein RA kann Verbraucher sein, *Österreichische Juristenzeitung* Oktober 2015, s. 908–909, oraz także z szerszej, „językowej” perspektywy krajowej w ww. numerze *ÖJ P. Bydlinski*, *Modernisierung des ABGB*, s. 869 i nast.

⁵ Dz.Urz. UE L Nr 95, s. 29.

⁶ Zob. np. *J. Trela*, [w:] *K. Ceglarska-Pilat, P. Kruszyński* (red. nauk.), *J. Trela, M. Zbrojewska*, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 15–16 i nast.

dania sankcji nieważności spornemu postanowieniu, a także o jej zwrot. Według oceny wnioskodawcy klauzula została mu jednostronnie narzucona przez bank. Zważywszy, że problem dotyczył stosowania prawa unijnego w porządku krajowym w drodze implementacji dyrektywy 1993/13, kwestią podstawową jest zagwarantowanie w wewnętrznym systemie standardów określonych tym aktem⁷.

Wątpliwości sądu odsyłającego

Sąd krajowy miał wątpliwości w kwestii zasadności przyznania statusu konsumenta ze względu na to, że dotyczyły one osoby prawnika czynnie uprawiającego zawód adwokata. Ponadto nie był jasny cel umowy głównej, a jej dotyczyło rozstrzygnięcie co do istoty. Sąd odsyłający wskazał, że umowa podstawowa nie określała przeznaczenia kredytu, a więc kwestii odnoszącej się do tego, czy powód zawarł ją dla własnych potrzeb, czy też transakcja miała bezpośredni związek z prowadzoną działalnością zawodową. Poprzez zgłoszone pytanie sąd państwa członkowskiego dochodził ustalenia, czy art. 2 lit. b dyrektywy 1993/13, definiujący konsumenta, należy interpretować w ten sposób, że osobę fizyczną wykonującą zawód adwokata, zawierającą umowę kredytu z bankiem, w sytuacji gdy w niej nie zostało określone przeznaczenie kredytu⁸, można zakwalifikować jako konsumenta. Judykatura krajowa dążyła także do ustalenia przez sąd unijny, jakie znaczenie ma tutaj okoliczność, że powstała na podstawie kredytowej umowy wierzycelność była zabezpieczona hipoteką ustanowioną przez osobę występującą w umowie akcesoryjnej jako przedstawiciel swojej kancelarii prawnej na składnikach majątkowych przeznaczonych do prowadzenia przez nią działalności zawodowej.

Odosobnione stanowisko banku

Wszyscy uczestnicy postępowania, którzy przedstawili Trybunałowi uwagi w związku z tą sprawą, z wyjątkiem banku (kredytodawcy), twierdzili, że zawartą umowę kredytową można uznać za konsumencką. Zgodnie z obiektywnymi kryteriami klasyfikacji podmiotu ją zawierającego skarżący prawnik mieści się w definicji art. 2 lit. b dyrektywy 1993/13. Natomiast bank w przedstawionych wyjaśnieniach podniósł, że aby uznać daną osobę za konsumenta, należy brać pod uwagę nie tylko obiektywne kryterium klasyfikacji, lecz również subiektywną miarę, zgodnie z ideą, na której oparta została dyrektywa. Regulacja ma bowiem chronić konsumenta będącego osobą fizyczną jako słabszą stroną ze względu na to, że nie posiada odpowiedniej wiedzy prawniczej ani stosownego doświadczenia czy też siły przetargowej⁹. W świetle przedstawionego przez kredytodawcę stanowiska domniemanie, że konsument jest na

pozycji nierównej z profesjonalnym kontrahentem, może zostać obalone, jeżeli uzna się, że posiada on wskazane wyżej atuty. Przesądząją one o tym, że może on podjąć obronę o własnych siłach i ingerencja organów stosujących prawo w celu likwidacji asymetrii informacyjnej jest zbyt duża¹⁰. Zawiera on jako przedsiębiorca umowy w ramach prowadzonej kancelarii, co świadczy o jego profesjonalizmie.

Obiektywne kryterium klasyfikacji

Przyjęcie powyższego miernika ułatwia wykonywanie prawa konsumenckiego. Z drugiej jednak strony może prowadzić do paradoksów obejmowania parasolem ochronnym osoby, które nie mieszczą się w kategorii słabszej strony umowy z przedsiębiorcą. Zdaniem TSUE, który przyjął stanowisko zbieżne z opinią Rzecznika Generalnego w tej kwestii, argumenty kredytodawcy w kwestii wyłączenia adwokata z kategorii konsumentów nie zasługują na akceptację. Faktem jest, że jedna i ta sama osoba może występować w charakterze konsumenta w ramach określonych czynności (zawieranych umów z profesjonalistą), a w innych, w obrocie obustronnie profesjonalnym, w roli przedsiębiorcy. Przy podejmowaniu tych pierwszych czynności podlega ona mechanizmom ochronnym mającym na celu wyrównanie pozycji w stosunku do profesjonalnego kontrahenta przez likwidację skutków asymetrii informacyjnej i zapobieganie skutkom wykorzystywania nieuczciwej przewagi przez przedsiębiorcę. Kryterium nierównego położenia stron odpowiada założeniu, na jakim opiera się system ochrony, ustanowiony nie tylko zresztą przez tę dyrektywę.

Zasadniczo, zwłaszcza przy wdrażaniu dyrektywy 1993/13, zakłada się, że konsument, będący osobą fizyczną, przy podejmowaniu czynności niemieszczących się w celach handlowych znajduje się na słabszej pozycji niż przedsiębiorca, pod względem zarówno siły przetargowej, jak i stopnia poinformowania, a w związku z tym godzi się

⁷ Zob. przykładowo uwagi na tle implementowania dyrektyw konsumenckich we Francji – *L. Miller, The Emergence of EU Contract Law – Exploring Europeanization*, Oxford 2011, s. 90 i nast. oraz w Wielkiej Brytanii – *L. Miller, The Emergence ...*, s. 96 i nast.

⁸ Komisja Europejska interpretuje cel zawieranej umowy jako mieszanym, pkt 14 Opinii Rzecznika Generalnego przedstawionej 23.4.2015 r., EU:C:2015:271.

⁹ Powyższe podejście pozwala uznawać konsumenta za ofiarę nieuczciwych praktyk. Zob. wyroki TSUE: z 3.10.2013 r., C-59/12, BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts przeciwko Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, www.eur-lex.europa.eu; z 12.5.2011 r., C-122/10, Ving Sverige, www.eur-lex.europa.eu; z 19.9.2013 r., C-435/11, CHS Tour Services, www.eur-lex.europa.eu.

¹⁰ Rzecznik Generalny (pkt 29 w cytowanej opinii przedstawionej w związku z omawianą sprawą) bronił koncepcji obiektywnej klasyfikacji konsumenta. Stwierdził, że subiektywne podejście nie ma oparcia ani w pozytywnej definicji tego pojęcia, ani w pozostałych przepisach tego aktu. Wiązanie statusu konsumenta w szczególnej sytuacji z zastrzeżeniem braku wiedzy, braku informacji lub prawdziwej pozycji słabości nie znajduje zatem podstaw w akcie wtórnym.

na przedstawione przez drugą stronę warunki umowne, nie mając faktycznego wpływu na ich treść. Biorąc pod uwagę potencjalne dysproporcje w położeniu stron, normodawca już w samej dyrektywie zawarł pewne mechanizmy przywracania faktycznej równości stron i niwelowania skutków nieuczciwych zachowań profesjonalisty. Szczególne znaczenie przypisuje się zwłaszcza wdrażaniu konstrukcji zawartej w art. 6 ust. 1 dyrektywy 1993/13. Przepis ten stanowi, że nieuczciwe warunki nie wiążą konsumenta. Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że ma on charakter bezwzględnie obowiązujący. Państwa członkowskie dokonujące transpozycji zarówno statycznej, jak i dynamicznej w procesie stosowania prawa nie mogą statuować niższych standardów, niż ona wyznacza. Regulacja zmierza do zastąpienia ustanowionej w umowie równowagi formalnej w zakresie praw i obowiązków stron równowagą rzeczywistą. Przedstawiona dyrektywa wypełnia też funkcje ochronne, stabilizujące obrót. Nie są skuteczne wobec konsumenta jedynie postanowienia nieuczciwe zawarte w umowie, natomiast w pozostałym zakresie wiąże ona strony. Unieważnienie całej umowy mogłoby w konsekwencji okazać się niekorzystne dla konsumenta.

Zgodzić się należy z Rzecznikiem Generalnym, który dokonał przeglądu legalnych definicji pojęcia konsument w aktach wtórnych prawa UE, co do tego, że nie mamy do czynienia z jednolitym jego rozumieniem na tle wszystkich instrumentów i sfer regulacji¹¹. Stąd wynika konieczność autonomicznego podejścia do przedmiotowej definicji tego pojęcia przez pryzmat aktu, który go wysławia, oraz charakteru (złożoności) warunków umowy. Jednak respektowanie wymogów sprawiedliwości materialnej i proceduralnej narzuca konieczność brania pod uwagę interesu obydwu stron kontraktu. Z motywów niniejszej dyrektywy wynika, że przy ocenie nieuczciwego charakteru warunków umowy muszą być uwzględniane różne interesy, w tym zachowanie wymogów dobrej wiary. Zwłaszcza powinna być brana pod uwagę siła pozycji przetargowej stron umowy, a przede wszystkim to, czy przedsiębiorca traktuje nieprofesjonalną stronę umowy w sposób lojalny i rzetelny, należycie uwzględniając zasługujące na ochronę prawną jej interesy.

Dyferencjacja wzorca konsumenta

Mając na uwadze fakt, że konsumenci stanowią bardzo zróżnicowaną kategorię podmiotów pod względem posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz pozycji ekonomicznej, dyrektywa 2005/29¹² z 11.5.2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywę 97/7/WE, 98/27/WE, 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady

oraz rozporządzenie (WE) Nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady wprowadziła dyferencjację modelu ochrony słabszej strony. Za punkt odniesienia bierze wzorzec dostatecznie poinformowanego, uważnego i ostrożnego konsumenta, z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych i językowych¹³. Te zróżnicowane czynniki pozwalają na wyodrębnienie w praktyce wdrażania prawa grup konsumentów szczególnie wrażliwych i podatnych na praktyki rynkowe, a więc również na nieuczciwe postanowienia umowne. Należy zauważyć, że dyrektywa 2005/29 ma charakter horyzontalny, a ponadto została oparta o klauzulę zupełnej harmonizacji, co powinno przesądzać o jej wpływie na system prawa konsumenckiego, którego jest ona częścią. Wprawdzie z jej zakresu wyłączono regulacje szczególne, w tym odnoszące się do prawa umów, w zakresie, w jakim stanowią inaczej, to jednak z jej postanowień wynika szeroki zakres oddziaływania na stosunki rynkowe w obrocie mieszanym. Posługując się jednolitą, zobiektywizowaną kategorią pojęcia konsumenta na potrzeby stosowania przepisów dyrektywy 1993/13, orzecznictwo sądów unijnych nie wychodzi naprzeciw spójnemu podejściu do prawa unijnego jako uporządkowanego systemu, który powinien równoważyć w grę wchodzące wartości i prawa, nie naruszając istoty tych ostatnich.

Osoba fizyczna, z zawodu adwokat, zawierająca umowę kredytu niepozostającą w bezpośrednim związku z działalnością jego kancelarii, w rozumieniu omawianego aktu jest uznawana za konsumenta. Nie zmienia tej klasyfikacji również przyjęcie racjonalnego założenia, że adwokat reprezentuje, a w każdym razie powinien posiadać, wysoki poziom wiedzy fachowej zabezpieczającej go przed wchodzeniem w stosunki umowne, których treścią są m.in. postanowienia abuzywne. Ze względu na specjalizację kancelarii powoda w zakresie prawa handlowego można założyć, że posiada on wiedzę niezbędną do dokonywania oceny nieuczciwego charakteru warunku umowy przed przystąpieniem do niej. Zauważyć należy, że umowa

¹¹ Pojęcie konsumenta zostało dookreślone m.in. Konwencją brukską z 27.9.1968 r. o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, wraz ze zmianami wynikającymi z konwencji o przystąpieniach, związanych ze stopniowym rozszerzeniem Unii Europejskiej (Dz.Urz. WE L z 1972 r. Nr 299, s. 32 ze zm.) oraz rozporządzeniem Rady (WE) Nr 44/2001 z 22.12.2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, które zastąpiło wyżej wymienioną Konwencję brukską (Dz.Urz. WE L z 2001 r. Nr 12, s. 1). Wprawdzie definicja ma charakter dynamiczny, ale TSUE, dokonując jego wykładni w trybie orzecznictwa wstępnego, konsekwentnie wskazywał na konieczność uwzględnienia celu umowy, który powinien być poza prowadzoną działalnością gospodarczą lub zawodową.

¹² Dz.Urz. UE L Nr 149, s. 22.

¹³ H.-W. Micklitz, *The (Un)-Systematics of (private) Law as an Element of European Legal Culture*, [w:] G. Helleringer, K. Purnhagen (ed.), *Towards a European Legal Culture*, München, Oxford, Baden-Baden 2014, s. 81 i nast.

kredytowa została podpisana w 2008 r., a pozew do sądu astzostał wniesiony dopiero w 2013 r. W świetle przedstawionej przez TSUE argumentacji na rzecz obiektywizacji kryteriów zaszeregowania podmiotu chronionego nie będzie to wyłączać domniemania, że jest on słabszą stroną w stosunku zawierającym z przedsiębiorcą (kredytodawcą). Okoliczność, że zawiera on powiazaną z umową główną umowę akcesoryjną w ramach swojej kancelarii, nie zmienia klasyfikacji umowy podstawowej z punktu widzenia definicji omawianego pojęcia. Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że sprawa wszczęta przed sądem państwa członkowskiego dotyczy wyłącznie ustalenia, czy osoba, która zawarła umowę kredytu, ma status konsumenta czy przedsiębiorcy, nie zaś oceny pod tym samym kątem umowy dodatkowej, tj. umowy hipoteki zabezpieczającej spłatę długu powstałego wskutek umowy głównej. Rodzi się pytanie w kwestii zabezpieczenia spójnego podejścia do niniejszej klasyfikacji.

Brak spójności w orzeczniczej praktyce

Należy zauważyć, że oceny z omawianego punktu widzenia zawieranych umów przez przedstawicieli profesji prawniczych nie należą do rzadkości w orzecznictwie wstępnym TSUE i to zarówno w sytuacjach, gdy występują oni jako podejmujący czynności w celach niezawodowych, jak i gdy są zaszeregowani do przedsiębiorców. Na uwagę w tym drugim zakresie zasługuje wyrok z 15.1.2015 r.¹⁴. Poprzez zgłoszone pytania w trybie orzecznictwa prejudycjalnego sąd państwa członkowskiego zmierzał w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 1993/13 należy interpretować w taki sposób, że ma ona zastosowanie do standaryzowanych umów o świadczenie usług prawnych, takich jak rozpatrywane w sprawie w postępowaniu głównym, zawartych przez adwokata z osobą fizyczną w sytuacji, gdy ta ostatnia działa w celach niezwiązanych z jej działalnością zawodową¹⁵. Trybunał Sprawiedliwości, udzielając pozytywnej odpowiedzi na zadane pytanie, przesądził zarówno o klasyfikacji działań adwokata w kategorii działalności zawodowej w rozumieniu definicji przedsiębiorcy dookreślonej w tej dyrektywie, jak również o wysokich wymogach stawianych takiemu profesjonalistcie. Sąd ten wskazał m.in., że adwokaci dysponują wysokim poziomem wiedzy fachowej. W związku z występującą dysproporcją w posiadanych informacjach i brakiem doświadczenia oraz wiedzy, konsumenci mogą mieć trudności w ocenie jakości świadczonych na ich rzecz usług¹⁶. Rodzi się tutaj pytanie, dlaczego zawierający umowę kredytu adwokat podlega, w świetle wyroku z 3.9.2015 r., przepisom ochronnym, mimo że spełnia on potencjalne standardy z zakresu wie-

dzy zawodowej i doświadczenia stawiane przedsiębiorcy, a ponadto z okoliczności sprawy jasno nie wynikał cel umowy, tj. przeznaczenie środków na cele gospodarcze czy konsumpcyjne.

Trybunał Sprawiedliwości w tytułowym dla niniejszego materiału wyroku wyakcentował obiektywne kryterium zaszeregowania do kategorii konsumenta czynnie uprawiającego zawód adwokata, a więc dokonał jego klasyfikacji, niezależnie od posiadanego zasobu wiedzy oraz doświadczenia. Podejście to współgra z opinią Rzecznika Generalnego. Ten ostatni stwierdził m.in., że podważałoby praktyczną skuteczność dyrektywy branie za podstawę statusu konsumenta takich czynników, jak doświadczenie, wykształcenie, wykonywany zawód, a nawet inteligencja. Opiniodawca nie wyłączył zatem z pojemnej kategorii konsumentów prawników i specjalistów z innych dziedzin¹⁷, a co najmniej nie wyznaczył im wyższej poprzeczki co do wiedzy i staranności od podmiotów, które nie posiadają wymienionych cech.

W omawianym wyroku z 3.9.2015 r. TSUE orzekł, że art. 2 lit. b dyrektywy 1993/13/EWG należy interpretować w ten sposób, że osobę fizyczną wykonującą zawód adwokata i zawierającą umowę kredytu z bankiem, w której nie zostało określone przeznaczenie kredytu, można uznać za „konsumenta” w rozumieniu niniejszego przepisu, jeżeli umowa nie jest związana z jego działalnością zawodową. Okoliczność, że powstała wskutek rozpatrywanej umowy wierzytelność jest zabezpieczona hipoteką ustanowioną przez wskazaną osobę działającą w charakterze przedstawiciela swojej kancelarii prawnej na składnikach majątkowych przeznaczonych do wykonywania działalności zawodowej tej osoby, takich jak należąca do wspomnianej kancelarii nieruchomość, została uznana w tym wyroku za niemającą znaczenia rozstrzygającego co do istoty.

¹⁴ C-537/13, B. Šiba przeciwko A. Devénasowi, www.eur-lex.europa.eu.

¹⁵ Akcent na prywatny charakter umowy zawieranej przez konsumenta jest konsekwentnie podnoszony przy kwalifikowaniu strony jako słabszego jej uczestnika – zob. wyrok z 14.3.1991 r., C-361/89, postępowanie karne przeciwko P. Di Pinto, www.eur-lex.europa.eu.

¹⁶ Tematyka jest „żywa”, o czym świadczy problematyka, jak i szerokie grono zainteresowanych (prelegentów) organizowanymi konferencjami, jak np. ostatnio pt. Ochrona konsumenta na rynku usług (Uniwersytet Śląski 10–11.3.2016 r.) i Bezpieczeństwo i ochrona klienta na rynku usług finansowych. Prawo, praktyka, problemy, potrzeby – perspektywy (Uniwersytet Wrocławski 19–20.5.2016 r.).

¹⁷ Państwo wnoszące o rozstrzygnięcie wstępne przyrównywało specjalizację prawnika do umiejętności kredytodawcy, co stawia pod znakiem zapytania zaliczanie takich osób do kategorii konsumentów. Na temat oceniania w sposób abstrakcyjny S. Moracchini-Zeidenberg, *Consommateur ou professionnel: double qualification selon l'objet de l'opération*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires 2015, Nr 49, s. 1599–1600.

Problem umów o podwójnym celu

Istotą ochrony konsumenta jest przeciwdziałanie skutkom praktyk profesjonalnych kontrahentów prowadzących do zakłócenia równorzędnych relacji w obrocie, a więc działanie na rzecz wyrównania deficytu pozycji wyjściowej słabszej strony umów. Zasadniczo elementem konstytutywnym definicji konsumenta jest to, aby działania przez niego podejmowane były w celach niezwiązanych z działalnością gospodarczą. Z dotychczasowego orzecznictwa wynika, że TSUE w wielu wypadkach stosował restryktywną wykładnię tego wymogu. W omawianym wyroku kwestia ta zesza na dalszy plan. Natomiast Rzecznik Generalny wnioskował, aby przy klasyfikacji konsumenta brać pod uwagę przesłankę konstytutywną, jaką stanowią jej działania w celach niezwiązanych z działalnością gospodarczą lub zawodową. W wypadku umowy o podwójnym działaniu (celu) sądy krajowe będą mogły brać pod uwagę cel dominujący w ogólnym kontekście umowy¹⁸. Powyższe stanowisko TSUE odbiega od restrykcyjnej wykładni tego pojęcia w wielu dotychczasowych wyrokach prejudycjalnych. Potwierdzeniem powyższego podejścia jest m.in. wyrok z 20.1.2005 r.¹⁹ Trybunał Sprawiedliwości orzekł w nim, że przepisy jurysdykcyjne ustanowione w cytowanej już Konwencji brukselskiej (art. 13–15) powinny być interpretowane w ten sposób, że osoba, która zawiera umowę dotyczącą towaru przeznaczonego do użytku po części gospodarczego, a po części niezwiązanego z jej działalnością gospodarczą, nie ma prawa powoływania się na przepisy ochronne wobec konsumentów. Od powyższego TSUE zastrzegł uchylenie w odniesieniu do tych sytuacji, gdy użytek gospodarczy jest na tyle marginalny, iż odgrywa jedynie nikłą rolę w ogólnym kontekście danej transakcji, przy czym bez znaczenia pozostaje fakt, iż pozagospodarczy aspekt ma charakter dominujący²⁰. Ścisłe podejście wyrażające się w precyzyjnym definiowaniu konsumenta zawierającego umowy o podwójnym znaczeniu wykazuje związek z materią regulowaną konwencją. Z drugiej jednak strony należy przyznać rację Rzecznikowi Generalnemu, który dostrzegł w praktyce problem klasyfikowania umów o podwójnym przeznaczeniu i wskazał na potrzebę bardziej elastycznego podejścia do ustaleń definicyjnych kluczowego pojęcia, jakie stanowi konsument. W końcu należy podnieść, że problem ustaleń definicyjnych, odnoszących się do podmiotu chronionego, jakim jest konsument będący ostatnim ogniwem obrotu towarem, był przedmiotem dyskusji na etapie prac nad dyrektywą 2011/83 z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów (zmieniająca dyrektywę Rady 1993/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady)²¹. Podczas negocjacji Parlament Europej-

ski proponował zmiany definicji konsumenta, aby objąć zakresem tego pojęcia każdą osobę fizyczną, która działa w celach leżących głównie (w przeważającym zakresie) poza jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub zawodową. Wprawdzie utrzymano definicję zbieżną z zawartą w słowniku podstawowych pojęć dyrektywy 1993/13²², to jednak na skutek aktywności Parlamentu Europejskiego wprowadzono pewien luz dla państw członkowskich w preambule. W uzasadnieniu²³ bierze się pod uwagę możliwość klasyfikacji umowy jako konsumenckiej, gdy kontrakt ma wprawdzie podwójne przeznaczenie, ale cel prywatny w kontekście całościowym umowy ma charakter dominujący (przeważający).

Podsumowanie

Trafnie podnosi się, że system ochrony konsumenta powinien opierać się na racjonalnych przesłankach. Swoboda umów nie jest wartością samą w sobie, lecz środkiem do celu, jakim jest wolność samodzielnego określenia swojej sytuacji w obrocie. Mechanizmy ochronne powinny być uruchamiane tam, gdzie jest to konieczne, ponieważ w przeciwnym razie zostaje przekroczona granica funkcjonalnego precyzowania zakresu autonomii woli²⁴. Na tle powyższych

¹⁸ Szerzej na temat krajowego kontekstu interpretacji *R. Brownsword*, *The Theoretical Foundations of European Private Law: A time to Stand and State*, [w:] *R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia, S. Weatherill* (ed.), *Foundations of European Private Law*, Oxford 2011, s. 159.

¹⁹ C-464/01, *J. Gruber* przeciwko *Bay Wa AG*, www.curia.europa.eu.

²⁰ Zadaniem sądu, przed którym zawiśł spór, jest rozstrzygnięcie kwestii, czy dana umowa została zawarta w celu zaspokojenia – w niepomijalnym zakresie – potrzeb wynikających z działalności gospodarczej danej osoby, czy raczej użytek gospodarczy odgrywał zaledwie nieznaczącą rolę. W tym celu sąd powinien wziąć pod uwagę całość istotnych okoliczności faktycznych wynikających w sposób obiektywny z akt sprawy. Jednocześnie nie należy brać pod uwagę okoliczności ani faktów, o których kontrahent umowy mógł wiedzieć podczas zawierania umowy, chyba że osoba powołująca się na swój status konsumenta zachowała się w taki sposób, iż swym zachowaniem wywołała w świadomości drugiej strony umowy uzasadnione wrażenie, iż działała w celach gospodarczych.

²¹ Dz.Urz. UE L Nr 304, s. 64. Szerzej na ten temat *P. Kukuryk*, *Ewolucja pojęcia „konsument” w polskim prawie cywilnym*, [w:] *T. Kocowski, K. Marak* (red.), *Zmiany prawodawstwa gospodarczego w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, Wrocław 2014, s. 211 i powołana w artykule literatura przedmiotu (http://www.dbc.wroc.pl/Content/26937/Kukuryk_Ewolucja_pojecia_konsument_w_polskim_prawie.pdf, dostęp z 13.5.2016 r.).

²² Więcej *R. Stefanicki*, *Wdrażanie dyrektywy 93/13/EWG w świetle ostatniego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości (cz. I) s. 4 i n., (cz. II) s. 5 i n.*, PPH 2015, Nr 4 i 6.

²³ Motyw 17.

²⁴ Na temat takiego podejścia do definicji konsumenta *M. Królikowska-Olczak*, [w:] *M. Królikowska-Olczak, B. Pachucha-Smulka* (red.), *Ochrona konsumenta w prawie polskim i Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. XIII. Pojęcie konsumenta w rozumieniu art. 2 lit. b) dyrektywy 93/13 ma „charakter obiektywny” i wymaga oceny w świetle kryterium funkcjonalnego, polegającego na dokonaniu kwalifikacji, czy dany stosunek umowny wpisuje się w ramy działalności niezwiązanej z wykonywaniem zawodu – tak postanowienie TSUE z 19.11.2015 r. w sprawie *C-74/15 D. i I. Tarcău*, www.eur-lex.europa.eu; zob. również opinię Rzecznika Generalnego przedstawioną 7.4.2016 r. w sprawie *C-149/15, S. Wathelot*, www.eur-lex.europa.eu.

uwag należałoby przyjąć, że zbyt formalistyczne podejście do definiowania konsumenta w kategoriach jedynie obiektywnych może prowadzić do zaprzeczenia wymogom sprawiedliwości proceduralnej i materialnej. Koncepcja wykładni funkcjonalnej granic autonomii woli wydaje się przekroczona w sytuacji, gdy na nieuczciwe postanowienia umowne powołuje się prawnik prowadzący kancelarię specjalizującą się w prawie handlowym. Celem orzecznictwa


prejudycjalnego jest udzielenie sądom krajowym wnoszącym o rozstrzygnięcie wstępne użytecznych wskazówek dotyczących toczącego się postępowania głównego. Sąd państwa członkowskiego, dokonujący ostatecznego rozwiązania sporu, będzie musiał brać pod uwagę wszystkie okoliczności stanu faktycznego i prawnego, aby ocenić, czy powód w sprawie kwalifikuje się jako konsument w rozumieniu art. 2b przedmiotowej dyrektywy.

Słowa kluczowe: definicja konsumenta, profesjonalna wiedza, nieuczciwy warunek umowy, zawód adwokata, umowa kredytowa.

**Does a credit recipient, who is considered to display a high level of technical knowledge necessary to assess the unfair terms in consumer contracts, comply with the definition of the weaker party of the contract?
(May a natural person, who practices as a lawyer, be regarded as a consumer?)**

The way of defining a consumer preordains about the range of appertained security as a weaker party of a contract with an entrepreneur. In the present study, which was created based on the verdict of the European Court of Justice from 3.9.2015, the author discusses the problem of qualifying an active lawyer as a consumer who exploits his right to protection against fraudulent contract provisions within the meaning of Directive 1993/13. Dubiousness of a national court regarded putting in a legal definition of a consumer a person who, on the hand, acquires specific skills and legal knowledge, and on the other hand, makes decisions in a subsidiary contract as a professional.

Keywords: definition of consumer, professional knowledge, unfair terms in consumer contracts, lawyer's profession, credit agreement.



Beck Akademia to więcej niż seminaria!

**Duża nowelizacja KPC
w zakresie postępowania
egzekucyjnego i klauzulowego**

20 lipca 2016 r., Warszawa

Prowadzący: dr Łukasz Zamojski

»» ZAPISY I SZCZEGÓŁY: www.akademia.beck.pl ««

Następstwo prawne treści cyfrowych z perspektywy prawa Stanów Zjednoczonych Ameryki

Mateusz Mądel¹

Wzmoczona dyskusja na temat następstwa prawnego treści cyfrowych w nauce prawa, orzecznictwie, mediach oraz jedne z pierwszych normatywnych rozwiązań pojawiły się w Stanach Zjednoczonych Ameryki, gdzie próbowano rozwiązać problem dziedziczenia treści cyfrowych. Dlatego – w ocenie autora – celowe jest przybliżenie tych regulacji. Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie szerszego spojrzenia na obecny stan amerykańskiego ustawodawstwa, co być może przyczyni się do rozpoczęcia dyskusji w Polsce jeszcze przed pojawieniem się w praktyce konfliktów na tym tle.

Uwagi wstępne

Rozporządzanie składnikami majątku, takimi jak nieruchomości czy rzeczy ruchome, na wypadek śmierci jest czymś naturalnym, powszechnie akceptowanym i dostatecznie uregulowanym prawnie. Nawet w przypadku braku dokonania rozrządzenia na wypadek śmierci mamy do czynienia z ustawowymi regulacjami dziedziczenia określonych składników majątku po osobie zmarłej. Wątpliwości w kwestii dziedziczenia mogą się pojawiać wraz z rozwojem internetowych usług, za pomocą których udostępnia się, wytwarza lub przetwarza treści cyfrowe. Użytkownicy komputerów, urządzeń mobilnych i innych urządzeń elektronicznych nie tylko wytwarzają i zapisują dane na tych urządzeniach, lecz także coraz częściej udostępniają różnego rodzaju treści cyfrowe w sieci. Udostępniane treści są związane nie tylko z prowadzoną działalnością zawodową użytkowników usług, lecz również są to dokumenty prywatne, e-maile, wiadomości tekstowe, zdjęcia lub filmy w postaci cyfrowej. Użytkownik może przechowywać lub wytwarzać treści na wielu portalach pozwalających na wymianę prywatnej i zawodowej korespondencji e-mailowej oraz portalach społecznościowych, za pomocą których użytkownik może udostępniać treści cyfrowe publicznie, lub dla określonej grupy osób. W związku z powyższym należy zadać pytanie, czy istnieją regulacje, które umożliwiają dostęp następców prawnych do zgromadzonych przez użytkownika treści cyfrowych po jego śmierci oraz czy dostęp następców prawnych do treści cyfrowych wymaga interwencji ustawodawcy i wprowadzenia szczególnych regulacji prawnych w tym temacie.

Geneza regulacji

Wprowadzenie normatywnych regulacji w Stanach Zjednoczonych Ameryki zostało spowodowane publiczną debatą w sprawie dostępu następców prawnych do treści cyfrowych nieżyjących użytkowników internetowych kont pocztowych oraz internetowych serwisów już w 2004 r.²

Wstępem do dyskusji nad wprowadzeniem odpowiednich przepisów w temacie następstwa prawnego treści cyfrowych była przedstawiona przez media historia, gdzie rodzina zmarłego w Iraku 20-letniego żołnierza poczyniła starania o uzyskanie dostępu do konta pocztowego w serwisie Yahoo!, za pomocą którego syn utrzymywał kontakt z rodziną i znajomymi³. Na portalu oprócz wiadomości do rodziny i znajomych znajdowały się wykonane przez niego zdjęcia, na których były uwiecznione odwiedzane przez niego miejsca, a także zapiski jego wspomnień. W momencie gdy rodzina dowiedziała się o śmierci syna, niezwłocznie skierowała wniosek do administratora portalu Yahoo!, w którym domagała się zabezpieczenia oraz udostępnienia danych do konta pocztowego. Administrator portalu odmówił rodzinie dostępu do konta pocztowego i zawartych na nim treści. Tym samym powstał spór pomiędzy rodziną zmarłego żołnierza a administratorem portalu w kwestii dostępu do konta i materiałów powiązanych z internetowym kontem pocztowym. Rodzina twierdziła, iż prawo do „własności” konta po zmarłym żołnierzu przysługuje rodzinie. Natomiast usługodawca twierdził, że ze względu na zaakceptowane przez użytkownika warunki korzystania z serwisu bez orzeczenia odpowiednich władz nakazującego wydanie materiałów nie może udostępnić treści powiązanych z kontem użytkownika osobom trzecim oraz odmó-

¹ Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Cywilnego na WPAiSM Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego oraz prawnikiem w Kancelarii Radcy Prawnego Marty Rogóż.

² Zob. A. *Eunjung Cha*, *After Death, a Struggle for Their Digital Memories*, Wash. Post z 3.2.2005 r., s. A01; J. *Chambers*, *Family gets GI's e-mail*, Detroit News z 21.4.2005 r., <http://www.justinellsworth.net/email/detnewsapr.htm> (dostęp z 5.5.2016 r.); J. *Hu*, *Yahoo Denies Family Access to Dead Marine's E-mail*, CNET News z 2.12.2004 r., http://news.cnet.com/Yahoo-denies-family-access-to-dead-marines-e-mail/2100-1038_3-5500057.html; (dostęp z 5.5.2016 r.); E. *Zaslow*, *War correspondence: efforts mount to preserve soldiers' letters, emails*, The Wall Street Journal z 6.5.2005 r., <http://online.wsj.com/news/articles/SB111524744771525128mg=reno64-wsj> (dostęp z 5.5.2016 r.).

³ Yahoo! to popularny w Stanach Zjednoczonych portal internetowy, który świadczy różnego rodzaju usługi w Internecie. Jedną z takich usług jest możliwość tworzenia konta e-mail.

wił udzielenia jakichkolwiek informacji na temat konta. Ostatecznie, po trwającym pięć miesięcy postępowaniu, sąd nakazał serwisowi Yahoo! udostępnienie zawartości konta e-mail zmarłego żołnierza. Yahoo! wydało rodzinie płytę CD, na której zamieszczona była korespondencja zmarłego użytkownika⁴. Zaistniały stan faktyczny zapoczątkował dyskusję w mediach, a następnie był szeroko omawiany w kontekście następstwa prawnego treści cyfrowych na gruncie amerykańskiej nauki prawa.

Doprowadziło to do stanu, w którym obecnie w Stanach Zjednoczonych Ameryki istnieje kilka regulacji, na poziomie prawa stanowego, w przedmiocie dziedziczenia treści cyfrowych, które regulują dostęp następców prawnych do treści cyfrowych zmarłych użytkowników usług internetowych. Omawiając tamtejsze rozwiązania i regulacje normatywne, należy mieć na uwadze specyfikę i złożoność amerykańskiego systemu prawnego. Co do zasady system prawa w Stanach Zjednoczonych tworzą normy prawa precedensowego oraz prawa stanowionego⁵. Podobnie jak w polskim systemie prawnym, w Stanach Zjednoczonych skutkiem zdarzenia, jakim jest śmierci osoby fizycznej, jest przejście praw i obowiązków majątkowych zmarłego na jego następców prawnych na podstawie jego woli wyrażonej w testamencie lub na zasadzie dziedziczenia ustawowego⁶. Normatywne regulacje dotyczące dziedziczenia treści cyfrowych są wprowadzane do aktów prawa stanowego, ale nie bez znaczenia, o czym będzie mowa w dalszej części, są również regulacje na poziomie prawa federalnego, które ze względu na hierarchię źródeł prawa w Stanach Zjednoczonych, mają bezpośredni wpływ na realizację regulacji stanowych. W amerykańskim systemie prawa obowiązuje 55 podsystemów prawnych i w każdym z nich różnie może być uregulowana kwestia związana z dziedziczeniem, przy czym przepisy prawnośpadkowe w poszczególnych stanach, również te dotyczące następstwa prawnego treści cyfrowych, nie są od siebie całkowicie odmienne⁷. W literaturze wskazuje się, iż w prawie amerykańskim doniosłą rolę odgrywają również *trusty*. Są to przypadki, gdy podmiot dokonuje rozporządzenia określonym składnikiem majątku na rzecz ustanowionego powiernika, który jest zobowiązany do czasowego zarządzania przekazanym majątkiem z korzyścią, dla wskazanej przez założyciela *trustu*, osoby trzeciej⁸.

Opisana powyżej specyfika systemu prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki wprowadza dodatkowe problemy z ewentualnym ustaleniem obowiązującego stanu prawnego odnoszącego się do następstwa prawnego treści cyfrowych *mortis causa*. Po pierwsze, jest to spowodowane faktem istnienia rozbieżności w regulacjach pomiędzy poszczególnymi ustawodawstwami stanowymi. Po drugie, należy wskazać, że zarówno regulacje wprowadzone w *Fiduciary Access To Digital Assets Act*⁹, jak i *Uniform Probate Code*¹⁰, które odnoszą się do następstwa prawnego treści cyfrowych,

nie są aktami prawa, a jedynie propozycjami regulacji dla ustawodawstw stanowych. Wskazane wyżej akty nie mogą zatem stanowić ewentualnej prawnej podstawy rozstrzygnięć dla problemów związanych z następstwem prawnym treści cyfrowych. Niemniej jednak z upływem czasu może okazać się, że niektóre stany skorzystają z zaproponowanych rozwiązań, wprowadzając odpowiednie regulacje, co doprowadzi do ujednolicenia przepisów związanych z następstwem prawnym treści cyfrowych na wypadek śmierci.

Definicja treści cyfrowych

Pierwszym z istotnych zagadnień na tle problematyki następstwa prawnego treści cyfrowych jest kwestia określenia terminu „treści cyfrowe”. W prawie stanowym, co do zasady, treści cyfrowe definiuje się poprzez wyliczenie lub wskazanie usług internetowych, za pomocą których gromadzi, wytwarza lub przetwarza się treści cyfrowe¹¹. Podkreślenia wymaga fakt, iż w lipcu 2014 r. *Uniform Law Commission* uchwaliła *Fiduciary Access To Digital Assets Act*, w którym treści cyfrowe definiuje się jako zapis w postaci elektronicznej¹².

⁴ Zob. S. Olsen, Yahoo releases e-mail of deceased marine, CNET News z 21.4.2005 r., http://news.cnet.com/Yahoo-releases-e-mail-of-deceased-Marine/2100-1038_3-5680025.html (dostęp z 5.5.2016 r.); J. Chambers, Family gets...

⁵ Zob. R. Tokarczyk, Prawo Amerykańskie, wyd. 11, Warszawa 2011, s. 30–33 i 35–39.

⁶ Zob. M. Załucki, Wydziedziczenie w prawie polskim na tle porównawczym, Warszawa 2010, s. 267–267.

⁷ W Stanach Zjednoczonych z inicjatywy Stowarzyszenia Prawników Amerykańskich opracowano jednolity kodeks spadkowy – *Uniform Probate Code*, <http://www.law.cornell.edu/uniform/probate> (dostęp z 4.4.2016 r.), którego rozwiązania zostały przyjęte w 18 stanach, przy czym kilka stanów implementowało tylko niektóre rozwiązania zaproponowane w kodeksie.

⁸ Regulacje wprowadzone w *Fiduciary Access To Digital Assets Act* z 22.2.2014 r., Section 7. Access By Trustee To Digital Asset oraz w niektórych ustawodawstwach stanowych przewidują rozporządzenie treściami cyfrowymi poprzez ustanowienie *trustu*. Na temat *trustu* w prawie amerykańskim por. P. Kościelny, Informacja prawna na temat funkcjonowania instytucji powiernictwa w wybranych systemach prawnych (Anglia, Szkocja USA, Niemcy), [w:] Zeszyty prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, Rok VII 4(28), Warszawa 2010, s. 152–153; M. Załucki, Wydziedziczenie w prawie polskim..., s. 267–268.

⁹ Revised *Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act* (2015), http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/2015_RUFADAA_Final%20Act_2016mar8.pdf (dostęp z 6.4.2016 r.). Akt został opracowany przez Komisję dla Jednolitych Praw Stanowych w 2015 r. i nie stanowi aktu normatywnego – są to jedynie zalecenia dla ustawodawstw stanowych.

¹⁰ *Uniform Probate Code* został opracowany przez Komisję dla Jednolitych Praw Stanowych w 1969 r. Kodeks nie stanowi aktu prawnego. Jest to swego rodzaju rekomendacja przepisów do przyjęcia dla poszczególnych stanów. Tekst jednolity: <http://www.law.cornell.edu/uniform/probate> (dostęp z 4.4.2016 r.).

¹¹ Opis regulacji następstwa prawnego treści cyfrowych w poszczególnych stanach zostanie przedstawiony poniżej.

¹² Zob. Sekcja 2 (9) *Fiduciary Access to Digital Assets Act* z 22.7.2014 r. Zob. również: M. Borden, Covering your digital assets: Why the stored communications act stands in the way of digital inheritance, *Ohio State Law Journal* 2014, vol. 75, Nr 2, s. 444–445; D. Horton, The Stored Communications Act and digital assets, *Vanderbilt Law Review* 2014, vol. 67, s. 7–8.

Próby wypracowania definicji treści cyfrowych dokonywane są również w amerykańskiej nauce prawa. W literaturze można spotkać się z definicją treści cyfrowych, zgodnie z którą należy przez to rozumieć każdy plik zapisany w pamięci komputera lub na stronie internetowej oraz konta internetowe¹³. Treści cyfrowe definiuje się również przez wyliczenie lub wprowadza się różnego rodzaju podziały. Treści cyfrowe mogą pojawiać się w różnej postaci. Obecnie w oparciu o ich przeznaczenie wyodrębnia się kilka rodzajów treści cyfrowych. Są to treści personalne, treści finansowe, treści biznesowe, treści związane z pocztą email lub serwisami społecznościowymi¹⁴. Treści personalne to w szczególności zdjęcia, wiadomości e-mail, filmy wideo. Do treści finansowych można zaliczyć konta w sklepach internetowych, portalach służących do płatności on-line lub portalach, które prowadzą aukcje internetowe. Treści biznesowe to takie, które związane są z prowadzoną działalnością gospodarczą, czyli dokumenty, rachunki, rozliczenia, czy własność portalu internetowego. Natomiast treści związane z mediami społecznościowymi lub kontami e-mail to wiadomości wysyłane pomiędzy użytkownikami, zdjęcia, filmy lub inne pliki oraz same konta. Innym podziałem prezentowanym w literaturze, na który należy zwrócić uwagę, jest dychotomiczny podział treści cyfrowych na treści majątkowe lub niemajątkowe¹⁵. Treści majątkowe to takie, które posiadają określoną wartość ekonomiczną, natomiast treści niemajątkowe nie posiadają wartości ekonomicznej.

Wskazywane w literaturze próby definicji treści cyfrowych nie wydają się być do końca trafne. Po pierwsze, pliki zapisane w pamięci komputera są treściami cyfrowymi, niemniej jednak pliki zapisane w pamięci mogą znajdować się również na innych urządzeniach. Tworzenie katalogu urządzeń, na których mogą być zapisywane pliki, wydaje się bezcelowe z uwagi na różnorodność urządzeń oraz dynamiczny rozwój branży urządzeń elektronicznych. Określenie, iż treściami cyfrowymi są pliki zapisane na stronie internetowej, również nie wydaje się trafne, ponieważ plików nie zapisuje się w pamięci stron internetowych, a na przeznaczonych do przechowywania danych serwerach, które również są elektronicznymi urządzeniami wyposażonymi w pamięć, na których przechowuje się cyfrowe treści. Po drugie, nie wydaje się słuszna próba wyliczenia i tworzenia katalogów treści cyfrowych w oparciu o wskazane wyżej kryteria, ponieważ jest to podejście bardzo kazuistyczne. Trudno przewidzieć, jakie internetowe usługi zostaną udostępnione użytkownikom w przyszłości, a tym samym z jakiego rodzaju lub typu treści cyfrowe będą za ich pomocą wytwarzane. Po trzecie, w przypadku podziału treści cyfrowych na treści majątkowe i niemajątkowe należy mieć na uwadze fakt, iż granica pomiędzy treściami majątkowymi i niemajątkowymi jest płynna i może opierać się na subiektywnych odczuciach konkretnej osoby.

To bowiem, co dla niektórych osób ma wartość wyłącznie sentymentalną, dla innych może mieć wartość majątkową. Wartości majątkowej mogą nie mieć pojedyncze wiadomości e-mail, natomiast kilkadziesiąt wiadomości, pamiętnik lub ciąg wspomnień opublikowanych na blogu może już posiadać wartość ekonomiczną w przypadku wydania ich w postaci książki lub pamiętnika¹⁶. Wartość majątkową może mieć również blog, który ze względu na swoją oglądalność przynosi dochody z reklam lub profil na portalu społecznościowym, który posiada wysoką liczbę wyświetleń lub osób śledzących prezentowane przez użytkownika treści. Powyższy podział, chociaż niepozbawiony wad, jest naturalną próbą wyodrębnienia treści cyfrowych, które podlegałyby dziedziczeniu, również ze względu na polski system prawnospadkowy. Mimo wszystko nie jest to obecnie klarowny podział, który pozwoliłby na jednoznaczne i dychotomiczne zakwalifikowanie treści cyfrowych jako treści majątkowych albo niemajątkowych. Wskazać również należy, że definicja zaprezentowana w *Fiduciary Access To Digital Assets Act* jest bardzo szeroka, ponieważ w odróżnieniu od regulacji stanowych lub podziałów tworzonych w nauce prawa swoim zakresem obejmuje nie tylko portale społecznościowe, konta e-mail lub serwisy oferujące usługę zapisywania danych w chmurze, lecz również pliki zapisane w pamięci różnego rodzaju urządzeń elektronicznych. Powyższa definicja także nie jest pozbawiona wad, ale jest ona wystarczająca ze względu na zakres zagadnień poruszanych w niniejszej pracy. Wydaje się jednak, że ze względu na instrukcyjną funkcję, jaką pełni w prawie amerykańskim *Fiduciary Access to Digital Assets Act*, w ślad za wskazaną w akcie definicją treści cyfrowych będą w przyszłości podążać ustawodawstwa stanowe, sukcesywnie wprowadzając rozwiązania aktu do aktów prawa stanowego. Można zatem przyjąć, iż w prawie amerykańskim pojęcie „treści cyfrowe” rozumie się jako zapis w postaci elektronicznej.

¹³ Tak *J. Connor*, *Digital Life After Death: The Issue Of Planning For A Person's Digital Assets After Death*, *Texas Tech Law School Research Paper* 2010, no. 2011-02, s. 2-4.

¹⁴ Por. *J.P. Hopkins, I.A. Lipin*, *Viable Solutions to the Digital Estate Planning Dilemma*, vol. 9, nr 1, *Iowa Law Review Bulletin* 2014, s. 63-64; *G.W. Beyer, N. Cahn*, *Digital Planning: the Future of Elder Law*, vol. 9, Nr 1, *NAELA Journal* 2013, s. 137; *N. Cahn, M. Dudley*, *The virtual estate part I: Planning for a client's digital assets*, *The ElderLaw Report* 2013, vol. XXV, Nr 1, s. 1-2; *G.W. Beyer, K.M. Griffin*, *Estate planning for digital assets*, *Estate Planning Studies* 2011, 1-2; *T. Tarney*, *A call for legislation to permit the transfer of digital assets at death*, *Capital University Law Review* 2012, s. 775-778; *J.C. Beier, S. Porter*, *The Digital Asset Dilemma*, *NYSBA* 2013, vol. 46, no. 2, s. 5.

¹⁵ Tak *T. Tarney*, *A call for legislation...*, s. 775 i 785-786; *J.P. Hopkins, I.A. Lipin*, *Viable Solutions...*, s. 63-64.

¹⁶ Taka sytuacja może mieć miejsce zwłaszcza w przypadku treści cyfrowych wytworzonych przez osoby publiczne – polityków, celebrytów lub znanych sportowców.

Regulacje następstwa prawnego treści cyfrowych wprowadzone w ustawodawstwach stanowych

Jak zostało wskazane wyżej, obecnie tylko w kilku stanach obowiązują regulacje, które przewidują dostęp do zgromadzonych na koncie zmarłego użytkownika cyfrowych treści. Trzeba również zaznaczyć, iż nawet w przypadku istniejących regulacji prawnych dostęp do treści cyfrowych nie jest unormowany jednolicie w każdym stanie. W zależności od stanu, w którym zostały uchwalone odpowiednie przepisy, dostęp następców prawnych do treści cyfrowych zmarłego użytkownika jest w różny sposób ograniczony zarówno pod względem zakresu, jak i wymogów formalnych, które następcy prawni musi spełnić, aby uzyskać ten dostęp. Ponadto niektóre regulacje określają różny krąg osób, które mogą otrzymać dostęp do kont internetowych, a inne nakładają dodatkowe obowiązki na usługodawcę, podmiot, który przechowuje dane, lub określają szczegółowe wymagania wniosku o uzyskanie dostępu do treści cyfrowych zgromadzonych przez zmarłego użytkownika.

W tamtejszej nauce prawa istniejące obecnie regulacje dzieli się zasadniczo na trzy grupy¹⁷. Do pierwszej grupy zalicza się regulacje wprowadzone w stanie Connecticut oraz Rhode Island. Normy prawne należące do tej grupy są jednymi z pierwszych, które regulują następstwo prawne treści cyfrowych oraz przyznają dostęp do treści cyfrowych w bardzo ograniczonym zakresie¹⁸. Zgodnie z powyższymi normami następcy prawni mogą uzyskać dostęp jedynie do poczty elektronicznej oraz internetowych kont pocztowych. Do drugiej grupy zalicza się regulacje wprowadzone w stanie Indiana¹⁹. Określone podmioty mogły wnioskować o dostęp do treści przechowywanych elektronicznie, w szczególności do konta lub kopii w postaci cyfrowej wszelkich dokumentów i informacji o osobie zmarłej. Obecnie w tym stanie obowiązują rozwiązania wprowadzone w Fiduciary Access To Digital Assets Act²⁰. Natomiast do trzeciej grupy regulacji zalicza się te wprowadzone w stanie Oklahoma, Idaho i Nevada²¹. W tych stanach następcom prawnym przysługuje najszerszy zakres uprawnień dostępu do treści cyfrowych po zmarłym użytkowniku. Co do zasady następcy prawni oprócz dostępu do internetowych kont pocztowych mogą uzyskać dostęp do kont na portalach społecznościowych, serwisach, w których prowadzi się mikroblogi, lub portali służących wymianie krótkich wiadomości tekstowych²².

Obecnie w pozostałych stanach nad odpowiednimi regulacjami są prowadzone prace legislacyjne, propozycje odpowiednich rozwiązań nie zostały dotychczas przyjęte bądź zostały odrzucone lub brak jest planów wprowadzenia

przepisów dotyczących następstwa prawnego treści cyfrowych. W stanach Delaware, Michigan, Floryda, Tennessee oraz Washington ostatecznie zatwierdzono i przyjęto rozwiązania zaproponowane w Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts Act²³. W stanie Massachusetts

¹⁷ Por. G.W. Beyer, N. Cahn, *Digital Planning...*, s. 146–147; T. Tarney, *A call for legislation...*, s. 787–788; J.C. Beier, S. Porter, *The Digital Asset...*, s. 6; M. Perrone, *Estate Planning of Digital Assets*, *CommLaw Conspectus* 2013, vol. 21, no. 1, s. 199–201.

¹⁸ Zob. Substitute Senate Bill No. 262, Public Act No. 05-136 z 1.10.2005 r., <https://www.cga.ct.gov/2005/act/Pa/2005PA-00136-R00S-B-00262-PA.htm> (dostęp z 4.4.2016 r.), (Connecticut); Access to Decedents' Electronic Mail Accounts Act, Substitute Senate Bill No. 262 § Substitute z 1.5.2007 r., <http://webserver.rilin.state.ri.us/Statutes/TITLE33/33-27/33-27-3.HTM> (dostęp z 6.4.2016 r.) – Rhode Island. Prawo uchwalone w stanie Connecticut stanowi, iż dostawca usług poczty elektronicznej ma zapewnić dostęp do konta lub kopii zawartości konta pocztowej osoby zmarłej w stanie Connecticut. Następuje to z chwilą złożenia pisemnego wniosku przez wykonawcę testamentu lub zarządcę majątkiem spadku wraz z odpisem aktu zgonu oraz odpisem powołania wykonawcy testamentu lub zarządcy majątkiem spadku albo postanowienia sądu świadczącego o uprawnieniu do otrzymania zawartości konta.

¹⁹ Zob. Indiana Code 29-1-13, Senate Bill No. 212 z 7.3.2007 r., <http://www.in.gov/legislative/bills/2007/ES/ES0212.1.html> (dostęp z 6.4.2016 r.) – Indiana. W regulacji wprowadzonej w stanie Indiana zastrzega się, iż podmiot przechowujący dokumenty i informacje o osobie zmarłej nie może ich zniszczyć przed upływem dwóch lat od otrzymania wniosku o ich udostępnienie.

²⁰ AN ACT to amend the Indiana Code concerning property, Senate Bill No. 253, <https://iga.in.gov/legislative/2016/bills/senate/253> (dostęp z 6.4.2016 r.).

²¹ Oklahoma Statutes as Section 269 of Title 58, Bill No. 2800, z 1.11.2010 r., http://www.oklegislature.gov/cf_pdf/2009-10%20FLR/sflr/hb2800%20sflr.pdf (dostęp z 6.04.2016 r.) – Oklahoma; Legislature Of The State Of Idaho, Senate Bill No. 1044, z 1.7.2011 r., <http://legislature.idaho.gov/legislation/2011/S1044.pdf> (dostęp z 6.4.2016 r.) – Idaho; NRS 143.188 Power to direct termination of certain electronic or digital accounts or assets, wprowadzone Senate Bill No. 131, z 1.6.2013 r., <http://www.leg.state.nv.us/Session/77th2013/Reports/history.cfm?bill-name=SB131> (dostęp z 6.4.2016 r.) – Nevada.

²² W stanie Idaho osoba upoważniona, działająca na korzyść zainteresowanych osób, może przejąć kontrolę, kontynuować lub zamknąć wszelkie konta zmarłego, a w stanie Nevada zastrzega się, iż dostęp do danych na koncie może zostać ograniczony w testamencie lub na podstawie orzeczenia sądowego.

²³ Zob. An Act To Amend Title 12 Of The Delaware Code Relating To Fiduciary Access To Digital Assets And Digital Accounts, House Bill No. 345 z 8.8.2014 r., [http://www.legis.delaware.gov/LIS/lis147.nsf/vwLegislation/HB+345/\\$file/legis.html](http://www.legis.delaware.gov/LIS/lis147.nsf/vwLegislation/HB+345/$file/legis.html) (dostęp z 6.4.2016 r.) – Delaware; An Act To Provide For Fiduciary Access To Digital Assets; And To Provide For The Powers And Procedures Of The Court That Has Jurisdiction Over These Matters, HOUSE BILL No. 5034, wejście w życie 27.6.2015 r., <https://www.legislature.mi.gov/documents/2015-2016/publicact/pdf/2016-PA-0059.pdf> (dostęp z 6.4.2016 r.) – Michigan; An act relating to digital assets, SB 494 z 10.3.2016 r., <https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2016/0494> (dostęp z 6.4.2016 r.) – Floryda; AN ACT to amend Tennessee Code Annotated, Title 30; Title 31; Title 32; Title 34; Title 35 and Title 39, relative to access to digital assets by certain fiduciaries, Public Chapter No. 570, SB No 326 z 22.3.2016 r., http://tls.mleesmith.com/downloads/2015_2016/bills/SB0326.pdf (dostęp z 6.4.2016 r.) – Tennessee; AN ACT Relating to the revised uniform fiduciary access to digital assets act and adding a new chapter to Title 11 RCW, SB No. 5029 z 31.3.2016 r., <http://app.leg.wa.gov/billinfo/summary.aspx?year=2015&bill=5029> (dostęp z 6.4.2016 r.) – Washington; An act creating the Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act, ASSEMBLY BILL 695 z 31.3.2016 r., <http://docs.legis.wisconsin.gov/2015/proposals/ab695> (dostęp z 6.4.2016 r.) – Wisconsin.

trwają prace nad ostateczną wersją przepisów²⁴. Natomiast w stanie Maine dostrzeżono problem dziedziczenia treści cyfrowych, jednak w dalszym ciągu nie uchwalono przepisów w tym zakresie²⁵. Podobna sytuacja ma miejsce w stanie Maryland, Nebraska, New Jersey i Pennsylvania, gdzie przedstawiono projekt ustawy na wzór Fiduciary Access To Digital Assets Act²⁶. W North Carolina i North Dakota w trakcie pracy nad wprowadzeniem odpowiednich przepisów ostatecznie usunięto zapisy pozwalające na dostęp, kontrolę, zachowanie, kontynuowanie lub usunięcie treści cyfrowych oraz kont elektronicznych²⁷.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy zauważyć, iż poszczególne ustawodawstwa stanowe powoli przyjmują koncepcję zaproponowaną przez Uniform Law Commission, stopniowo wprowadzając postanowienia Fiduciary Access To Digital Assets Act do miejscowych aktów prawnych. Obecnie akt ten przyjęło tylko dziewięć ustawodawstw stanowych, ale w kolejnych są już prowadzone prace legislacyjne w tym kierunku.

Konflikt regulacji stanowych z prawem federalnym

Wiele aspektów związanych z treściami cyfrowymi i ich dziedziczeniem jest niejasnych. Jak wskazano, już samo pojęcie treści cyfrowych oraz podlegające dziedziczeniu prawa i obowiązki związane z treściami cyfrowymi są trudne do określenia. Wprowadzenie odpowiednich regulacji w kwestii następstwa prawnego treści cyfrowych na poziomie prawa stanowego nie rozwiązuje problemu dostępu do konta lub treści zgromadzonych na koncie użytkownika po jego śmierci. W literaturze zwraca się uwagę na problem, który polega na sprzeczności przepisów stanowych z postanowieniami Stored Communications Act. Akt ten nakłada na dostawców usług elektronicznych obowiązek ochrony danych oraz ochrony przed nieuprawnionym dostępem do kont użytkowników. Zgodnie z konstytucyjną klauzulą nadrzędności, określoną w art. VI Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki, Konstytucja jest najwyższym prawem całego kraju. Kolejnymi w hierarchii są m.in. umowy międzynarodowe, ustawy federalne, konstytucje stanowe i ustawy stanowe²⁸. Powyższe oznacza, iż zgodnie z hierarchią źródeł prawa w Stanach Zjednoczonych ustawy federalne są podporządkowane Konstytucji, jednak wyprzedzają prawo stanowe i prawa lokalne. Podstawowe rozbieżności w odniesieniu do omawianych problemów polegają na tym, iż normy zawarte w United States Code (USC) – amerykańskim zbiorze przepisów prawa federalnego²⁹ – są wiążące dla administratorów portali i umożliwiają odmowę dostępu następcom prawnym do treści powiązanych z kontami użytkowników. Ponadto skutkują kształtowaniem zasad korzystania z portali czy serwisów w taki sposób, aby unie-

możliwić uzyskanie dostępu do treści zmarłego użytkownika przez jego następców prawnych.

W Stanach Zjednoczonych od 21.10.1986 r. obowiązuje Stored Communications Act (SCA)³⁰, który jest częścią USC. Stored Communications Act pierwotnie miało zastosowanie do postępowań karnych, a regulacja w jego § 2701 oraz § 2702 ma za zadanie chronić użytkowników wszelkich portali przed nieautoryzowanym dostępem osób trzecich do treści zgromadzonych przez użytkownika konta, przewidując tym samym odpowiedzialność karną za udostępnienie komunikacji elektronicznej³¹ użytkownika lub udostępnienie zgromadzonych na koncie danych. W literaturze, w kwestii omawianej problematyki, wskazuje się na § 2701 oraz § 2702 SCA jako przepisy, które niejako odnoszą się do problemów związanych z następstwem prawnym treści cyfrowych po zmarłym użytkowniku³².

²⁴ Zob. The Commonwealth of Massachusetts, Senate No. 2313 z 19.6.2012 r., <https://malegislature.gov/Bills/187/Senate/S2313> (dostęp z 6.4.2016 r.). Projekt uchwały przewiduje, iż dostawca usługi poczty elektronicznej powinien w sposób odpowiedni zapewnić dostęp do konta e-mail osobie reprezentującej zmarłego użytkownika w terminie 60 dni od złożenia odpowiedniego wniosku. Ponadto przepisy w stanie Massachusetts mają określać, iż usługodawca nie może odmówić dostępu do konta e-mail ze względu na postanowienia umowne zawarte w warunkach korzystania z serwisu lub polityce prywatności, chyba że wykaże, iż użytkownik konta nie wyraził zgody na udostępnienie zgromadzonych treści cyfrowych po jego śmierci.

²⁵ Zob. House of Representatives, LD 850 (HP 601) z 5.3.2013 r., <http://www.mainelegislature.org/LawMakerWeb/summary.asp?ID=280047491> (dostęp z 6.4.2016 r.).

²⁶ Postępy w procedurze legislacyjnej poszczególnych stanów można śledzić na stronie Uniform Law Commission: [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets%20Act,%20Revised%20\(2015\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets%20Act,%20Revised%20(2015)) (dostęp z 6.4.2016 r.).

²⁷ Zob. General Assembly Of North Carolina Session 2013 Senate Bill 279 z 5.6.2013 r., <http://www.ncleg.net/gascripts/BillLookup/BillLookup.pl?BillID=S279&Session=2013> (dostęp z 6.4.2016 r.) – North Carolina; Engrossed House Bill No. 1455 z 9.4.2013 r., <https://legiscan.com/ND/text/1455/id/723422> (dostęp z 6.4.2016 r.).

²⁸ Zob. R. Tokarczyk, Prawo amerykańskie..., s. 30–31; Outline of the U. S. Legal System, Washington (D.C.) 2014, s. 7–13 (broшура przygotowana przez amerykański departament stanu).

²⁹ United States Code z 6.7.2012 r., Public Law 112-41, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-112publ141/pdf/PLAW-112publ141.pdf> (dostęp z 6.4.2016 r.).

³⁰ Stored Communications Act, skodyfikowany w 18 U.S.C. Rozdział 121 §§ 2701–2712 – Stored Wire And Electronic Communications And Transactional Records Access, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-121> (dostęp z 6.4.2016 r.).

³¹ Zgodnie z definicją zawartą w 18 U.S. Code § 2510 SCA (12) komunikacja elektroniczna (*electronic communication*) oznacza przekaz znaków, sygnałów, pisma, obrazów, dźwięków lub danych wszelkiego rodzaju transmitowanych w całości lub w części przez sieć, radio, elektromagnetycznie, elektrycznie lub fotooptycznie.

³² Electronic Communication Services w rozumieniu ustawy to każdy serwis, za pomocą którego użytkownik może wysyłać lub odbierać komunikaty z wykorzystaniem łączności elektronicznej – 18 U.S. Code § 2510 (15). Natomiast Remote Computing Services oznacza serwis, który świadczy publicznie usługi przechowywania lub przetwarzania za pomocą systemu łączności elektronicznej – 18 U.S. Code § 2711 (2). Obecnie działalność serwisów umożliwiających wymianę korespondencji e-mail oraz portali społecznościowych wpisuje się w powyższe definicje, ponieważ dostawcy tych usług umożliwiają wysyłanie lub odbieranie komunikatów oraz przetwarzają lub przechowują dane użytkowników.

Pierwszy z wymienionych przepisów dotyczy bezprawnego dostępu do przechowywanych komunikatów. Zgodnie z § 2701 SCA – kto celowo uzyskuje dostęp bez autoryzacji do systemu, za pomocą którego świadczy się usługi łączności elektronicznej, lub celowo przekracza uprawnienia dostępu do systemu i tym samym uzyskuje, zmienia lub uniemożliwia autoryzowany dostęp do sieci lub komunikacji elektronicznej, podlega karze grzywny lub pozbawienia wolności do 10 lat, w zależności od naruszenia³³. Z kolei § 2702 SCA dotyczy dobrowolnego ujawnienia komunikacji lub danych klienta. Zgodnie z tym przepisem osoba lub podmiot świadczący publiczne usługi łączności elektronicznej nie może świadomie ujawniać jakiegokolwiek osobie lub podmiotowi zawartość komunikacji podczas przechowywania jej w pamięci elektronicznej. Ponadto osoba lub podmiot świadczący publicznie usługi przechowywania lub przetwarzania za pomocą systemu łączności elektronicznej nie może świadomie ujawniać jakiegokolwiek osobie lub podmiotowi zawartości komunikacji, która jest przesyłana lub przechowywana przez ten podmiot³⁴.

Na podstawie powyższych przepisów dostawcy świadczący usługi poczty e-mail oraz administratorzy portali społecznościowych co do zasady wprowadzają do warunków korzystania z portali ograniczenia w dostępie do zawartości konta osobom innym niż pierwotny użytkownik. Należy zaznaczyć, iż do omówionych wyżej przepisów wprowadza się kilka wyjątków. Z punktu widzenia omawianej tematyki należy wskazać na zgodę użytkownika oraz orzeczenie sądu. Usługodawcy, działając w ramach powyższych regulacji, w przypadkach nieobjętych wskazanymi wyjątkami mogą, a nawet muszą, odmówić dostępu do konta osobie trzeciej, w tym następcy prawnemu, aby nie narazić się na ewentualną odpowiedzialność karną. Ponadto usługodawcy, udostępniając zawartość konta osobom trzecim, mogliby narazić swoją reputację, bowiem nie każdy użytkownik ma życzenie, aby po śmierci osoby trzeciej uzyskały dostęp do zgromadzonej za życia prywatnej korespondencji, wiadomości, zdjęć, dokumentów lub innych plików.

Propozycje rozwiązania problemu następstwa prawnego treści cyfrowych w literaturze amerykańskiej

W tamtejszej nauce prawa pojawia się wiele pomysłów na rozstrzygnięcie problemu dostępu do kont przez następców prawnych osób zmarłych³⁵. Należy do nich zaliczyć drogę postępowania sądowego, zgodę użytkownika na udostępnienie danych zgromadzonych na koncie wyrażoną w testamencie lub wynikającą ze stosunku powierniczego oraz przechowywanie danych do logowania w specjalnie

do tego celu stworzonych portalach, których zadaniem jest gromadzenie danych logowania użytkownika i przekazanie ich wyznaczonej osobie w razie śmierci użytkownika.

Jak zostało wskazane powyżej, jednym z wyjątków od zasady nieudostępniania zawartości konta osobom trzecim jest uzyskanie orzeczenia sądowego, którego przedstawienie może zapewnić dostęp do konta lub do jego zawartości osobom innym niż pierwotny użytkownik. Rozwiązanie to nie jest jednak pozbawione wad. Po pierwsze, postępowanie w sprawie uzyskania orzeczenia sądowego, w którym wyraża się zgodę na udostępnienie treści znajdujących się na koncie osoby zmarłej, może być kosztowne. W literaturze wskazuje się nie tylko na wysokie koszty samego postępowania sądowego, lecz również koszty związane z prawną reprezentacją osób ubiegających się o uzyskanie odpowiedniego orzeczenia. Po drugie, podnosi się, iż przedmiotowe postępowanie może być długotrwałe³⁶. Należy mieć przy tym na uwadze fakt, iż zgodnie z zasadami korzystania z niektórych portali w przypadku braku aktywności użytkownika przez pewien okres konto i powiązane z nim treści mogą zostać usunięte. Po trzecie, w przypadku uzyskania odpowiedniego orzeczenia udostępnione przez podmiot świadczący usługi poczty elektronicznej lub serwisu społecznościowego treści zgromadzone na koncie użytkownika mogą nie spełniać oczekiwań następców prawnych. Po czwarte, pomimo spełnienia przesłanek i poniesienia kosztów postępowania sąd może odmówić udzielenia dostępu do konta osoby zmarłej lub przyznać dostęp w ograniczonym zakresie³⁷.

Kolejnym wyjątkiem od zasady dostępu do konta użytkownika przez osoby trzecie jest wyrażenie zgody przez użytkownika na dostęp do konta lub zgromadzonych na koncie danych. W literaturze wskazuje się, iż zgoda zmarłego użytkownika może być wyrażona w testamencie lub wynikać ze stosunku powierniczego, jeżeli wola zmarłego wyrażona jest w sposób jednoznaczny³⁸. Zgodnie z opisanym wyżej § 2701 SCA karze podlega osoba, która celowo uzyskuje dostęp bez

³³ Zob. 18 U.S. Code § 2701 – Unlawful access to stored communications.

³⁴ Zob. 18 U.S. Code § 2702 – Voluntary disclosure of customer communications or records.

³⁵ T. Tarney, A call for legislation..., s. 792 i nast.; J.C. Beier, S. Porter, The Digital Asset..., s. 7–8; J.P. Hopkins, I.A. Lipin, Viable Solutions..., s. 68–70; G.W. Beyer, N. Cahn, Digital Planning..., s. 149 i nast.; M. Perro-ne, Estate Planning..., s. 202.

³⁶ Zob. M. Borden, Covering your digital assets..., s. 426–427. Należy zaznaczyć również, iż pięć miesięcy trwało uzyskanie dostępu do konta Justina Ellsworth; J. Chambers, Family gets..., <http://www.justinellsworth.net/email/detnewsapr.htm> (dostęp z 6.4.2016 r.).

³⁷ Zob. D. McCullagh, Facebook fights for deceased beauty queen's privacy z 21.9.2014 r., CNET, <http://www.cnet.com/news/facebook-fights-for-deceased-beauty-queens-privacy/> (dostęp z 6.4.2016 r.). Rodzina starała się o dostęp do konta zmarłej, aby wykluczyć samobójczą śmierć brytyjskiej top modelki. Sąd nie zezwolił rodzinie na dostęp do profilu na Facebook zmarłej Sahar Daftary, która prawdopodobnie popełniła samobójstwo.

³⁸ Por. J.P. Hopkins, I.A. Lipin, Viable Solutions..., s. 68; G.W. Beyer, N. Cahn, Digital Planning..., s. 150; D. Horton, The stored communications act..., s. 5.

autoryzacji. Stored Communications Act nie zawiera definicji legalnej pojęcia *without authorization* (bez autoryzacji). Wskazuje się w tym miejscu na uzasadnienie orzeczenia *Holdings v. Brekka*, w którym posłużono się definicją słownikową, zgodnie z którą autoryzowany dostęp oznacza *power granted by authority* (kompetencja nadana przez osobę uprawnioną)³⁹. Zgoda udzielona przez użytkownika pozwala zatem na uchylenie odpowiedzialności karnej przewidzianej w § 2701 SCA. Niemniej jednak wskazuje się, iż wyrażenie zgody przez pierwotnego użytkownika nie rozwiązuje problemu z dostępem następców prawych do treści cyfrowych⁴⁰. Podnosi się, iż wola w testamencie lub stosunku powierniczym może być wyrażona w sposób niejednoznaczny. Ponadto jeżeli nawet powyższe wymagania zostaną spełnione, to nie jest oczywiste, w jakim zakresie zostanie udzielony dostęp do konta zmarłego użytkownika – czy następcą prawny uzyska dostęp wyłącznie do zgromadzonych na koncie treści, czy też dostęp w takim zakresie, jaki przysługiwał pierwotnemu użytkownikowi⁴¹. Podnosi się również, iż ze względów praktycznych powyższe rozwiązanie nie jest właściwe, ponieważ ogranicza krąg osób mogących uzyskać dostęp do treści cyfrowych lub dostęp do konta zmarłego użytkownika w przypadku kont w serwisach społecznościowych. Użytkownicy tego typu portali to w przeważającej części osoby młode, a zatem prawdopodobieństwo, że użytkownik sporządził testament oraz wyraził zgodę na dostęp do treści cyfrowych zgromadzonych na różnego rodzaju portalach, jest stosunkowo niskie⁴². Ponadto użytkownicy mogą posiadać wiele kont w różnych serwisach, a także z czasem rejestrować się na nowych portalach lub zmieniać hasła dostępu, co wiązałoby się z koniecznością wprowadzania częstych zmian w testamencie⁴³.

Inny wskazywany w literaturze sposób na ułatwienie dostępu do treści cyfrowych zmarłego użytkownika to portale służące do przechowywania danych logowania lub do przechowywania ważnych dokumentów, listów, instrukcji lub innych plików⁴⁴. W ostatnich latach powstało wiele tego typu serwisów. Wśród nich znajdują się zarówno te płatne, jak i darmowe. Są to m.in. portal *Secure Safe*, *AssetLock*, *Dead Man's Switch* lub *Parting Wishes*. Działalność takich portali polega na gromadzeniu plików użytkownika, w tym danych logowania do innych serwisów. W przypadku braku aktywności użytkownika portalu, gdy użytkownik nie odpowie w określonym czasie na powiadomienia portalu, określone przez użytkownika treści zostaną przesłane na adresy e-mail wskazanych przez niego osób. W ten sposób użytkownik może przetransferować wybrane przez siebie dokumenty, pliki, dane logowania do portali społecznościowych, serwisów e-mail wskazanej przez siebie osobie. Powyższe rozwiązanie wydaje się skuteczne, ale tylko w przypadku transferu plików, dokumentów, zdjęć czy innych treści cyfrowych. Natomiast w przypadku przekazania danych do logowania na portale społecznościowe lub do

kont e-mail innej osobie, zgodnie z zasadami użytkowania niektórych portali, istnieje ryzyko zablokowania lub usunięcia konta. W związku z tym treści znajdujące się na koncie zmarłego użytkownika mogą zostać nieodwracalnie usunięte, a dostęp do nich stać się niemożliwy. Należy również podkreślić, iż nie ma pewności, że portal świadczący tego typu usługi będzie istniał za pięć lub 10 lat. Użytkownik może być przekonany o tym, iż zabezpieczył swoje treści cyfrowe na wypadek śmierci, a portal, za pomocą którego dokonał rozporządzenia nimi, może przestać istnieć⁴⁵.

Podsumowując, wskazane wyżej możliwości dostępu do zawartości internetowego konta przez osobę trzecią nie rozwiązują problemu następstwa prawnego treści cyfrowych. W literaturze dostrzega się potrzebę skodyfikowania możliwości uzyskania dostępu do tych treści przez następców prawnych, ułatwienie procedury czy ujednolicenie postępowania w sprawie. Przewidziane w SCA wyjątki oraz regulacje stanowe nie rozwiązują bowiem współczesnych problemów związanych aktywnością użytkowników portali dostępnych w sieci⁴⁶. Jak wskazano wyżej, obecne regulacje w sposób pośredni wpływają na możliwość uzyskania dostępu przez następców prawnych do internetowych kont pocztowych oraz kont w serwisach społecznościowych. Proponowane zmiany miałyby polegać na nadaniu uprawnień następcom prawnym i wskazaniu kręgu podmiotów uprawnionych, tak aby obecne regulacje nie prowadziły do pomocniczego rozwiązania problemu następstwa prawnego treści cyfrowych.

Jednym z postulatów jest zmiana § 2701 USC przez określenie kręgu podmiotów, które za zgodą użytkownika na podstawie odpowiednich przepisów mogłyby uzyskać dostęp do treści cyfrowych zgromadzonych na jego koncie. Zgodnie z tym zapatrywaniem powyższe uprawnienie przysługiwałoby spadkobiercom, beneficjentom lub powiernikom majątku zmarłego użytkownika. Zmiana SCA mogłaby doprowadzić również do przejścia obowiązków w kwestii

³⁹ Zob. Uzasadnienie orzeczenia United States Court Of Appeals For The Ninth Circuit z 15.9.2009 r., No. 07-17116, https://www.eff.org/files/brekka_opinion.pdf (dostęp z 6.4.2016 r.); *D. Horton*, *The stored communications act...*, s. 3.

⁴⁰ Por. *G.W. Beyer, K.M. Griffin*, *Estate planning...*, s. 4–5; *G.W. Beyer, N. Cahn*, *Digital Planning...*, s. 150; *M. Borden*, *Covering your digital assets...*, s. 427–428.

⁴¹ Tak *D. Horton*, *The stored communications act...*, s. 3.

⁴² Tak *M. Borden*, *Covering your digital assets...*, s. 427–428.

⁴³ Zob. *J.P. Hopkins, I.A. Lipin*, *Viable Solutions...*, s. 68; *G.W. Beyer, K.M. Griffin*, *Estate planning...*, s. 4.

⁴⁴ Por. *G.W. Beyer, K.M. Griffin*, *Estate planning...*, s. 5–7; *N. Cahn, M. Dudley*, *The virtual estate part I...*, s. 5; *M.R. Parthemmer, J.G. Feffer, S.A. Klein*, *Estate planning with digital assets – where are we now?*, *Journal of financial service professionals* 2014, s. 19; *J.C. Beier, S. Porter*, *The Digital Asset...*, s. 8; *D. McCallig*, *Facebook after death: an evolving policy in a social network*, *International Journal of law and information technology* 2014, Nr 22 (2), s. 25–28; *G.W. Beyer, N. Cahn*, *Digital Planning...*, s. 151.

⁴⁵ Zob. *T. Tarney*, *A call for legislation...*, s. 790–791; *G.W. Beyer, N. Cahn*, *Digital Planning...*, s. 152.

⁴⁶ Por. *D. Horton*, *The stored communications act...*, s. 2–7; *M. Borden*, *Covering your digital assets...*, s. 422–423; *M. Perrone*, *Estate Planning...*, s. 207–209.

dziedziczenia treści cyfrowych z prawa krajowego na prawo stanowe, które pierwotnie prawodawstwu stanowemu polega⁴⁷. Na uzasadnienie powyższego wskazuje się następujące argumenty. Po pierwsze, wymóg zgody wyrażonej przez użytkownika miałby zachęcić administratorów portali do zmiany zasad korzystania z serwisu, ponieważ udostępnienie danych następcom prawnym nie wiązałoby się z odpowiedzialnością administratora portalu. Po drugie, należy dodać, iż ujednolicona i ułatwiona zostałaby procedura dostępu spadkobierców do konta w portalu i powiązanych z nim treści. Niemniej jednak przy takim ukształtowaniu prawa pojawia się wiele innych wątpliwości i zagrożeń. Po pierwsze, obawy administratorów portali o utratę zaufania klientów, a po drugie, czy zgoda użytkownika jest wystarczająca, aby następcy prawni uzyskali dostęp do treści cyfrowych zgromadzonych przez niego za życia. Wątpliwości administratorów portali, które mogą się pojawić, to przede wszystkim obawa przed ograniczeniem możliwości ochrony prywatności użytkowników, a tym samym podważenie ich zaufania do portali. Powyższe łączy się z ewentualną próbą dostępu i korzystania z konta osoby nieuprawnionej, która mogłaby podszywać się pod zmarłego użytkownika portalu. Podnosi się jednak, iż złagodzenie polityki prywatności przez serwisy społecznościowe nie może zwolnić administratorów portali ze szczegółowej analizy wniosków składanych w celu uzyskania dostępu do konta po zmarłym użytkowniku, a tym samym prowadzić do nieuprawnionego dostępu osobom trzecim. Pomimo ewentualnego złagodzenia postępowania o uzyskanie dostępu do treści cyfrowych użytkownika ustalenie faktycznego następstwa prawnego powinno być odpowiednio weryfikowane⁴⁸.

Zgodnie z innym zapatrywaniem – wynikającym z wątpliwości, czy dostęp spadkobierców do treści cyfrowych zgromadzonych na różnego rodzaju portalach może być uzależniony od zgody spadkodawcy⁴⁹ – użytkownik konta może osobiście wyrazić wolę dostępu do wszelkich treści zgromadzonych na portalach internetowych, z których za życia korzystał. Nie rozwiązuje to jednak problemu, co należałoby zrobić w przypadku, gdy spadkodawca wyraża zgodę na dostęp tylko do niektórych treści zgromadzonych na koncie albo zgoda nie jest jednoznaczna. W literaturze podnosi się, iż dostęp do treści zmarłego użytkownika portalu mógłby zostać uregulowany przez samego użytkownika jeszcze za życia, przy pomocy skonstruowanych przez administratora portalu określonych narzędzi⁵⁰. Użytkownik określałby, do jakich treści miałby dostęp jego następcy prawni⁵¹.

W Stanach Zjednoczonych Ameryki dyskusja dotycząca następstwa prawnego treści cyfrowych trwa od blisko 10 lat i w dalszym ciągu wprowadzone regulacje nie rozwiązują omawianego problemu. Przedstawione powyżej rozwiązania, jak również propozycje wprowadzenia odpowiednich rozwiązań deklarowane przez przedstawicieli nauki prawa

nie dają jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, jakie podmioty należy zaliczyć do kręgu następców prawnych, jakie treści cyfrowe mogą być dziedziczone oraz w jaki sposób ma się odbywać dziedziczenie treści cyfrowych po zmarłym użytkowniku. Regulacje wprowadzone w ustawodawstwach stanowych pozostają przepisami niedającymi się egzekwować ze względu na hierarchiczną wyższość przepisów prawa federalnego. Bez odpowiednich zmian w prawie federalnym następstwo prawne treści cyfrowych jest zatem możliwe tylko w teorii. Propozycje nieformalnego rozwiązania problemu przez zlecenie podmiotom prowadzącym serwisy internetowe, które gromadzą dane logowania użytkowników, aby po śmierci przekazać je następcom prawnym, co do zasady wydają się niezgodne z zasadami użytkowania portali społecznościowych lub serwisów poczty elektronicznej. Ponadto nie wydaje się, aby było to skuteczne i bezpieczne rozwiązanie problemu.

Podsumowanie

Problemy z następstwem prawnym treści cyfrowych pojawiające się w Stanach Zjednoczonych powinny być szeroko omówione również na gruncie prawa polskiego. Obecnie trudno doszukać się orzeczeń polskich sądów lub szerszych opracowań tego zagadnienia w polskiej nauce prawa⁵². Wydaje się, iż w pierwszej kolejności należałoby podjąć próbę zdefiniowania treści cyfrowych. Obecnie funkcjonująca w polskim prawie definicja treści cyfrowych wprowadzona ustawą z 30.5.2014 r. o prawach konsumenta⁵³, zgodnie z którą treści cyfrowe to dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej, wymaga szerszego opracowania i wyjaśnienia. Nie podjął się tego ustawodawca polski ani prawodawca unijny, za którym definicja ta trafiła do polskiego systemu prawnego⁵⁴. W próbie definiowania treści cyfrowych pomocne mogą się okazać rozwiązania i bogaty dorobek nauki prawa w Stanach Zjednoczonych. Kolejno należałoby rozważyć, czy w okresie wzmożonego rozwoju usług internetowych obecne przepisy prawa spadkowego spełniają swoje zadanie i czy można je zastosować

⁴⁷ Tak *M. Borden*, *Covering your digital assets...*, s. 436–437.

⁴⁸ Zob. *M. Borden*, *Covering your digital assets...*, s. 439–440.

⁴⁹ Zob. *D. Horton*, *The stored communications act...*, s. 3.

⁵⁰ Zob. *M. Perrone*, *Estate Planning...*, s. 207.

⁵¹ Obecnie portal Google umożliwia wybór treści, które po śmierci zostaną udostępnione wyznaczonej przez użytkownika osobie.

⁵² Niektórzy autorzy dostrzegają jednak omawiany problem i potrzebę jego opracowania. Zob. *M. Załucki*, *Perspektywy rekodyfikacji polskiego prawa spadkowego*, [w:] *P. Stec, M. Załucki* (red.), *50 lat Kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji*, Warszawa 2015, s. 361–362; *M. Załucki*, *Śmierć a dane w systemach teleinformatycznych – przyczynek do dyskusji*, [w:] *K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek* (red.), *Media elektroniczne. Współczesne problemy prawne*, Warszawa 2016, s. 164 i nast.

⁵³ Dz.U. poz. 827 ze zm.; dalej jako: PrKonsU.

⁵⁴ Zob. polska definicja treści cyfrowych w art. 2 pkt 5 PrKonsU. Niniejsza ustawa dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. (Dz.Urz. UE L Nr 304, s. 64) w sprawie praw konsumentów. Prawodawca unijny

w odniesieniu do problemu następstwa prawnego treści cyfrowych. Należy zaznaczyć, iż w polskim systemie prawnospadkowym do spadku należy zaliczyć prawa i obowiązki zmarłego, które spełniają łącznie cztery wymagania (art. 922 KC). W literaturze podkreśla się, iż prawa i obowiązki wchodzące w skład spadku muszą mieć charakter cywilnoprawny, majątkowy, nie mogą być ściśle związane z osobą zmarłego oraz nie przechodzą na inne osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami⁵⁵. Jednak w literaturze podkreśla się, iż powyższe kryteria są nie ostre, a zakwalifikowanie określonych praw i obowiązków zmarłego według powyższych kryteriów może budzić wiele wątpliwości⁵⁶. Rozstrzygnięcie problemu odpowiedniej kwalifikacji treści cyfrowych jako praw wchodzących co do zasady w skład spadku, może zatem sprawić niemałe trudności na gruncie polskiego porządku prawnego. Należałoby podjąć próbę zakwalifikowania określonych treści cyfrowych w ramach obecnie przyjętych na gruncie prawa polskiego kryteriów oraz rozstrzygnąć, czy obecne regulacje pozwalają na taką klasyfikację, czyli czy treści cyfrowe podlegają dziedziczeniu, ewentualnie które treści cyfrowe powinny podlegać dziedziczeniu, a które zdecydowanie nie. Natomiast w przypadku wniosków, iż obecne regulacje ustawowe nie pozwalają na przyjęcie możliwości dziedziczenia treści cyfrowych, trzeba by było rozważyć, czy istnieje potrzeba modyfikacji przepisów prawa spadkowego lub wprowadzenia nowych rozwiązań i ewentualnie przedstawić propozycję co do ich kształtu. Ponadto należałoby określić charakter prawny umów zawieranych przez Internet z dostawcami usług internetowych w portalach społecznościowych oraz serwisach świadczących usługi poczty e-mail. Tu nasuwa się m.in. pytanie, czy tego typu umowy są umowami o świadczenie usług, umowami licencyjnymi czy też są to innego rodzaju umowy nienazwane oraz czy do kontraktów zawieranych przez Internet w przypadku śmierci użytkownika usług internetowych odpowiednie zastosowanie będzie miał art. 748 w zw. z art. 750 KC i jakie są tego skutki. Kolejny

Słowa kluczowe: treści cyfrowe, następstwo prawne, mortis causa, portale społecznościowe, śmierć użytkownika, Stany Zjednoczone Ameryki, Facebook, Google.

aspekt, któremu należałoby poświęcić uwagę, to możliwość rozporządzenia treściami cyfrowymi za życia użytkownika w testamencie oraz skuteczność i praktyczne aspekty rozporządzenia treściami cyfrowymi na wypadek śmierci.

Jak można sądzić, w najbliższych latach problem następstwa prawnego treści cyfrowych pojawi się również w Polsce. Dlatego wprowadzone zmiany legislacyjne, popełnione błędy i ich naprawa oraz ponad 10-letnia dyskusja prowadzona przez przedstawicieli nauki prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki mogą zdecydowanie pomóc w obraniu odpowiedniego kierunku przez polskiego ustawodawcę jeszcze przed pojawieniem się sporów na tle omawianego tematu. Przepisy prawa spadkowego regulują postępowanie w sprawie dziedziczenia rzeczy ruchomych, nieruchomości, a także z innych składników majątku, praw i obowiązków osoby zmarłej po śmierci. Obecnie nie wiadomo jednak, co dzieje się z treściami cyfrowymi po śmierci użytkownika różnego rodzaju portali. Użytkownicy Internetu wytwarzają treści cyfrowe każdego dnia. Przesłane lub wytworzone w Internecie treści cyfrowe nie znikają wraz ze śmiercią użytkownika. Po śmierci użytkownika profile w serwisach internetowych są nadal aktywne, na elektroniczne skrzynki pocztowe w dalszym ciągu docierają wiadomości e-mail, a inne portale, na których użytkownik posiadał cyfrowe treści, w dalszym ciągu funkcjonują. Dlatego szersze omówienie obszaru następstwa prawnego treści cyfrowych jest wskazane także na gruncie polskiego prawa spadkowego.

w preambule do tej dyrektywy, wskazując powyższą definicję, wyliczył treści cyfrowe przykładowo. Zaliczył do nich programy komputerowe, aplikacje, gry, muzykę, nagrania wizualne lub teksty, bez względu na to, czy dostęp do nich osiąga się poprzez pobieranie, czy poprzez odbiór danych przesyłanych strumieniowo, na trwałym nośniku lub za pomocą innych środków.

⁵⁵ Por. J. Piątkowski, H. Witczak, A. Kawalko, [w:] B. Kordasiewicz (red.), System prawa prywatnego. Prawo spadkowe, t. 10, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 62; L. Kaltenbek-Skarbek, W. Żurek, Prawo spadkowe, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 21–22; E. Skowrońska-Bocian, Prawo Spadkowe, Warszawa 2010, s. 10–11.

⁵⁶ Zob. J. Piątkowski, H. Witczak, A. Kawalko, [w:] B. Kordasiewicz (red.), System prawa prywatnego..., s. 62 i 67–68.

Legal succession of digital assets from the perspective of the law in the United States of America

There has been an intensive discussion on legal succession of digital assets in the science of law, jurisdiction and the media, as well as one of the first normative solutions of this subject in the United States of America, where attempts to resolve the problem of digital assets succession appeared. Therefore - according to the author - it is appropriate to bring these regulations closer. The point of this study is to present a broader perspective on the current state of the US legislation, which may help to begin a discussion in Poland even before the dispute appears in practice.

Key words: digital assets, legal succession, social networks, dispositions mortis causa, death of a user, United States of America, Facebook, Google.

Administrator danych osobowych i przetwarzający dane na zlecenie a chmura obliczeniowa – problemy interpretacyjne

Katarzyna Biczysko-Pudelko¹

Celem niniejszego artykułu jest próba analizy pojęcia i statusu administratora danych osobowych i podmiotu przetwarzającego dane na zlecenie w kontekście przetwarzania danych osobowych w chmurze obliczeniowej. Złożoność środowiska chmury obliczeniowej i jej wieloaspektowość powoduje bowiem, że określenie statusu tychże podmiotów i ich rozróżnienie w oparciu o ustawowe kryteria może być trudne do przeprowadzenia. Tymczasem prawidłowe rozstrzygnięcie w tym zakresie ma zasadnicze znaczenie chociażby w kontekście rozgraniczenia odpowiedzialności pomiędzy tymi podmiotami lub też przypisania im określonych praw i obowiązków.

Uwagi wstępne

Wydaje się, że status administratora danych osobowych i podmiotu przetwarzającego dane na zlecenie w kontekście przetwarzania danych osobowych w chmurze obliczeniowej nie wymaga głębszej analizy. W praktyce złożoności środowiska przetwarzania w chmurze zagadnienie to jawi się jednak jako skomplikowane i rodzące liczne wątpliwości interpretacyjne. Tymczasem definitywne rozstrzygnięcie co do statusu tychże podmiotów ma kluczowe znaczenie dla rozgraniczenia ich odpowiedzialności, przypisania im określonych obowiązków, a także pozwala odpowiedzieć na pytanie, w jaki sposób osoby, których dane dotyczą, mogą wykonywać swoje prawa w praktyce itd.

Osiągnięcie zamierzonego celu badawczego w pierwszej kolejności wymaga odniesienia się do istoty samej chmury obliczeniowej i związanych z tym kwestii terminologicznych.

Pojęcie *cloud computing*

Pojęcie „chmury obliczeniowej”, będące synonimem angielskiego zwrotu „*cloud computing*”, jest używane zarówno w mowie potocznej, jak i w literaturze przedmiotu naprzemiennie z takim określeniami, jak „przetwarzanie w chmurze” lub „przetwarzanie chmurowe”. Jak do tej pory, głównie ze względu na fakt, iż jest stosunkowo nowym, a więc i ciągle ewoluującym pojęciem, nie znalazło ono odzwierciedlenia w postaci jednoznacznych definicji w tradycyjnych encyklopediach czy chociażby słownikach wyrazów obcych². Konsekwencją powyższego jest więc mnogość różnego rodzaju definicji pojawiających się zarówno w publikacjach o charakterze naukowym, jak i tych mniej oficjalnych.

Według definicji zaproponowanej przez amerykański *National Institute of Standards and Technology* (NIST), któ-

ra to definicja jest zresztą najczęściej przytaczaną w literaturze przedmiotu, *cloud computing* to model umożliwiający wszechobecny, wygodny i możliwy na żądanie dostęp za pośrednictwem sieci do dzielonych zasobów obliczeniowych (tj. sieć, serwery, pamięć masowa, aplikacje i usługi), które mogą być szybko zapewnione i uwolnione przy minimalnym zarządzaniu lub ingerencji dostawcy³. Własną definicję proponują także J. Byrski i A. Wachowska, według których usługi „chmury obliczeniowej (...)” charakteryzuje się jako usługi świadczone przez zewnętrznych dostawców (przedsiębiorców), którzy udostępniają oprogramowanie, infrastrukturę i wszelkie zasoby IT przez Internet, poza siedzibą odbiorcy⁴. Zgodnie natomiast z bardzo uproszczoną definicją zaproponowaną przez Komisję Europejską w Komunikacie dotyczącym wykorzystania potencjału chmury obliczeniowej w Europie, przez chmurę rozumie się „przechowywanie, przetwarzanie i wykorzystanie danych, do których dostęp uzyskuje się przez Internet, na znajdujących się w innej lokalizacji komputerach”⁵. Równie przyjazną i czytelną definicję *cloud computing*, doskonale oddającą przy tym istotę świadczenia usług w tym modelu, podaje także Wikipedia, według której jest to „model przetwarzania oparty na użytkowaniu usług

¹ Uniwersytet Opolski.

² D. Szostek, Nowe ujęcie dokumentu w polskim prawie prywatnym ze szczególnym uwzględnieniem dokumentu w postaci elektronicznej, Warszawa 2012, s. 56.

³ P. Mell, T. Grance, The NIST Definition of Cloud Computing: Recommendations of National Institute of Standards and Technology, Computer Security Division, Information Technology Laboratory, National Institute of Standards and Technology, MD September 2011, s. 2.

⁴ J. Brylski, A. Wachowska, Cloud computing w działalności instytucji płatniczej, M. Pr. Bank. 2012, Nr 9, s. 59.

⁵ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie wykorzystania potencjału chmury obliczeniowej w Europie, COM (2012) 529 final, s. 2.

dostarczonych przez usługodawcę (wewnętrzny dział lub zewnętrzna organizacja). Funkcjonalność jest tu rozumiana jako usługa (dająca wartość dodaną użytkownikowi) oferowana przez dane oprogramowanie (oraz konieczną infrastrukturę). Oznacza to eliminację konieczności zakupu licencji czy konieczności instalowania i administracji oprogramowaniem. Konsument płaci za użytkowanie określonej usługi, np. za możliwość korzystania z arkusza kalkulacyjnego. Nie musi dokonywać zakupu sprzętu ani oprogramowania. Umowa zawierana na świadczenie usług w chmurze obliczeniowej przeważnie nie jest tworzona pod konkretny podmiot, lecz zawiera pakiet rozwiązań zestandaryzowanych⁶.

Cechy charakterystyczne chmury

Bez względu na to, jakie literalne brzmienie proponują twórcy poszczególnych definicji, z całą pewnością na podstawie każdej z nich można wskazać cechy charakterystyczne dla chmury obliczeniowej, tj.: współdzielenie i korzystanie z zewnętrznych zasobów IT, skalowalność i elastyczność, dostęp *pay per use*, wirtualizacja⁷.

Współdzielenie i korzystanie z zewnętrznych zasobów IT jest jedną z najbardziej charakterystycznych cech *cloud computing*; sprowadzają się *de facto* do udostępnienia użytkownikowi np. oprogramowania czy infrastruktury zainstalowanej w serwerach utrzymywanych przez dostawcę tejże usługi lub ewentualnie jego podwykonawców. Użytkownik korzysta więc z zewnętrznych zasobów IT, często niezależnie od geograficznej lokalizacji poszczególnych jej elementów czy też wykorzystywanych kanałów i narzędzi komunikacyjnych⁸.

Skalowalność i elastyczność odnosi się natomiast do możliwości dynamicznego dostosowywania, oferowanych w ramach chmury obliczeniowej, usług wyłącznie według potrzeb użytkownika. Użytkownik korzystający z usługi *cloud computing* uzyskuje automatyczny dostęp do zasobów informatycznych o wręcz nieograniczonej skali⁹. W praktyce to właśnie klient decyduje o tym, jaka moc obliczeniowa jest mu potrzebna w danej chwili, dowolnie też dobiera niezbędne funkcje i usługi, rezygnując przy tym z tych niepotrzebnych¹⁰.

Trzecia ze wskazanych powyżej cech, a mianowicie model rozliczeniowy *pay per use*, wynika z faktu, iż użytkownik płaci za faktycznie wykorzystane usługi, a rozliczenia dokonywane mogą być według różnych parametrów (tj. np. wykorzystanej przestrzeni dyskowej, liczby uruchomionych aplikacji)¹¹.

Wirtualizacja natomiast, w kontekście chmury obliczeniowej, oznacza „możliwość uruchomienia kilku różnych systemów operacyjnych, na kilku odrębnych maszynach wirtualnych, które działają na jednej lub wielu maszynach fizycznych”¹².

Biorąc pod uwagę zarówno przytoczone powyżej definicje, jak i cechy charakteryzujące chmurę obliczeniową, za

trafne uznać należy zobrazowanie istoty funkcjonowania tego modelu usług poprzez przyrównanie go do sposobu, w jakim korzysta się z dostaw gazu, prądu czy np. telewizji kablowej¹³. Po pierwsze bowiem, użytkownik płaci tylko za faktyczne korzystanie z zasobów chmury, tak jak ma to miejsce np. w przypadku poboru prądu. Po drugie, użytkownik często nie ma wiedzy na temat infrastruktury, parametrów technicznych, za pomocą których udostępniane mu są usługi w ramach chmury obliczeniowej, nie zna geograficznej lokalizacji serwerów – podobnie jest w przypadku dostaw prądu, gdzie przeciętny użytkownik nie ma wiedzy na temat infrastruktury wytwórczej i przesyłowej. Co więcej, użytkownik uzyskuje dostęp do usług w ramach *cloud computing* w maksymalnie uproszczony sposób, często sprowadzający się jedynie do podłączenia za pomocą zwykłego łącza sieciowego. W rzeczywistości jednak jest to bardzo skomplikowany system informatyczny, na który składa się cały zbiór serwerów, oprogramowań, światłowodów itd. To właśnie całość tej rozproszonej, ale powiązanej ze sobą w technologicznie zaawansowany sposób infrastruktury informatycznej określa się metaforycznie mianem „chmury obliczeniowej”¹⁴.

Modele usługowe chmury

Sama koncepcja przetwarzania w chmurze obliczeniowej może być realizowana w wieloraki sposób, w zależności od potrzeb i wyboru klienta. Zasadniczo, zgodnie z podziałem zaprezentowanym przez *National Institute of Standards and Technology*¹⁵, wskazuje się na trzy podstawowe modele usługowe chmury obliczeniowej¹⁶, tj.: oprogramowanie jako

⁶ Zob. https://pl.wikipedia.org/wiki/Chmura_obliczeniowa (dostęp z 19.5.2015 r.).

⁷ M. Siwicki, Ochrona praw autorskich, bezpieczeństwa systemów informatycznych, danych osobowych i tajemnicy telekomunikacyjnej w chmurach obliczeniowych, Prok. i Pr. 2015, Nr 5, s. 113.

⁸ *Ibidem*.

⁹ K. Łapiński, B. Wyżnikiewicz, Raport Cloud computing: wpływ na konkurencyjność przedsiębiorstw i gospodarkę Polski, Warszawa 2011, s. 10–11.

¹⁰ M. Wyskwarski, Przetwarzanie w chmurze z punktu widzenia małych przedsiębiorstw, Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej 2014, z. 74, s. 645.

¹¹ *Ibidem*.

¹² M. Kuźniar, Słownik pojęć związanych z chmurą obliczeniową, czyli wszystko, co musisz wiedzieć o *cloud computing*, <http://www.spiderweb.pl/2014/04/cloud-computing.html> (dostęp z 19.5.2015 r.).

¹³ K. Łapiński, B. Wyżnikiewicz, Raport Cloud..., s. 10–11.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ P. Mell, T. Grance, The NIST Definition..., s. 2–3.

¹⁶ W rzeczywistości jednak na rynku jest oferowanych znacznie więcej modeli usług, np. *Network as a service* (NaaS), czyli zarządzanie siecią jako usługą; *Storage as a Service* (SaaS) – polega na udostępnianiu miejsca na serwerach usługodawcy do wykorzystania przez dział IT najemcy np. w celu zarządzania kopiami zapasowymi systemów wspomagających zarządzanie; *Security as a service* (SECaaS) – bezpieczeństwo danych jako usługa; *Data as a service* (Daas) – dane jako usługa; *Database as a service* (DBaaS) – środowisko bazodanowe jako usługa; *Test environment as a service* (TeaaS) – środowisko testowe jako usługa. M.E. Kuc, W. Niemczyk, Rynek usług *cloud computing* – współczesne wyzwania, zagrożenia, trendy, perspektywy, Zarządzanie i finanse 2013, Nr 1, s. 397.

usługa SaaS (*Software as a Service*), platforma jako usługa PaaS (*Platform as a Service*), infrastruktura jako usługa IaaS (*Infrastructure as a Service*)¹⁷.

Pierwszy z nich, czyli oprogramowanie jako usługa, jest najbardziej rozbudowanym poziomem *cloud computing*. W ramach tej usługi dostawca dostarcza bowiem klientowi całą niezbędną infrastrukturę wraz z aplikacjami, udostępniając je – w zależności od zapotrzebowania – na różnych urządzeniach, np. przez wyszukiwarkę sieciową albo interfejs. W modelu tym wszelkie obowiązki związane z zarządzaniem, aktualizacją czy pomocą techniczną leżą w gestii dostawcy, on też przejmuje odpowiedzialność za dostępność i sprawność tej usługi. W związku z tym użytkownik nie kontroluje chmury, z wyjątkiem ograniczonej możliwości zmiany ustawień konfiguracyjnych aplikacji. Tego typu rozbudowana usługa wiąże się też więc najczęściej z obowiązkiem uiszczania opłat, przeważnie w formie miesięcznego abonamentu¹⁸. Jako przykład tego rodzaju rozwiązań wskazać można na takie produkty, jak *Gmail*, *Google Docs* czy polska Ifirma.pl¹⁹.

Platforma jako usługa jest z kolei modelem dystrybucji chmury skierowanym głównie do programistów i deweloperów wszelkiego rodzaju programów i aplikacji dostępnych za pośrednictwem stron internetowych. W ramach tej usługi możliwe jest bowiem budowanie własnych aplikacji za pomocą narzędzi i bibliotek funkcjonujących na serwerach usługodawcy, co wyklucza także konieczność zakupu oprogramowania. W przypadku PaaS rozliczenia są dokonywane za wykorzystanie platformy obliczeniowej. Obecnie z tego rodzaju usługi można skorzystać za pośrednictwem *Microsoft* poprzez platformę *Azure* lub za pośrednictwem *Amazon* poprzez platformę *Elastic Compute Cloud*²⁰.

Wreszcie *Infrastructure as a service* jest obecnie jedną z najczęściej oferowanych usług w ramach *cloud computing*. Polega ona na korzystaniu za pośrednictwem Internetu ze sprzętu informatycznego (*hardware*), którym może być przestrzeń na wirtualnym dysku internetowym przeznaczonym do przechowywania danych albo też miejsce na serwerze pozwalające np. na umieszczenie w nim strony internetowej²¹. Wszystkie udostępnione w ramach tej usługi zasoby klient może dowolnie łączyć, przenosić, mieszać. W związku z tym korzystanie z tej usługi jest najbardziej opłacalne w przypadku aplikacji, które charakteryzują się dużą zmiennością obciążeń, występujących nagle i z dużym natężeniem²². Tego rodzaju usługę oferują m.in.: *IBM Computing on Demand* czy chociażby serwery *Amazona*, które w ostatnim czasie przyczyniły się do dynamicznego rozwoju start-upu, jakim jest oferujący usługę wirtualnego dysku *Dropbox*²³.

Modele eksploatacji chmury

Tak jak istnieje kilka rodzajów modeli dostępu do chmury obliczeniowej, tak też wskazać można kilka modeli usług

przetwarzania w chmurze. Biorąc bowiem pod uwagę kryterium własnościowe, można wyróżnić następujące rozwiązania²⁴:

- chmurę prywatną (*private cloud*), która charakteryzuje się tym, iż jest to w zasadzie rozwiązanie informatyczne przygotowane do obsługi konkretnej organizacji będącej jednocześnie jej jedynym użytkownikiem²⁵;
- chmurę publiczną (*public cloud*), która jest powszechnie dostępna nieograniczonej liczbie odbiorców korzystających z jej zasobów przez Internet²⁶;
- chmurę hybrydową (*hybrid cloud*), określaną także jako chmura mieszana, która to stanowi połączenie chmury prywatnej i publicznej. Polega ona bowiem na wykorzystaniu i lokowaniu części zasobów w chmurze prywatnej (głównie danych strategicznych z punktu widzenia przedsiębiorstwa), a części w chmurze publicznej²⁷;
- chmurę wspólnotową, która jest udostępniana klientom spełniającym te same standardy, np. bezpieczeństwa. W związku z tym infrastruktura tej chmury jest wyłącznie wykorzystywana przez podmioty (społeczność użytkowników, organizacje), które mają wspólne cechy, np. wymagania bezpieczeństwa, względy polityczne itd. Właścicielem takiej chmury może być zarówno organizacja, jak i strona trzecia²⁸.

Zarówno wskazane powyżej cechy charakterystyczne chmury obliczeniowej, tj. m.in. wirtualizacja, skalowalność, jak i sama różnorodność modeli dostarczania usług i ich eksploatacji, wpływają na coraz większą popularność i stały wzrost zainteresowania tym modelem świadczenia usług²⁹. Niemniej jednak, pomimo upowszechnienia się chmury ob-

¹⁷ A. Monarcha-Matlak, Karta praw klientów chmury, [w:] G. Szpor (red.), *INTERNET. Cloud computing. Przetwarzanie w chmurach*, Warszawa 2013, s. 176–178.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ M.E. Kuc, W. Niemczyk, *Rynek usług...*, s. 396.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ K. Łapiński, B. Wyżnikiewicz, *Raport Cloud...*, s. 5.

²² A. Monarcha-Matlak, Karta praw..., s. 177.

²³ M.E. Kuc, W. Niemczyk, *Rynek usług...*, s. 395–396.

²⁴ M. Wyskwarski, *Przetwarzanie w chmurze...*, s. 645.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ K. Łapiński, B. Wyżnikiewicz, *Raport Cloud...*, s. 7.

²⁸ A. Monarcha-Matlak, Karta praw... s. 179.

²⁹ Świadczyć o tym mogą m.in. liczne dane statystyczne. W 2009 r. wartość światowego rynku usług *cloud computing* przekroczyła 56 miliardów dolarów; M.E. Kuc, W. Niemczyk, *Rynek usług...*, s. 402. W 2013 r. wartość publicznego rynku bazującego na *cloud computing* wynosiła już natomiast 58 miliardów dolarów, a według danych szacunkowych w 2012 r. może osiągnąć 191 miliardów dolarów. Z związku z tym widoczny jest stały wzrost zainteresowania usługami przetwarzania w chmurze. Zob. KPMG, Jak podnieść biznes na nowy poziom dzięki chmurze, <https://www.kpmg.com/PL/.../Infografika-Cloud-Survey-Report-PL.pdf> (dostęp z 14.4.2015 r.). Trend ten jest również zauważalny w Polsce. Jak wynika z najnowszego raportu firmy Audyteł, w 2014 r., polski rynek *cloud computing* szacowany był na prawie 100 mln zł, co stanowi 8,3% całego rynku

liczeniowej, nadal stanowi ona zupełnie nowy paradygmat świadczenia usług informatycznych, co często też rodzi liczne wątpliwości co do kwestii związanych z bezpieczeństwem korzystania z tego rodzaju usług, ich wydajnością i dostępnością. Przede wszystkim jednak przetwarzanie w chmurze wymaga również nowego spojrzenia na wiele kwestii prawnych, ponieważ generuje powstanie ciekawych zagadnień i pytań, m.in. – jak ma to miejsce w przypadku niniejszej analizy – tych dotyczących ochrony danych osobowych.

Umowy *cloud computing* w świetle polskiego prawa

Obecnie w polskim systemie prawa brak jest odrębnych przepisów dotyczących chmury obliczeniowej. Na gruncie prawa cywilnego umowy *cloud computing* są umowami o świadczenie usług, do których zastosowanie znajdują przepisy tytułu XXI Kodeksu cywilnego dotyczące zlecenia. Zgodnie bowiem z art. 750 KC „do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu”. Ponadto, w związku z tym, iż przedmiotem umów *cloud computing* jest świadczenie usługi, a sama umowa może dotyczyć dokonania jednej usługi, większej jej liczby lub nawet świadczenia usług określonego rodzaju, umowy te należy uznać za umowy nienazwane. Natomiast z uwagi na fakt, iż usługi w chmurze obliczeniowej sprowadzają się *de facto* do przetwarzania danych osobowych³⁰ i są one świadczone drogą elektroniczną, zastosowanie znajdują tutaj także m.in.³¹ przepisy (będącej implementacją dyrektywy 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 danych³²) OchrDanychU oraz przepisy szczególne przewidziane w ustawie z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną³³. Niemniej jednak stosowanie w kontekście chmury obliczeniowej ustawy o ochronie danych osobowych może rodzić – głównie z uwagi na złożoność procesów przetwarzania danych osobowych w chmurze i ich różnorodność – liczne wątpliwości interpretacyjne, w tym także i te dotyczące statusu podmiotów przetwarzających dane osobowe, co zresztą jest przedmiotem analizy niniejszego opracowania.

Pojęcie administratora danych osobowych i podmiotu przetwarzającego dane na zlecenie w świetle ustawy o ochronie danych osobowych

Z całą pewnością na gruncie ustawy o ochronie danych osobowych umowę *cloud computing* uznać należy za umowę powierzenia przetwarzania danych osobowych,

o której mowa w art. 31 ust. 1 OchrDanychU. Zgodnie z tym przepisem administrator danych może powierzyć innemu podmiotowi, w drodze umowy zawartej na piśmie, przetwarzanie danych. Ścisłe językowa wykładnia tego przepisu prowadzi więc do wniosku, że powierzenie przetwarzania danych osobowych odbywa się w relacji administrator danych – podmiot (lub podmioty) przetwarzające dane na zlecenie³⁴, przy czym każdy z nich stanowi odrębny podmiot. Niemniej jednak w środowisku chmury obliczeniowej ten – jakby się mogło zdawać – oczywisty podział może ulegać licznym modyfikacjom, co w praktyce rodzić może nawet wątpliwości co do tego, kto jest administratorem danych, a kto podmiotem przetwarzającym je na zlecenie.

Otóż zgodnie z art. 7 pkt 4 OchrDanychU administratorem danych jest organ państwowy lub samorządowy, państwowa lub komunalna jednostka organizacyjna, podmiot niepaństwowy realizujący zadania publiczne, osoba prywatna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej lub osoba fizyczna – przetwarzająca dane w związku ze swą działalnością zarobkową, zawodową albo dla realizacji celów statutowych, która decyduje o celach i środkach przetwarzania danych osobowych³⁵. Jak wyni-

data center i usług dodanych. W nadchodzących latach zakłada się natomiast wzrost całego rynku *cloud computingu* na poziomie około 10%. Zob. <http://twojinternet.pl/rynek-uslug-chmurowych-w-polsce/> (dostęp z 27.6.2015 r.).

³⁰ W praktyce zdecydowana większość odbiorców rozwiązań *cloud computing* będzie umieszczać w chmurze obliczeniowej dane osobowe. Niemniej jednak należy zauważyć, że oprócz danych osobowych wyróżnić można jeszcze tzw. dane „zwykłe”, tj. inne niż te wymienione w art. 27 ust. 1 ustawy z 29.8.1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2135 ze zm.; dalej jako: OchrDanychU). Kwestia przetwarzania tych danych nie są jednak bezpośrednio uregulowana prawnie, w związku z czym mogą one podlegać różnej ochronie. W przypadku chmury obliczeniowej niektóre z informacji w nich zawartych mogą być chronione, np. jak bazy danych – na podstawie ustawy z 27.7.2001 r. o ochronie baz danych (Dz.U. Nr 128, po. 1402 ze zm.), inne natomiast mogą zostać zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa i jako takie podlegać ochronie przewidzianej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

³¹ Oczywiście, w zależności od konkretnych stanów faktycznych, zastosowanie modelu przetwarzania w chmurze może wymagać także uwzględnienia regulacji szczególnych, zawartych np. w ustawie z 29.8.1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 128 ze zm.), ustawie z 29.7.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 94 ze zm.) czy w ustawie z 11.9.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1844 ze zm.). B. Kobyliński, Kilka uwag dotyczących umowy o świadczenie usług w modelu *cloud computing*, Młody Jurysta 2014, Nr 2, s. 15–16.

³² Dz.Urz. UE L Nr 281, s. 31; dalej jako: dyrektywa 95/46/WE.

³³ T.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1422 ze zm.; dalej jako: ŚwiadUsłElekU.

³⁴ P. Barta, P. Litwiński, Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Lex/el. 2013.

³⁵ Podobnie pojęcie administratora danych osobowych zdefiniowane zostało na gruncie dyrektywy 95/46/WE. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt b tejże dyrektywy administrator to „osoba fizyczna lub prawna, władza publiczna, agencja lub inny organ, który samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami określa cele i sposoby przetwarzania danych; jeżeli cele i sposoby przetwarzania danych są określane w przepisach ustawowych i wykonawczych lub przepisach wspólnotowych, administrator danych może być powoływany lub kryteria jego powołania mogą być ustalane przez ustawodawstwo krajowe lub wspólnotowe”.

ka więc z powyższego, na definicję administratora danych składają się dwa następujące elementy:

- 1) spełnienie wymagań podmiotowych ustawy, o których mowa w art. 3 OchrDanychU;
- 2) decydowanie o celach i środkach przetwarzania danych osobowych³⁶.

Odnosząc się do pierwszego ze wskazanych powyżej elementów definicji administratora danych, należy zauważyć, iż problemy związane z klasyfikowaniem podmiotów jako administratorów danych zgodnie z ich katalogiem wskazanym w art. 3 OchrDanychU występują w praktyce bardzo często także i w przypadku przetwarzania danych w zupełnie innych niż chmura obliczeniowa środowiskach. I choć kwestia ta wydaje się być równie ważna i interesująca, to niemniej jednak – głównie ze względu na cel badawczy niniejszej pracy – wymaga ona jedynie zasygnalizowania³⁷.

W o wiele szerszym zakresie należy się natomiast odnieść do drugiego ze wskazanych powyżej elementów definicji administratora danych osobowych, tj. do konieczności decydowania o celach i środkach przetwarzania danych osobowych. W praktyce przetwarzania w chmurze to właśnie spełnienie tego ustawowego wymagania będzie bowiem wpływało na zacieranie się granicy pomiędzy administratorem danych osobowych a podmiotem je przetwarzającym na zlecenie administratora.

Samo pojęcie decydowania o celach i środkach przetwarzania nie zostało w ustawie o ochronie danych zdefiniowane. W związku z tym pojęcie „celu przetwarzania” należy rozumieć w taki sposób, w jaki termin ten jest używany w innych przepisach ustawy, tj. np. w art. 24, 25 i 26 OchrDanychU, a więc można przyjąć, że będą to pewne wartości, dla urzeczywistnienia których dochodzić będzie do przetwarzania danych osobowych³⁸. Natomiast pojęcie decydowania o środkach przetwarzania danych osobowych związane jest z dokonywaniem wyboru technicznych sposobów przetwarzania danych osobowych³⁹. Według A. Krasuskiego odpowiedź na pytanie o cele i środki przetwarzania danych osobowych powinna sprowadzać się do odpowiedzi, na czyją rzecz albo czyje zlecenie dane osobowe są przetwarzane. Ponadto zdaniem autora można także wskazać na kilka elementów pomocnych przy ustalaniu celu czy środka przetwarzania danych osobowych, i tak np. cel przetwarzania danych musi być całkowicie związany z danym podmiotem, to podmiot podejmuje decyzje o realizacji celu w sposób samodzielny, a także podejmuje decyzję w sposób faktyczny. Natomiast w zakresie ustalenia środka przetwarzania danych osobowych pomocne mogą się okazać następujące elementy: po pierwsze, całość procesów w zakresie przetwarzania danych osobowych, obejmujących warstwę infrastrukturalną, oprogramowania, zarówno w skali makro, jak i mikro; po drugie, administrator danych nie musi

być właścicielem poszczególnych, jak również wszystkich elementów infrastruktury⁴⁰.

To właśnie te dwie cechy, poza spełnieniem kryterium podmiotowego, powinny więc umożliwić odróżnienie administratora danych osobowych od podmiotu przetwarzającego dane na zlecenie, tj. tego, który jest objęty katalogiem podmiotów, o których mowa w art. 3 OchrDanychU i który to nie decyduje o celach przetwarzania danych osobowych, a jest uprawniony jedynie do przetwarzania danych wyłącznie w celu określonym umową⁴¹.

Ustalenie statusu podmiotów przetwarzających dane w chmurze obliczeniowej – wątpliwości interpretacyjne, złożoność relacji

W praktyce przetwarzania danych osobowych w chmurze obliczeniowej rozróżnienie w oparciu o kryterium decydowania o celach i środkach przetwarzania danych osobowych nie jest już tak łatwe do przeprowadzenia. O ile bowiem o celach przetwarzania danych osobowych, a więc o tym, dlaczego te dane mają być przetwarzane, decydować będzie usługobiorca (użytkownik), o tyle tego typu stwierdzenie w odniesieniu do kwestii decydowania przez niego

³⁶ A. Krasuski, Outsourcing danych osobowych w działalności przedsiębiorstwa, Warszawa 2010, s. 51.

³⁷ Jako przykład wskazać można problem z rozstrzygnięciem, czy administratorem danych jest określony organ administracji czy jednostka organizacyjna. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia będzie wymagać analizy przepisów ustrojowych, bowiem w przypadku, gdy dany podmiot będzie realizował przyznane mu przez prawo kompetencje i tym samym będzie decydował o celach i środkach przetwarzania danych, będzie występował w roli administratora danych osobowych. Warto w tym miejscu wskazać na orzeczenie NSA z 21.3.2002 r. (II SA 1854/01, Wokanda 2002, Nr 9, s. 30), w którym to sąd uznał, iż administratorem danych przetwarzanych w związku z postępowaniem egzekucyjnym w administracji jest organ, a nie obsługujący go urząd miasta. Organ egzekucyjny prowadzący egzekucję administracyjną mógł bowiem żądać udostępnienia mu przez ZUS danych o miejscu zatrudnienia ubezpieczonych będących dłużnikami. Niemniej jednak ten sam urząd miasta będzie już mieć status administratora danych osobowych jako pracodawca wobec pracowników samorządowych. Problem z tego typu klasyfikowaniem podmiotów został także zauważony przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, który to w swoim sprawozdaniu z działalności za okres 1.1.2002–31.12.2002, wskazał na różne organy i jednostki organizacyjne jako administratorów danych osobowych. Za administratora danych w związku z przetwarzaniem danych zawartych w ewidencji kierowców prowadzonej w związku z wydawaniem praw jazdy został uznany m.in. starosta powiatowy, natomiast już za administratora danych właścicieli pojazdów przetwarzanych w związku z poborem opłat za parkowaniem Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych uznał reprezentowane przez zarząd miasto. P. Stopiński, Odpowiedzialność administratora danych osobowych, [w:] G. Goździewicz, M. Szablowska (red.), Prawna ochrona danych osobowych w Polsce na tle europejskich standardów Toruń 2008, s. 293.

³⁸ P. Barta, P. Litwiński, Ustawa o ochronie...

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ A. Krasuski, Outsourcing danych.. s. 53–54.

⁴¹ P. Barta, P. Litwiński, Ustawa o ochronie...

o środkach przetwarzania, tj. *de facto* o tym, jak te dane mają być przetwarzane, nie jest już tak oczywiste. W praktyce mianowicie to właśnie dostawca usług *cloud computing* udostępnia określone oprogramowanie, całą infrastrukturę techniczną i środki sprzętowe, decyduje o organizacji całego procesu przetwarzania danych osobowych. Można więc zaryzykować stwierdzenie, że to on decyduje o tym, jakimi metodami, a więc i w oparciu o jakie środki, następuje przetwarzanie danych osobowych. Skutkiem powyższego jest więc sytuacja, w której następuje swoiste zatarcie się granicy pomiędzy administratorem danych a podmiotem przetwarzającym dane osobowe na jego zlecenie, skoro to nie administrator danych osobowych decyduje o środkach ich przetwarzania.

Powyższe wątpliwości interpretacyjne zostały również dostrzeżone przez Grupę Roboczą ds. ochrony danych powołaną na mocy art. 29 dyrektywy 95/46/WE, zwaną także Grupą Roboczą Art. 29. W opinii Nr 1/2010 w sprawie pojęć „administrатора danych” i „przetwarzającego”⁴² dokonała ona podziału środków przetwarzania na środki organizacyjne i techniczne oraz tzw. zasadnicze elementy (*essential elements*). W ramach pierwszej kategorii, tj. środków organizacyjnych i technicznych, będą podejmowane decyzje dotyczące np. tego, z jakiego sprzętu i oprogramowania komputerowego skorzystać. Kategoria tzw. elementów zasadniczych odnosić się będzie natomiast do określenia, które dane i jak długo mają być przetwarzane, kto powinien mieć do nich dostęp itd. Dzięki podziałowi środków przetwarzania na wskazane powyżej kategorie w ocenie Grupy Roboczej Art. 29 możliwe jest więc uniknięcie rzeczywistych problemów interpretacyjnych związanych ze statusem administratora danych osobowych i podmiotu przetwarzającego. Wystarczające jest bowiem, z punktu widzenia kwalifikacji danego podmiotu jako administratora danych, ustalenie, że to właśnie on decyduje o tzw. zasadniczych elementach. W związku z tym nie jest więc konieczne, aby dodatkowo decydował też o środkach technicznych i organizacyjnych⁴³.

Powyższa analiza z całą pewnością daje podstawy do twierdzenia, że określenie statusu podmiotów przetwarzających dane osobowe w chmurze obliczeniowej w oparciu o ustawowe kryterium decydowania przez administratora danych o celach i środkach przetwarzania może rodzić liczne wątpliwości interpretacyjne i w rezultacie dokonanie takiego rozróżnienia może być trudne do przeprowadzenia. W związku z powyższym podmioty uczestniczące w tym przetwarzaniu muszą starannie analizować swoją pozycję i status, ponieważ od jego precyzyjnego określenia zależeć będzie wiele zasadniczych kwestii. Chodzi tutaj m.in. o możliwość przypisania podmiotowi określonego zestawu obowiązków, a tym samym i odpowiedzialności, a także określenie, jakie prawo krajowe będzie właściwe

dla przetwarzania danych itd.⁴⁴ Być może zasadna byłaby też zmiana przepisów w tym zakresie, tak aby uściślić, jak wynika z powyższego, nieprecyzyjną definicję administratora danych osobowych.

Niemniej jednak, jak pokazuje praktyka przetwarzania danych osobowych w chmurze, poza wskazaną powyżej możliwością zacierania się granicy pomiędzy administratorem danych a podmiotem przetwarzającym może dochodzić jeszcze do innych złożonych wariantów relacji pomiędzy tymi podmiotami. Jako przykład można wskazać sytuację, w której to mamy do czynienia z wielością podmiotów występujących – czy to w roli administratora danych osobowych, czy podmiotów przetwarzających dane na zlecenie.

Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych powyżej sytuacji, tj. do wielości podmiotów występujących po stronie administratora danych osobowych, należy wskazać, że generalnie nie tylko nie stanowi *novum* w polskim systemie prawa, ale, co więcej, wynika bezpośrednio ze wskazanej już dyrektywy 95/46/WE. W jej art. 2 administratora danych definiuje się bowiem jako „osobę fizyczną lub prawną, władzę publiczną, agencję lub inny organ, który samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami określa cele i sposoby przetwarzania danych; jeżeli cele i sposoby przetwarzania danych są określone w przepisach ustawowych i wykonawczych lub przepisach wspólnotowych”⁴⁵, przy czym oczywiście kluczowe znaczenie ma tutaj zwrot „samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami”. W związku z powyższym w literaturze przedmiotu ugruntowane jest stanowisko, zgodnie z którym dwa lub więcej podmioty działają jako administratorzy danych bądź to wspólnie (tj. decyzje dotyczące zbioru danych podejmują wspólnie, we wzajemnym uzgodnieniu opartym także na podziale kompetencji), bądź też zupełnie samodzielnie – wówczas każdy z nich podejmuje decyzję dotyczącą przetwarzania danych odrębnie, przy czym oboje posiadają status administratora danych łącznie z wiążącymi się z tym uprawnieniami i obowiązkami.

Przykładem tego typu sytuacji, w której mamy do czynienia z wielością podmiotów występujących w roli administratora, jest przetwarzanie danych w ramach systemu POLTAX. System ten, choć wykorzystywany jest w urządach skarbowych do ewidencjonowania i przetwarzania danych o podatnikach, jednocześnie też jest obsługiwany przez Ministerstwo Finansów. Jak słusznie więc zauważa

⁴² Opinia 1/2010 w sprawie pojęć „administrатора danych” i „przetwarzających” Grupy Roboczej ds. ochrony danych osobowych na mocy art. 29, ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_pl.pdf (dostęp z 12.12.2014 r.).

⁴³ *Ibidem*

⁴⁴ B. Fischer, Podział odpowiedzialności za chmurowe przetwarzanie danych osobowych w uwzględnieniu kształtowania regulacji umownych – wybrane zagadnienia, dodatek specjalny do MoP 2014, Nr 9, s. 13.

⁴⁵ Dyrektywa 95/46/WE.

P. Litwiński, oba te podmioty, tj. „zarówno Minister Finansów, jak i naczelnicy urzędów skarbowych, (...) pełnią więc jednocześnie rolę administratorów danych osobowych przetwarzanych w systemie POLTAX”⁴⁶.

Jak nietrudno sobie wyobrazić, tego typu złożoność relacji i wielość podmiotów po stronie administratora danych osobowych może także występować w praktyce przetwarzania danych osobowych w środowisku chmury. Jako przykład można wskazać sytuację, w której dwóch przedsiębiorców „pooluje”⁴⁷ swoją wspólną bazę danych umieszczoną w chmurze obliczeniowej w celu prowadzenia działań marketingowych. Każdy z tych przedsiębiorców uzyskuje więc status administratora danych osobowych⁴⁸.

Niemniej jednak przy tego typu stanie rzeczy kluczowa jest jednak przede wszystkim ocena co do statusu i roli tego podmiotu, bowiem – jak słusznie podniosła we wspomnianej już opinii 1/2010 Grupa Robocza art. 29 – „w przypadku pojęcia administratora danych podstawową i najważniejszą rolą jest określenie, kto odpowiada za zgodność z zasadami ochrony danych i w jaki sposób osoby, których dane dotyczą, mogą w praktyce wykonywać swoje prawa. Innymi słowy: powierzenie odpowiedzialności”⁴⁹. Bez względu na to, czy podmioty występujące w roli administratora danych działają wspólnie czy samodzielnie, na każdym z nich indywidualnie ciążyą obowiązki związane z ochroną przetwarzania danych osobowych, obowiązki informacyjne czy też obowiązki związane z zastosowaniem adekwatnych do zagrożeń środków organizacyjnych i technicznych.

Ponadto, tak jak to zostało już wskazane powyżej, w środowisku przetwarzania danych osobowych w chmurze istnieje możliwość występowania dwóch lub więcej podmiotów w roli przetwarzającego dane na zlecenie. Wynika to przede wszystkim z dość powszechnego zjawiska podpowierzenia usług przez przetwarzających dodatkowym podprzetwarzającym, którzy także uzyskują dostęp do danych. Tytułem wyjaśnienia dodać należy, że tego typu praktyka jest zgodna z przepisami ustawy o ochronie danych, jeżeli:

- 1) w treści samej umowy powierzenia danych osobowych do przetwarzania wskazane zostaną co do tożsamości podmioty, które mogą działać jako podwykonawcy podmiotu przetwarzającego dane na zlecenie, albo
- 2) w toku wykonywania umowy powierzenia danych osobowych do przetwarzania podmiot przetwarzający dane osobowe na zlecenie uzyska pisemną zgodę administratora danych osobowych na skorzystanie z usług wskazanego co do tożsamości podwykonawcy, albo
- 3) przetwarzanie danych osobowych przez podwykonawcę pozostaje w granicach celu i zakresu przetwarzania danych określonych w umowie powierzenia⁵⁰.

Co więcej, jak stwierdziła Grupa Robocza art. 29, również „żaden z przepisów dyrektywy nie zabrania tego ze względu na wymogi organizacyjne, jako wykonawców lub

podwykonawców przetwarzania danych można wyznaczyć szereg podmiotów, również poprzez podział odnośnych zadań. Przetwarzając dane, wszystkie takie podmioty mają jednak obowiązek przestrzegać instrukcji wydanych przez administratora danych”⁵¹.

Podobnie jak w przypadku wielości podmiotów po stronie administratora danych, tak i w przypadku wielu podmiotów przetwarzających dane w ramach podwykonawstwa kwestią zasadniczą jest precyzyjne i wyraźne rozdzielenie ich zobowiązań, a przez to i przypisanie im odpowiedzialności wynikającej z przepisów dotyczących ochrony danych osobowych⁵². Pozwoli to na

⁴⁶ I. Kozieł, Jeden zbiór danych – kilku administratorów, <http://blog-daneosobowe.pl/zbiory-danych-osobowych-kilku-administratorow-danych/> (dostęp z 12.7.2015 r.).

⁴⁷ Jedną z cech charakterystycznych *cloud computingu* jest możliwość pobierania zasobów z istniejącej puli – tj. *resource pooling*. Zob. Multi tenancy czyli resource pooling, <http://computingcloud.pl/pl/rozwiwania/paas-platforma/252-multi-tenancy-czyli-resource-pooling> (dostęp z 21.6.2015 r.).

⁴⁸ A. Krasuski, Outsourcing danych... s. 56.

⁴⁹ Opinia 1/2010 w sprawie pojęć „administratora danych” i „przetwarzających” Grupy Roboczej ds. ochrony danych osobowych na mocy art. 29, ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_pl.pdf (dostęp z 12.12.2014 r.).

⁵⁰ P. Barta, P. Litwiński, Ustawa o ochronie... M. Brzozowska wskazuje przy tym, iż „gdyby przyjąć same klauzule z Kodeksu cywilnego, trzeba by stwierdzić, że samo korzystanie z podwykonawców nie jest zabronione”. I kontynuując, zwraca uwagę na konieczność rozgraniczenia dwóch sytuacji, tj. posłużenia się pomocnikiem a posłużenia się zastępcą. Z tego bowiem, czy podwykonawca będzie występował w roli pomocnika czy zastępcy, będą wynikać liczne konsekwencje prawne. W przypadku skorzystania z pomocnika – co w świetle prawa jest dozwolone – pomocnicy tacy wykonują czynności pod nadzorem i kierownictwem przyjmującego zlecenie. W innej sytuacji jest natomiast usługodawca, który powierza wykonanie usługi osobie trzeciej. Jak bowiem stanowi art. 738 § 1 KC, przyjmujący zlecenie może powierzyć wykonanie zlecenia osobie trzeciej tylko wówczas, gdy to wynika z umowy lub ze zwyczaju bądź też jest do tego zmuszony przez okoliczności. W takim wypadku jest zobowiązany jednak niezwłocznie zawiadomić dającego zlecenie o osobie i miejscu zamieszkania swojego zastępcy. Jeśli to zobowiązanie wykona, wówczas odpowiedzialny jest tylko za brak należytej staranności w wyborze zastępcy, a zgodnie z art. 738 § 2 KC zastępca jest odpowiedzialny za wykonanie zlecenia względem dającego zlecenie. Jeżeli przyjmujący zlecenie ponosi odpowiedzialność za czynności swojego zastępcy jak za swoje własne, ich odpowiedzialność jest solidarna. Zgodnie natomiast z art. 739 KC, w przypadku, gdy przyjmujący zlecenie powierzył jego wykonanie innej osobie, nie będąc do tego uprawniony, a rzecz należąca do dającego zlecenie uległa przy wykonywaniu zlecenia utracie lub uszkodzeniu, przyjmujący zlecenie jest także odpowiedzialny za utratę lub uszkodzenie przypadkowe, chyba że jedno lub drugie nastąpiłoby również i wówczas, gdyby sam zlecenie wykonywał. Jak dalej wskazuje autorka, w przypadku gdy usługodawca korzysta z pomocy osób trzecich lub nawet powierza przetwarzanie danych osobowych osobom trzecim (w literaturze istnieje spór co do tego, czy takie działanie jest możliwe, choć w praktyce jest to zjawisko bardzo częste), wówczas za konieczne uznać należy umieszczenie w umowie zapisu, że w umowach z podwykonawcami zapewni on nie gorsze warunki ich przetwarzania niż wynikające z umowy z usługobiorcą, zwłaszcza jeśli chodzi o zabezpieczenie danych osobowych. M. Brzozowska, Ochrona danych osobowych w sieci, Wrocław 2012, s. 217.

⁵¹ Opinia 1/2010 w sprawie pojęć „administratora danych” i „przetwarzających” Grupy Roboczej ds. ochrony danych osobowych na mocy art. 29, ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_pl.pdf (dostęp z 12.12.2014 r.), s. 30.

⁵² *Ibidem*.

uniknięcie sytuacji, w której nastąpi rozproszenie odpowiedzialności tychże podmiotów, a w rezultacie także i osłabienie kontroli nad procesem przetwarzania danych osobowych.

Wreszcie, na zakończenie rozważań dotyczących statusu podmiotów biorących udział w przetwarzaniu danych osobowych w chmurze obliczeniowej, warto jeszcze zwrócić uwagę na wcześniej zasygnalizowaną już konieczność stosowania do umów *cloud computing* także przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Jest to o tyle ważne, że przepisy tej ustawy stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy o ochronie danych osobowych, a także uzupełniają – w zakresie przez nią nieregulowanym – ochronę ustanowioną w tej ustawie⁵³.

Tymczasem, co biorąc pod uwagę cel niniejszej pracy jest zresztą kwestią kluczową, w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną wprowadzono zupełnie różną terminologię i podział niż ten, który został zaproponowany w ustawie o ochronie danych osobowych. Otóż podmiotem obowiązków związanych z przetwarzaniem danych osobowych i określonych w rozdziale 4 tej ustawy jest usługodawca, tj.:

- 1) podmiot udostępniający usługi (treści) własne lub osób trzecich (*content providers*);
- 2) podmiot pośredniczący w dostępie do takich usług (*intermediary service providers*)⁵⁴.

Powyższe wskazuje więc jednoznacznie, że pojęcie administratora danych z ustawy o ochronie danych osobowych nie jest nawet tożsame z pojęciem usługodawcy z ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁵⁵. Jak zostało to już bowiem wykazane, elementem konstytutywnym pojęcia administratora danych jest „decydowanie o celu i środku przetwarzania danych”. Uznać więc należy, że administratorami danych będą jedynie ci usługodawcy, którzy mają status *content providers*, a więc podmioty udostępniające usługi (treści) własne lub osób trzecich. Inaczej będzie natomiast w przypadku podmiotów jedynie pośredniczących w dostępie do takich usług (*intermediary service providers*), ponieważ z istoty ich działalności wynika, iż nie decydują oni o celach i środkach przetwarzania danych osobowych. Podmioty te nie są więc administratorami danych, a jedynie podmiotami je przetwarzającymi na zlecenie administratorów danych⁵⁶.

Skoro więc możliwe jest dokonanie takiego rozróżnienia usługodawców, należy określić także, które spośród obowiązków nałożonych w art. 16–22 ŚwiadUsłElektU będzie się stosować do usługodawców będących administratorami danych, a które do usługodawców będących podmiotami przetwarzającymi dane na zlecenie administratora. Odnosząc się do tej kwestii, w literaturze przedmiotu wskazuje się, że adresatem zdecydowanej większości obowiązków

nałożonych w rozdziale 4 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną są usługodawcy będący administratorami danych⁵⁷.

Natomiast podmiotami, których dane osobowe mogą być przetwarzane, będą ci usługobiorcy, którzy są osobami fizycznymi⁵⁸. Dotyczyć to będzie zarówno danych osobowych abonenta usługi (tj. strony umowy z usługodawcą, *subscriber*), jak i jej faktycznego użytkownika (*user*), przy czym tego typu sytuacja będzie mieć miejsce np. podczas przetwarzania danych osobowych pracownika korzystającego z usługi *on-line* wykupionej przez pracodawcę⁵⁹.

Podsumowanie

Bez względu na to, czy rozróżnienia pomiędzy administratorem danych osobowych a przetwarzającym na zlecenie dokonywać będziemy w świetle ustawy o ochronie danych osobowych czy też na gruncie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, zagadnienie to – głównie z racji rosnącej złożoności środowiska przetwarzania w chmurze – jawi się jako coraz bardziej istotne, a przy tym i problematyczne. Jak bowiem wynika z powyższych rozważań, w przypadku przetwarzania danych osobowych w chmurze obliczeniowej dokonanie podziału na administratora danych osobowych i podmiot przetwarzającego na zlecenie wyłącznie w oparciu o ustawowe kryteria może nie tylko rodzić liczne wątpliwości interpretacyjne, lecz także – biorąc pod uwagę przywołane powyżej warianty zacierania się granicy pomiędzy tymi podmiotami – może się okazać trudne do przeprowadzenia.

Z całą pewnością daje to więc asumpt do dość oczywistego stwierdzenia, że w związku z upowszechnieniem się technologii *cloud computing* rewizji lub przynajmniej doprecyzowania wymagać będą pojęcia leżące u podstaw systemu ochrony danych, tak aby znaczenie tych pojęć i kryteria ich stosowania były wystarczająco jasne. Do tego czasu jednak to podmioty biorące udział w przetwarzaniu powinny starannie analizować swoją pozycję, tym bardziej że od tego, w jakiej roli będą występować, zależy wiele ich obowiązków, jak również zakres ich odpowiedzialności.

⁵³ X. Konarski, Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Warszawa 2004, s. 161.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 171.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 172.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ J. Gołaczyński (red.), Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz, Warszawa 2009, s. 142.

⁵⁹ X. Konarski, Komentarz do ustawy..., s. 172.

Słowa kluczowe: dane osobowe, chmura obliczeniowa, administrator danych osobowych, przetwarzający dane osobowe na zlecenie.

Administrator of personal data and processor of data on commission versus cloud computing – interpretational issues

In this article the author will attempt to analyse the definition and the status of personal data administrator and any entity or processor of personal data on commission within the context of using cloud computing to process personal data. The complexity of the cloud computing environment and the multitude of its aspects makes it difficult to establish the status of aforementioned entities and distinguish among them when using legislative criteria. Nonetheless, such information is necessary, even if to divide responsibility among these entities or to bestow rights and responsibilities on them.

Keywords: personal data, cloud computing, personal data administrator, processor of personal data on commission.



 **Prawa konsumenta**

DUŻE KOMENTARZE BECKA
M. Namysłowska · A. Piszcz (redaktorzy)
Ustawa o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 5.8.2015 r.
Komentarz
WYDAWNICTWO C.H.BECK

ZARYS PRAWA
USTAWA O PRAWACH KONSUMENTA
DOROTA KARCZEWSKA, MONIKA NAMYSŁOWSKA, TADEUSZ SKOCZNY (red.)
C.H.BECK

Krótkie Komentarze Becka
Berenika Kaczmarek-Templin, Piotr Stec, Dariusz Szostek (redaktorzy)
Ustawa o prawach konsumenta Kodeks cywilny (wyciąg)
Komentarz
C.H.BECK

www.ksiegarnia.beck.pl

Problematyka aukcji internetowych dotyczących treści cyfrowych

Aneta Zwolińska¹

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie problematyki aukcji internetowych dotyczących treści cyfrowych. W szczególności poruszona zostanie kwestia zasadności stosowania przepisów dotyczących aukcji internetowych w odniesieniu do treści cyfrowych dystrybuowanych w postaci elektronicznej bez materialnego nośnika. Autorka omówi także wybór jurysdykcji oraz prawa właściwego w zakresie zawartych umów na aukcjach oraz w odniesieniu do ewentualnych sporów związanych z kontraktem. Problematyka opisana w opracowaniu jest związana z wprowadzeniem do obrotu gospodarczego trzeciego dobra, jakim są treści cyfrowe, odrębnego od usług i rzeczy, w związku z implementacją dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów² do polskiego porządku prawnego. W opracowaniu przedstawiono projekty unijne dotyczące zagadnienia treści cyfrowych.

Uwagi wstępne

Aukcje internetowe pomimo braku jednolitych regulacji prawnych są bardzo popularne. Wielokrotnie były przedmiotem rozważań doktryny³ oraz postępowań sądowych⁴. Główną rolę w kształtowaniu zasad i postępowania aukcyjnego odgrywają domy aukcyjne, które opracowują we własnym zakresie regulaminy i warunki uczestnictwa w aukcjach⁵. Domy aukcyjne nie mają jednak całkowitej swobody w zakresie swojego funkcjonowania. Ich działania, muszą być umiejscowione w prawie materialnym oraz zgodne z obowiązującymi normami prawnymi. Do umów zawartych w ramach aukcji internetowych, gdy prawem właściwym jest prawo polskie, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a w szczególności te dotyczące aukcji, oferty (tzw. kup teraz) oraz inne przepisy szczególne.

Problem prawa właściwego oraz wyboru jurysdykcji

Przez wiele lat większość tradycyjnych aukcji odbywało się fizycznie w domach aukcyjnych, w ramach których zastosowanie miało najczęściej prawo miejsca położenia domu aukcyjnego. Nowe technologie, w tym szczególnie Internet, istotnie zmieniły sposoby zakupu w domach aukcyjnych. Kupujący w chwili zakupu mogą być w innym państwie niż siedziba sprzedającego, mogą też być w innym państwie niż ich miejsce zamieszkania (np. podczas podróży). W takim przypadku pojawia się problem wyboru jurysdykcji oraz prawa właściwego w zakresie zawartych umów oraz w odniesieniu do ewentualnych sporów związanych z kontraktem⁶. W niektórych kontraktach zostają zawarte klauzule prorogacyjne dotyczące jurysdykcji oraz wyboru właściwego prawa. Jednakże w obrocie z udziałem konsumentów, jako strony słabszej kontraktu, wprowadzenie *prorogatio fori* lub klauzuli wyboru prawa do umowy czy regulaminu w wielu sytuacjach może stanowić tzw. klauzulę

abuzywną. W odniesieniu do obywateli państw członkowskich UE zastosowanie będzie miało wówczas 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)⁷. Dokument ten określa m.in. zasady ustalenia jurysdykcji, w przypadku gdy strona ma miejsce zamieszkania zarówno na terytorium państwa członkowskiego, jak i poza nim. Zastosowanie reguł interpretacyjnych wskazanych w rozporządzeniu Bruksela I bis dotyczy również umów o dostarczenie treści cyfrowych⁸.

¹ Autorka jest doktorantką na WPIA Uniwersytetu Opolskiego.

² Dz.Urz. UE L Nr 165, s. 63; dalej jako: dyrektywa 2011/83.

³ B. Stąpala, Aukcje internetowe-wybrane zagadnienia prawne, PUG 2003, Nr 2 s. 9 i nast.; K. Lasota, Sposoby zawarcia umowy przez Internet – wybrane aspekty, MoP 2001, Nr 17, dodatek – Internet i Komputer w Kancelarii, s. 9–10; J. Jankowski, Kontrakty elektroniczne w obrocie prawnym, Warszawa 2008, s. 252 i nast.; A. Jaroszek, Zawarcie umowy sprzedaży w drodze aukcji internetowej, Acta Universitatis, Przegląd Prawa i Administracji 2003, Nr 56, s. 41–59; W.J. Kocot, Wpływ Internetu na prawo umów, Warszawa 2004, s. 295 i nast.; R. Szostak, Aukcja w ujęciu zmienionych przepisów Kodeksu cywilnego, Rejent 2003, Nr 9 (149), s. 112 i nast.; A. Wilińska-Zelek, Zawarcie umowy sprzedaży przez Internet, [w:] M. Zelek (red.), Sprzedaż przez Internet – aspekty prawne Warszawa 2012, s. 94 i nast.; P. Stec, Pozycja prawna domu aukcyjnego w prawie wybranych państw europejskich, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego 2014, vol. 2, s. 5 i nast.; P. Podrecki, Zawarcie umowy w postaci elektronicznej, [w:] J. Barta, R. Markiewicz (red.), Handel elektroniczny. Problemy prawne Kraków 2005, s. 143 i nast.; J. Gołaczyński, Zawieranie umów elektronicznych, [w:] J. Gołaczyński (red.), Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym, Warszawa 2005, s. 70; M. Giaro, Zawarcie umowy w trybie aukcji internetowej, Warszawa 2014.

⁴ Zob. wyrok SR z 2.6.2007 r., II C 903/06, Legalis; wyrok SO z 3.10.2011 r., II Ca 26/11, Legalis; wyrok SA z 10.6.2011 r., VI ACa 304/11, Legalis.

⁵ W.J. Kocot, Wpływ Internetu..., s. 298.

⁶ D. Szostek, M. Świerczyński, Problem prawa właściwego oraz sądów właściwych w zakresie umów dotyczących treści dystrybuowanych on-line, PME 2015, Nr 2, s. 3 i nast.; zob. także: <http://serwer1573845.home.pl/pub/KwSC/mobile/index.html#p=14> (dostęp z 21.12.2015 r.).

⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:32012R1215> (dostęp z 8.10.2015 r.) – niniejszy akt obowiązuje od 10.1.2015 r.; dalej jako: Bruksela I bis.

⁸ Powyższe zagadnienie nasuwa wiele pytań i wątpliwości, co wymaga szerszego omówienia w odrębnej pracy.

W zakresie określenia prawa właściwego dla umów zawartych w Internecie należy odnieść się do przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 593/2008 z 17.6.2008 r. dotyczących prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)⁹. Strony kontraktu mogą dokonać wyboru prawa dla całej umowy lub tylko jej części (art. 3). W przypadku niedokonania wyboru prawa według powyższych zasad lub gdy wybór okazał się nieskuteczny lub nieważny, wskazuje się w doktrynie¹⁰, że należy zastosować reguły kolizyjne wynikające z art. 4 Rzym I. Przepisy te nie odnoszą się bezpośrednio do treści cyfrowych, a zatem należy je w tym przypadku stosować *per analogiam*. Trzeba przy tym zwrócić uwagę, że w przypadku umów konsumenckich (zawartych z konsumentem mającym miejsce zamieszkania w UE) prawem właściwym będzie prawo państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu pod warunkiem spełnienia przesłanek wskazanych w treści art. 6 Rzym I¹¹.

Rodzaje aukcji internetowych

Na podstawie obowiązujących zasad stosowanych w internetowych portalach aukcyjnych można wyróżnić kilka sposobów zawierania umów, które nie zawsze odpowiadają regulacjom dotyczącym tradycyjnej aukcji w ujęciu przepisów Kodeksu cywilnego¹². Obecnie do najpopularniejszych należą aukcja¹³ oraz opcja tzw. kup teraz¹⁴. W przypadku aukcji internetowych bardzo często wszelkie istotne postanowienia dotyczące jej przebiegu są zawarte w regulaminie¹⁵. Tym samym stanowi on wzorzec umowy w ujęciu art. 384 KC¹⁶. Przepisy prawa cywilnego odnoszące się do aukcji najczęściej nie są wystarczające dla domów aukcyjnych, dlatego *naturaliae i accidentaliae negotii* zawieranej umowy zazwyczaj jest wskazywane w treści regulaminu aukcji internetowej. Z kolei tzw. ogłoszenie aukcyjne zawiera co najwyżej *essentialiae negotii* z wyjątkiem ceny sprzedaży, która zostanie osiągnięta dopiero w chwili zakończenia aukcji. Konsekwencją tego jest konieczność każdorazowego uwzględniania postanowienia regulaminów serwisów aukcyjnych¹⁷.

Zarówno w przypadku zawarcia umowy w trybie „aukcji”, jak i „kup teraz” kupujący otrzymuje na adres e-mail wiadomość od serwisu aukcyjnego z danymi kontaktowymi sprzedającego. W literaturze przedmiotu brak jest jednolitego stanowiska w kwestii kwalifikacji czynności prawnej tzn. wysłania informacyjnego e-maila do kupującego¹⁸. Wiadomość e-mail, którą otrzymuje wygrywający aukcję, jest dokumentem w postaci elektronicznej potwierdzającym dokonanie oznaczonej czynności prawnej, np. zawarcie umowy. Obecnie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego nie uwzględniają bezpośrednio dokumentów elektronicznych w przepisach dotyczących dowodów. W niedalekiej przyszłości kwestia ta ulegnie zmianie w związku z ustawą z 10.7.2015 r. – o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹⁹. Należy także pamiętać

o przepisach rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z 23.7.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=URISERV:j10006> (dostęp z 1.11.2015 r.) – dalej jako: Rzym I. Zob. więcej na temat rozporządzenia Rzym I: R. Michaels, Proceedings of the Duke Law Center For International and Comparative Law and Tulane Law Review Symposium: The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for the United States? Introduction, Tulane Law Review, May 2008, s. 1607; N.W. Vermooij, Rome I: an update on the law applicable to contractual obligations In Europe, The Columbia Journal of European Law Online 2009, t. 15, s. 71–76.

¹⁰ D. Szostek, M. Świerczyński, Problem prawa..., s. 3 i nast.; zob. także: <http://serwer1573845.home.pl/pub/KwSC/mobile/index.html#p=14> (dostęp z 21.12.2015 r.).

¹¹ W przypadku umów w relacji B2C kontrakt podlega prawu państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu pod warunkiem spełnienia przez sprzedającego jednego z dwóch warunków. Po pierwsze, sprzedający (przedsiębiorca) wykonuje swoją działalność gospodarczą lub zawodową w państwie, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu. Po drugie, gdy w jakikolwiek sposób kieruje taką działalność do tego państwa lub do kilku państw z tym państwem łącznie, a kontrakt wchodzi w zakres w tej działalności. Zob. więcej: J. Gólczyński, Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2015, s. 207–208; D. Szostek, M. Świerczyński, Problem prawa..., s. 3 i nast.

¹² Szerzej na temat różnic w aukcjach internetowych w korelacji do uregulowań kodeksowych napisali: W.J. Kocot, Wpływ Internetu..., s. 295 i nast.; J. Jankowski, Kontrakty elektroniczne..., s. 252 i nast.

¹³ W regulaminach serwisów aukcyjnych procedura aukcji często jest określana terminem „licytacja”. Pojęcie „licytacja” do 25.12.2014 r. znajdowało się w nieobowiązującej już ustawie z 2.3.2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (t.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 1225); dalej jako: OchPrKonU.

¹⁴ Opcja „kup teraz” to oferta w rozumieniu art. 66 KC. Zob. więcej: M. Giaro, Głosa do wyroku Sądu Okręgowego z 10.2.2011 r., II Ca 26/11, Legalis. Zdaniem tego autora większość ogłoszeń znajdujących się na platformach internetowych ma charakter zwykłych ofert przyjmowanych przez wykonywanie opcji „kup teraz”.

¹⁵ Wyrok SR z 6.2.2007 r., II C 903/06, Legalis. Sąd uznał, że licytacje internetowe organizowane przez popularne portale odpowiadają definicji aukcji w rozumieniu art. 70¹ KC. Zaznaczył, że przebieg i szczegółowe warunki aukcji określa jej organizator.

¹⁶ W przypadku aukcji internetowych, np. Allegro, wzorzec umowy jest sporządzony przez organizatora, a nie przez sprzedającego. Kupujący, akceptując regulamin, zatwierdza dokument przygotowany przez organizatora, a stroną umowy jest sprzedający i kupujący. Dom aukcyjny nie jest organizatorem aukcji w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego. Serwis udostępnia tylko swoje strony do przeprowadzenia transakcji handlowych. Nie jest stroną umowy oraz nie ponosi odpowiedzialności za jakość, bezpieczeństwo i legalność towarów sprzedawanych w ramach transakcji (art. 8 regulaminu Allegro). Kwestia stosunku prawnego łączącego organizatora i sprzedającego wymaga odrębnego umówienia i wykracza poza ramy niniejszego opracowania – zob. http://allegro.pl/country_pages/1/0/user_agreement.php#rule8 (dostęp z 27.12.2015 r.).

¹⁷ Z. Radwański, [w:] Z. Radwański (red.), System prawa prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna, t. 2, Warszawa 2008, s. 364.

¹⁸ Według M. Giaro taki e-mail nie jest oświadczeniem woli o zawarciu umowy, lecz informacją o tym fakcie – oświadczeniem wiedzy; M. Giaro, Zawarcie umowy..., s. 150 i nast. oraz literatura tam wskazana. Według J. Kurek, e-mail informujący o wygranej stanowi oświadczenie woli oblata o przyjęciu oferty – zob. J. Kurek, Charakter prawny umów zawieranych na popularnych elektronicznych targowiskach, CBKE e-Buletyn 2007, Nr 4 <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication?id=14298&tab=3> (dostęp z 10.5.2016 r.). Zdaniem SR w trakcie aukcji przybicia dokonuje organizator, wysyłając stosowną wiadomość do oferenta, który złożył najkorzystniejszą ofertę, za pośrednictwem poczty elektronicznej – zob. wyrok SR z 6.2.2007 r., II C 903/06, Legalis.

¹⁹ Dz.U. poz. 1311. Ustawa ta wejdzie w życie 8.9.2016 r. dalej jako: nowelizacja KC z 10.7.2015 r.

elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającym dyrektywę 1999/93/WE (eIDAS)²⁰. W treści tego rozporządzenia znajduje się definicja dokumentu elektronicznego²¹. *De lege lata* obecnie nie istnieje legalna definicja dokumentu w prawie prywatnym. Również w literaturze przedmiotu nie ma jednolitej definicji dokumentu elektronicznego²². Nowelizacją KC z 10.7.2015 r. została wprowadzona definicja dokumentu do polskiego systemu prawnego. Zgodnie z nowym art. 77³ KC dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jego treścią, przy czym ustawodawca nie wskazał, czy tym zakresem obejmuje tylko dokument tradycyjny czy też elektroniczny. W literaturze przedmiotu uznaje się, że nowa definicja jest pojęciem ogólnym i ma zastosowanie do różnych dokumentów bez względu na ich konstrukcję technologiczną²³. Z kolei definicja dokumentu elektronicznego została zawarta w przepisach rozporządzenia eIDAS. Zgodnie z art. 3 pkt 35 eIDAS dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. W związku z tym wiadomość e-mail wysłana do kupującego o zakończeniu aukcji będzie dokumentem elektronicznym w rozumieniu art. 3 pkt 35 e-IDAS oraz dokumentem w rozumieniu nowego art. 77³ KC, a także w znaczeniu art. 244 KPC i nast.²⁴ Nowelizacja ta w dużej mierze ułatwi przeprowadzenie dowodu w celu wskazania wszystkich istotnych okoliczności związanych z dokonaną transakcją elektroniczną.

Przedmiot aukcji a treści cyfrowe

Zazwyczaj procedura aukcyjna jest stosowana do prostych umów, gdzie tylko w zasadzie jeden z elementów, czyli cena, podlega konkurencyjnej rywalizacji. Z kolei przedmiot umowy oraz inne *essentialiae negotii* nie mogą być objęte zakresem współzawodnictwa licytantów²⁵. Elementy te powinny zatem znaleźć się w ogłoszeniu aukcyjnym lub regulaminie. Ustawodawca nie wskazał, jakie „przedmioty” mogą być materiały aukcji. W doktrynie uznaje się, że w trybie aukcji można zawrzeć różne umowy, np. dotyczące sprzedaży rzeczy, przeniesienia praw rzeczowych, a także kontrakty wykonania dzieła, najmu czy dostawy oraz umowy dotyczące usług²⁶. Jest to o tyle istotne, iż treści cyfrowe jako specyficzne dobro mogą stanowić różny przedmiot umowy.

Jeden z największych w Polsce domów aukcyjnych ma obecnie ponad 50 kategorii przedmiotów. Do najpopularniejszych należą: sprzęty agd i rtv, muzyka, gry, motoryzacja, książki zarówno w formie tradycyjnej papierowej, jak i elektronicznej (e-book). Aukcje internetowe dotyczą również „dóbr świata wirtualnego”, które występują w grach typu Second Life. W tym przypadku przedmiotem aukcji są np. *linden dollars*, czyli wirtualne pieniądze²⁷.

Dotychczasowe regulacje prawne, w szczególności w obrocie z udziałem konsumentów (w przypadku umów na

odległość), odnosiły się wyłącznie do przedmiotów (rzeczy czy też towarów) lub usług. Ustawą z 30.5.2014 r. o prawach konsumenta²⁸ ustawodawca polski wprowadził do polskiego systemu prawnego pojęcie „treść cyfrowa”. Jest to implementacja dyrektywy 2011/83.

W związku z wprowadzeniem do obrotu gospodarczego trzeciego rodzaju dobra (obok „towaru” i „usług”) pojawia się pytanie, czy „treść cyfrowa” może być przedmiotem aukcji internetowych, a jeżeli tak, to które przepisy dla tak zawartej umowy należy stosować?

Definicja treści cyfrowej

Zgodnie z treścią art. 2 pkt 5 PrKonU „treść cyfrowa” oznacza dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej. W doktrynie wskazuje się na kilka różnic w odniesieniu do definicji zawartej w dyrektywie 2011/83 i ustawy o prawach konsumenta²⁹. Podnosi się jednakże, że nie ma to większego wpływu dla poprawnej wykładni tego pojęcia. Zarówno polski, jak i europejski prawodawca nie sformułował w żadnym przepisie *exemplum* treści cyfrowych. Jedynie w preambule do dyrektywy 2011/83 zostały wymienione ich przykłady, do których należą (motyw 19): programy komputerowe, aplikacje, gry, muzyka, nagrania wizualne

²⁰ Dz.Urz. UE L Nr 257, s. 73.

²¹ Zob. więcej: D. Szostek, Doręczenia elektroniczne oraz wybrane aspekty informatyzacji sądowego postępowania egzekucyjnego, [w:] A. Marciniak (red.), Elektroniczna sądowa egzekucja w Polsce, Warszawa 2016, s. 170 i nast.; A. Zwolińska, Elektroniczne potwierdzenie odbioru jako narzędzie w pracy komornika, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, Księga Jubileuszowa X-lecia Pomorskiej Izby Komorniczej Sopot 2016, s. 489 i nast.

²² Zob. więcej na temat dokumentu elektronicznego: K. Górka, Zachowanie zwykłej formy pisemnej czynności prawnych, Warszawa 2007, s. 234 i nast.; D. Szostek, Czynność prawna a środki komunikacji elektronicznej, Kraków 2004, s. 230 i nast.; W.J. Kocot, Wpływ Internetu..., s. 334 i nast.; M. Leśniak, [w:] J. Gołaczyński (red.), Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym, Warszawa 2005, s. 90.

²³ D. Szostek, Nowe ujęcie dokumentu w polskim prawie prywatnym ze szczególnym uwzględnieniem dokumentu w postaci elektronicznej, Warszawa 2012 r. s. 132 i nast. oraz literatura tam wskazana.

²⁴ Z. Radwański, [w:] Z. Radwański, System Prawa..., s. 364.

²⁵ Pogląd został wyrażony na gruncie nieobowiązujących już przepisów ustawy z 23.8.1996 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 114, poz. 542) – dotyczył art. 70² KC. A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny – komentarz, t. 1, Warszawa 2002, s. 220. Pomimo nieobowiązującego już art. 70² KC w takiej treści wykładnię na temat przedmiotu aukcji należy w tym zakresie uznać za aktualną. Według W.J. Kocota, Wpływ Internetu..., s. 299, przedmiotem aukcji są towary lub usługi o stosunkowo niewielkiej wartości, których obrót jest prawnie dopuszczalny, z kolei M. Giaro, Zawarcie umowy..., s. 110, wskazuje jako na przedmiot aukcji – sprzedaż rzeczy.

²⁶ J. Rekiens, M. Zarski, [w:] K. Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), Regulaminy serwisów oraz formy zawierania transakcji Prawo w wirtualnych światach, Warszawa 2013, s. 132–133.

²⁷ Dz.U. poz. 827 ze zm.; dalej jako: PrKonU.

²⁸ Na temat różnic w definicjach: B. Kaczmarek-Templin, [w:] B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek (red.), Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2014, s. 23–24.

²⁹ Problematyka te wykracza poza zakres niniejszego artykułu i powinna być przedmiotem odrębnej publikacji.

lub teksty, bez względu na to, czy dostęp do nich osiąga się poprzez pobieranie czy poprzez odbiór danych przesyłanych strumieniowo, na trwałym nośniku czy przy użyciu jakichkolwiek innych środków. W ten sposób zastosowano neutralność technologiczną, co w dobie szybkiego postępu technologicznego jest jak najbardziej zasadne.

Dla analizy problematyki aukcji internetowej dotyczącej treści cyfrowych istotne jest to, że dystrybucja *digital content* może przyjąć dwie postaci. Pierwsza to na trwałym fizycznym nośniku (rzeczy w znaczeniu Kodeksu cywilnego, np. e-książka, program komputerowy na płycie DVD itp.). W odniesieniu do tak dystrybuowanych treści raczej nie ma wątpliwości co do dopuszczalności zawarcia umowy o takowe treści poprzez aukcję. Dotychczas traktowano takie umowy jak sprzedaż „rzeczy” – nośnika, na którym zapisana jest treść cyfrowa – i stosowano przepisy dotyczące sprzedaży, chociaż w rzeczywistości taka umowa miała często charakter mieszany, także z elementami licencji lub przeniesienia autorskich praw majątkowych.

Drugi sposób dystrybucji dotyczy treści cyfrowych wytworzonych i dystrybuowanych on-line, bez fizycznego nośnika, np. strumieniowo lub na trwałym (choć nie fizycznym) nośniku, który został zdefiniowany odmiennie niż dotychczas ujmowano (szerzej na ten temat w dalszej części artykułu). Pojawia się wobec tego pytanie odnośnie do dopuszczalności zawarcia umowy poprzez aukcję o tak dystrybuowane treści cyfrowe oraz jakie przepisy należy stosować do takiej umowy.

Dodatkowo sytuację komplikuje fakt, że pojęcie „treść cyfrowa” wprowadzono tylko do ustawy o prawach konsumenta, a jej zakres podmiotowy dotyczy wyłącznie relacji *business to consumer*. Jednakże treści cyfrowe występują również w obrocie *business to business* oraz *consumer to consumer* (np. gry Second Life). W korelacji B2B oraz C2C tzw. *digital content* funkcjonuje i jest przedmiotem obrotu, jednakże bez legalnej definicji, zgodnie z zasadą swobody umów³⁰.

Ustawodawca europejski dostrzegł powyższe problemy i między innymi z tego powodu obecnie w UE trwają prace nad dwoma aktami prawnymi dotyczącymi treści cyfrowych. Pierwszy w nich to projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży (CESL)³¹. Dokument ten ma stanowić w UE tzw. instrument opcjonalny³². Projekt rozporządzenia dotyczy stworzenia tzw. wspólnych europejskich przepisów sprzedaży w obrocie transgranicznym z udziałem konsumentów (czyli relacji B2C) oraz dla małych i średnich przedsiębiorców (czyli B2B). Instrument ten będzie miał zastosowanie dla umów: sprzedaży, o dostarczenie treści cyfrowych oraz o świadczenie usług powiązanych (ze sprzedażą towarów lub dostarczeniem treści cyfrowych). CESL będzie drugim reżimem prawa umów w ramach prawa krajowego każdego pań-

stwa członkowskiego³³. Zgodnie z treścią art. 2 lit. j CESL „treści cyfrowe” oznaczają dane wytwarzane i dostarczane w formie cyfrowej, niezależnie od tego, czy ich właściwości zostały określone przez konsumenta.

Drugim projektem jest propozycja Komisji Europejskiej z 9.12.2015 r. tj. dyrektywa w sprawie niektórych aspektów dotyczących umów o dostarczanie treści cyfrowych (ang. *Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*)³⁴. Projekt określa niektóre wymagania dotyczące umów o dostarczenie treści cyfrowych do konsumentów. W szczególności wytycza zasady dotyczące zgodności treści cyfrowych z umową, a także wskazuje na środki prawne w przypadku braku takiej zgodności. Ponadto znajdują się w nim przepisy dotyczące zmiany oraz sposobu rozwiązania umowy o dostarczenie treści cyfrowych. Projekt dyrektywy zawiera również obszerną definicję pojęcia „treści cyfrowe”. Zgodnie z art. 2 pkt 1 projektu dyrektywy „treści cyfrowe” oznaczają:

- 1) dane które są wytwarzane i dostarczane w formie cyfrowej, np. wideo, audio, aplikacje, gry cyfrowe i inne oprogramowania;
- 2) usługi umożliwiające tworzenie, przetwarzanie lub przechowywanie treści cyfrowych, gdzie takie dane są dostarczane przez konsumenta;
- 3) usługi dające możliwość dzielenia się nimi lub korzystania z nich w jeszcze inny sposób (ang. *interaction*), których treści cyfrowe są dostarczane innym użytkownikom serwisu.

Niezależnie od przyjętej definicji ani aktualnie obowiązujące przepisy, ani projekty nie przesadzają o dopuszczalności aukcji dotyczącej treści cyfrowych bez fizycznego nośnika. Problem dodatkowo komplikuje definicja trwałego nośnika.

Trwały nośnik w kontekście udostępnienia treści cyfrowych

W zakresie analizy dopuszczalności aukcji elektronicznej w odniesieniu do treści cyfrowych istotne jest wyjaśnienie pojęcia trwałego nośnika. Zgodnie z treścią art. 2

³⁰ KOM (2011) 635, 2011/0284 (COD), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:pl:PDF> (dostęp z 27.12.2015 r.).

³¹ E. Łętowska, Co znaczy opcja w Instrumencie Opcjonalnym (Common European Sales Law)? Europejski Przegląd Sądowy 10/2012, s. 4 i nast.

³² G. Dannemann, S. Vogenauer, The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law, Oxford 2013, s. 269; J.P. Pendes, L.M. Martínez Velencoso (red.), European Perspectives on the Common European Sales Law, Germany 2014, s. 27.

³³ COM (2015) 634 final, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/directive_digital_content.pdf (dostęp z 27.12.2015 r.).

³⁴ W treści załącznika Nr 1 do OchPrKonU, „Informacje dotyczące korzystania z prawa odstąpienia od umowy. Wzór pouczenia o odstąpieniu od umowy” posługuje się pojęciem „poczta elektroniczna” jako trwałym nośnikiem przy przesłaniu przez przedsiębiorcę potwierdzenia otrzymania informacji o odstąpieniu od umowy.

pkt 10 dyrektywy 2011/83 „trwały nośnik” oznacza każde urządzenie umożliwiające konsumentowi lub przedsiębiorcy przechowywanie informacji kierowanych do niego osobie, w sposób umożliwiający dostęp do tych informacji w przyszłości przez okres odpowiedni do celów, jakim te informacje służą, i które pozwalają na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci. Z kolei w ustawie o prawach konsumenta polski ustawodawca rozszerzył zakres definicji, dodając na jej początku słowo „materiał” (art. 2 pkt 4 PrKonU). Dyrektywa (motyw 19 i 23) wskazuje na przykłady trwałych nośników, do których można zliczyć materiały o substracie materialnym (papier, CD, DVD, pendrive, karty pamięci) oraz takie, w których brak jest substratu materialnego, np. pocztę elektroniczną. Również polski prawodawca wymienia pocztę elektroniczną jako trwały nośnik³⁵. Do grupy trwałych nośników nieposiadających substratu materialnego można zatem jeszcze dodać sposoby pozwalające na przesyłanie wiadomości tekstowych typu sms, komunikatory gadu gadu, GoogleTalk, WhatsApp, FaceTime czy Skype oraz inne.

Wątpliwości budzi uznanie strony internetowej za trwały nośnik. Nie każda witryna www może być uznana za trwały nośnik w rozumieniu art. 2 pkt 4 PrKonU³⁶. Na uwagę zasługuje wyrok Trybunału Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) z 27.1.2010 r. w sprawie E-4/09, Inconsult Anstalt oraz Urząd ds. Rynku Finansowego (Finanzmarktaufsicht)³⁷. W tej sprawie Trybunał orzekł, że zasadniczo strona internetowa także może być trwałym nośnikiem, pod warunkiem że zostaną spełnione trzy kumulatywne przesłanki. Po pierwsze, strona musi zezwalać konsumentowi na przechowywanie otrzymanych informacji. Po drugie, takie przechowywanie musi zostać zapewnione przez wystarczająco długi okres. Okres przechowywania nie może zostać wskazany w sposób ogólny, lecz powinien być określany każdorazowo. Wreszcie musi zostać zapewniony – na rzecz ochrony klienta – zakaz zmiany informacji przez podmiot, który je dostarcza³⁸.

Pojawia się zatem pytanie o dopuszczalność stosowania przepisów dotyczących aukcji internetowych w odniesieniu do treści cyfrowych dystrybuowanych w postaci elektronicznej bez materialnego nośnika, w przypadku których stosowanie przepisów dotyczących sprzedaży nie jest możliwe. Tym bardziej że treść cyfrowa nieinkorporowana fizycznie w rzecz może być „nieskończenie powielana” (ang. *infinitely duplicable*) często bez ograniczeń³⁹.

Pojęcie umowy o dostarczenie treści cyfrowych bez fizycznego nośnika

Ustawodawca unijny w preambule dyrektywy 83/2011 wskazuje, że umowy, których przedmiotem jest dostarczenie treści cyfrowych, nie powinny być klasyfikowane ani jako

umowy sprzedaży, ani jako umowy o świadczenie usług. Polski ustawodawca nie wyodrębnił umów dotyczących treści cyfrowych. Ograniczył się jedynie do wprowadzenia wielu obowiązków przedkontraktowych i kontraktowych związanych z zawarciem takiej umowy (art. 8 pkt 8 i 9, art. 12 ust.1 pkt 19 i 20, art. 15 ust. 2 i 3, art. 21 ust. 1 pkt 2, ust. 2, art. 36 pkt 1 i 2, art. 38 pkt 13). Należy zauważyć, że projekt ustawy o prawach konsumenta⁴⁰ zawierał propozycję zmiany art. 555 KC. Zgodnie z sugerowaną zmianą przepisy o sprzedaży rzeczy stosowałyby się odpowiednio do sprzedaży energii, praw, wody oraz do umów o dostarczenie treści cyfrowych. Ostatecznie podczas prac legislacyjnych ta modyfikacja art. 555 KC została wykreślona. Jednakże propozycja ta, aczkolwiek poddawana pod wątpliwość, rozwiązywałaby wiele problemów, m.in. dotyczących kwalifikacji umowy o treści cyfrowe, dopuszczalności aukcji w stosunku do nich (dostarczanych on-line), a przede wszystkim dotyczących odpowiedzialności za wady treści cyfrowych w zakresie stosowania rękopisów oraz gwarancji.

Umowa o dostarczenie treści cyfrowych⁴¹ jest kontraktem mieszanym, składającym się z różnych elementów umów nazwanych i *contractus innominatim*, takich jak: sprzedaż⁴², świadczenie usług, dostawa czy *support*. Z reguły jest umową adhezyjną (najczęściej w obrocie B2C). Często składa się z elementów umów z zakresu prawa cywilnego oraz autorskiego z zachowaniem szczególnego charakteru wynikającego ze sposobu jej dostarczenia. Nieodłącznym jej elementem powinno być uprawnienie dla nabywcy treści cyfrowych do legalnego korzystania z nich⁴³ np. w formie licencji. Umowa o dostarczenie treści cyfrowych jest specyficznym kontraktem.

³⁵ Odmienne K. Lehmann, Przepisy konsumenckie dla przedsiębiorców, UOKiK, Warszawa 2014, s. 7.

³⁶ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.305.01.0016.01.POL (dostęp z 29.8.2015 r.).

³⁷ Zob. więcej: Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozzigo z 6.3.2012 r., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=120049&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=119267#Footnote14> (dostęp z 29.8.2012 r.).

³⁸ G. Dannemann, S. Vogenauer, The Common..., s. 269.

³⁹ Druk Nr 2076.

⁴⁰ Według D. Lubasza, umowy o dostarczenie treści cyfrowych powinny stanowić osobny typ umów – zob. *tenże*, [w:] M. Namysłowska, D. Lubasz (red.), Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz, Warszawa 2015, s. 57. Zdaniem B. Kaczmarek-Templin, umowy o dostarczenie treści cyfrowych nie będą umowami sprzedaży ani umowami o świadczenie usług, ale będą podlegały reżimowi przepisów o umowie sprzedaży – zob. *taż*, [w:] Ustawa..., s. 25.

⁴¹ Zob. więcej: wyrok TSUE z 3.7.2012 r., C-128/11 pkt 48, 84 w sprawie UsedSoft. Trybunał zakwalifikował transakcję polegającą na pobraniu (odpłatnym) programu komputerowego z sieci Internet jako umowę sprzedaży. Zob. więcej: B. Kaczmarek-Templin, Specyfikacja umów o dostarczenie treści cyfrowych w świetle ustawy o prawach konsumenta, [w:] T. Skoczny, D. Karczewska, M. Namysłowska (red.) Ustawa o prawach konsumenta, Warszawa 2015, s. 95.

⁴² Gdy treść cyfrowa stanowi utwór w rozumieniu art. 1 ustawy z 4.2.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. Nr 90, poz. 631 ze zm.).

⁴³ Problematyka ta znacznie wykracza poza ramy niniejszego opracowania i wymaga odrębnych badań.

Utrata np. licencji powoduje brak możliwości legalnego korzystania z „treści cyfrowych” w aspekcie prawa autorskiego. Jest to ułomna konstrukcja umowy, z aspektem warunkowości w zakresie korzystania z produktu. Problem dotyczy także dopuszczalności dalszego przenoszenia na inne osoby trzecie praw do treści cyfrowych. Należy zauważyć, że większość uregulowań ustawy o prawach konsumenta dotyczy utworów zapisanych na nośniku materialnym (np. egzemplarz opracowania art. 2 ust. 5, egzemplarz utworu art. 40). *De lege ferenda* w związku z wprowadzeniem treści cyfrowych do prawa polskiego przepisy ustawy o prawach konsumenta wymagają modyfikacji nade wszystko w celu dostosowania do obecnych realiów, a w szczególności do ewolucji wynikającej z nieustannego postępu technologicznego⁴⁴. W odniesieniu do aukcji dotyczących treści cyfrowych dystrybuowanych bez fizycznego nośnika – prosta analogia do sprzedaży (tak jak mamy przy treściach na nośnikach fizycznych) nie wydaje się wystarczająca.

Podsumowanie

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że dopuszczalne jest zawarcie poprzez aukcję internetową umowy dotyczącej treści cyfrowych. Nie ma większych wątpliwości dotyczących treści cyfrowych dystrybuowanych na fizycznym nośniku, odnośnie do których stosuje się przepisy o sprzedaży rzeczy, chociaż w rzeczywistości nie tyle o rzecz w tym przypadku chodzi, ile o treść cyfrową w niej zawartą. Także za dopuszczalne należy uznać zawarcie umowy o treści cyfrowe dystrybuowane bez fizycznego nośnika poprzez aukcje, jednakże tak zawarta umowa nie będzie umową sprzedaży, a umową nienazwaną z elementami prawn-autorskimi. Tego typu umowa odrębnie, jak sprzedaż treści cyfrowej na fizycznym nośniku, wywołuje jednak wiele problemów i wątpliwości. Powstają zasadne obiekcje co do praw i obowiązków każdej ze stron. Nie do końca wiadomo (i to zarówno w obrocie konsument-

kim, jak i dwustronnie profesjonalnym), z jakiego reżimu ochrony można skorzystać w przypadku niezgodności treści cyfrowych z umową. *De lege lata* w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o dostarczenie treści cyfrowych dystrybuowanych bez fizycznego nośnika i w przypadku odmiennych postanowień umownych kupującemu przysługują roszczenia na gruncie przepisów o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu (art. 471 KC)¹¹¹. Z kolei gdy przedmiotem aukcji będzie treść cyfrowa utrwalona na trwałym nośniku kupującego, będą przysługiwały również uprawnienia wynikające z rękopisami czy gwarancji. Tak odmienne ukształtowany status kupującego na aukcjach internetowych nie jest właściwym rozwiązaniem. Tym bardziej że z praktycznego punktu widzenia nie ma większego znaczenia, czy ta sama treść cyfrowa zostanie „ściągnięta” po zawarciu umowy poprzez aukcję internetową, on-line czy też na fizycznym nośniku. Będzie to przecież ta sama treść cyfrowa. Do czasu implementacji dyrektywy o treściach cyfrowych pozostaje zatem wiele wątpliwości w zakresie stosowania właściwych przepisów prawa do umowy o dostarczenie treści cyfrowych (w postaci elektronicznej), w szczególności ich niezgodności z umową.

⁴⁴Większość umów o dostarczenie treści cyfrowych (dystrybuowanych w postaci elektronicznej) polega na udzieleniu licencji do korzystania z tych treści w określonym zakresie (najczęściej jest to licencja tzw. pudełkowa – niewyłączna). Jednakże w przypadku umowy o dostarczenie treści cyfrowych z przeniesieniem autorskich praw majątkowych kupującemu będą przysługiwały prawa zgodnie z art. 555¹¹ KC. Należy zaznaczyć, że w doktrynie istnieje wiele wątpliwości w zakresie stosowania właściwych przepisów prawa w przypadku wadliwości „dóbr niematerialnych”. Zob. więcej: A. Stuglik, Odpowiedzialność licencjodawcy zawady programu (oprogramowania) komputerowego, MoP 2002, Nr 9, s. 45 i nast.; K. Żok, Środki ochrony zamawiającego program komputerowy. Odpowiedzialność twórcy za usterki utworu, Warszawa 2015, s. 66 i nast.; E. Traple, Umowy o eksploatację utworów w prawie polskim, Warszawa 2010, s. 285 i nast.; P. Stec, [w:] B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek (red.), Ustawa..., s. 408. Na temat licencji otwartych: D. Klimas, Licencje „Creative Commons” 3.0 w polskim porządku prawnym oraz ich byt w wirtualnym świecie – wybrane aspekty prywatnoprawne, PME 2015 Nr 1, s. 53 i nast.

Słowa kluczowe: aukcja, licytacja, treść cyfrowa, oferta, umowa, sprzedaż, trwały nośnik, konsument, dokument, umowa o dostarczenie treści cyfrowych, dokument elektroniczny.

Issues regarding Internet auctions concerning digital content

This paper provides an insight into Internet auctions in relation to digital content. In particular, it focuses on applicability of laws regarding Internet auctions in relation to the digital content distributed only in an electronic form without a tangible medium. The author also deals with the question of choice of jurisdiction and applicable laws governing contracts concluded via auctions as well as potential disputes resulting from the contractual provisions which are likely to appear. The problem area described in the present paper is connected with introduction of the third goods into trade, e.g. digital content, which is separate from goods and services pursuant to the implementation of the EU directive on consumer rights, no. 2011/83/UE, into the Polish law. The paper is an effort to present the EU projects which are related to digital content.

Keywords: Auction, digital content, offer, contract, sale, durable.

Wybrane aspekty prawne wykorzystania sposobu wyrażenia banknotów jako środków płatniczych w celach reklamowych w mediach elektronicznych

Damian Klimas¹

W niniejszym artykule autor wskazuje na istniejącą w dzisiejszych czasach dezintegrację prawa reklamy. W jego ocenie powoduje to wiele problemów praktycznych, które rodzą nad wyraz ciekawe i istotne problemy badawcze. W szczególności dotyczy to wykorzystania obrazu środków płatniczych w reklamie. Celem niniejszego opracowania jest zasygnalizowanie problemu wykorzystania obrazu banknotów w reklamie i wskazanie podjętej już w doktrynie dyskusji, a także wybijających się w niej głosów.

Uwagi wstępne

Opierając się na własnych doświadczeniach oraz przemyśleniach, można domniemywać, że reklama towarzyszy człowiekowi w zasadzie od momentu powstania wolnego rynku, od chwili, gdy dostrzeżono konkurencję. Wątpliwe jest bowiem, żeby starożytni Grecy czy Egipcjanie nie dostrzegali benefitów promocji własnych towarów oraz usług. Istnieją również niezaprzeczalne dowody świadczące o biegłości starożytnych Rzymian w trudnym kunszcie sprzedaży, a także pierwsze przykłady reklamy².

Wyraz „reklama” pochodzi od łacińskich słów „*clamo, reclamo*”, co oznacza wołanie, krzyk, zwracanie uwagi, wielokrotne powtarzanie³. Obecnie „reklama” jest identyfikowana z jej słownikowym znaczeniem, oznaczającym działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub skorzystania z określonych usług, a także plakat, napis, ogłoszenie, krótki film itp. służące temu celowi⁴. Wydaje się jednak, że komplementarnej definicji tego pojęcia dostarcza art. 4 pkt 17 ustawy z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji⁵, reklamą jest przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja. O ile definicja legalna tego pojęcia jest szersza, należy pamiętać o tym, że stosuje się ją co do zasady dla przedmiotowego aktu prawnego.

Przedstawienia tła problematyki reklamy ma na celu nakłonienie czytelnika do analizy i być może konstatacji, dotyczącej dezintegracji prawa reklamy w dzisiejszych czasach. Przedmiotowa dezintegracja jest spowodowana rażąco inflacją prawa, a w szczególności powstaniem jego nowych „gałęzi”. Prawo konsumenckie, prawo konkurencji, prawo ochrony danych osobowych i inne nowatorskie „gałęzie” prawne powodują, że problematyka prawa reklamy jest niezmiernie zawiła, a jej analiza wymaga wnikliwej lektury wielu przepisów prawnych⁶.

Praktyczny przykład wykorzystania banknotów w reklamie a zasada legalizmu

Można z dużą dozą pewności założyć następujący stan faktyczny w dobie Internetu: podmiot kojarzony zwyczajowo z pieniądzem, np. pożyczkodawca, spółdzielcza kasa oszczędnościowo kredytowa, bank lub nawet kantor, chce reklamować swoje usługi. W tym celu przygotowuje projekt reklamy audiowizualnej, wykorzystując np. polskie banknoty stużłotowe oraz amerykańskie banknoty jednodolarowe. Jednak przed emisją reklamy z obrazem środków płatniczych poszukano w sieci Internet odpowiedzi na pytanie, czy taka reklama jest dopuszczalna. Mogłoby się bowiem wydawać, że skoro konkurencja⁷ wykorzystuje obraz środ-

¹ Prawnik w kancelarii prawnej Szostek_Bar i Partnerzy, doktorant Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

² Szerzej: M. Tungate, Adland, Londyn i Filadelfia 2007, s. 10 i nast.

³ E. Nowińska, Zwalczenie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno-prawne, Kraków 2002, s. 17.

⁴ Hasło: reklama, Słownik Języka Polskiego, PWN, <http://sjp.pwn.pl/> (z 28.11.2015 r.).

⁵ Tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 1531 ze zm.

⁶ Reklama w polskim prawie jest regulowana m.in. poprzez przepisy: ustawy o radiofonii i telewizji (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 639 ze zm.); art. 16 i n. ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), a przez to pośrednio ustawy z 23.8.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 3) oraz ustawy z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 ze zm.); art. 12 i 36 ustawy z 26.1.1984 r. – Prawo prasowe (Dz.U. Nr 5, poz. 24 ze zm.); art. 29 ust. 6 ustawy z 19.11.2009 r. o grach hazardowych (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 471 ze zm.); art. 2 pkt 5 ustawy z 9.11.1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 298); art. 2¹ pkt 3 ustawy z 26.10.1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 487); art. 52 ust. 1 ustawy z 6.7.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tj. Dz.U. Nr 45, poz. 271 ze zm.); np. art. 25 ustawy z 25.8.2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 594 ze zm.). Nie jest to wyliczenie enumeratywne, a warto mieć na uwadze również regulację prawa unijnego.

⁷ Zob. np. reklama kredytu gotówkowego Banku Zachodniego WBK S.A. z *Chuckiem Norrisem* z 2012 r. lub z *Gerardem Depardieu* z 2010 r.

ków płatniczych w reklamie, nie jest to zakazane. Wyniki wyszukiwania doprowadziły jednak do ciekawego znaleziska. Mianowicie na stronie Narodowego Banku Polskiego (NBP) odnaleziono dokument pt. *Zasady wykorzystywania wizerunków polskich banknotów i monet*⁸.

Istotne jest spostrzeżenie błędu w zastosowaniu słowa „wizerunek” w przedmiotowym dokumencie, gdyż jest on zwyczajowo kojarzony z osobą fizyczną. Należy w tym miejscu skonstatować brak definicji legalnej wizerunku. Niemniej warto stwierdzić również, że od wielu lat stosuje się to słowo w określonym kontekście, który trudno jest podważyć. S. Ritterman pisał, że „wizerunek danej osoby obejmuje głowę, jak i całą postać indywidualizującą tę osobę jako jednostkę fizyczną”⁹. Bardziej współcześnie, J. Błęszyński, który uważa, że „wizerunek” jako dobro ma bardzo wyraziste kontury i „jest wizualnym ukazaniem osoby, a więc zespołu charakterystycznych cech fizycznych osoby, pozwalających na uzyskanie wyobrażenia o jej wyglądzie”. Autor ten uznał, że istotą wizerunku jest utrwalenie zespołu cech charakterystycznych osoby w sposób wizualny, co różni się od prezentacji za pomocą innych środków treści pozwalających na identyfikację osoby lub wskazania innych elementów, które zostaną w następstwie skojarzone z daną osobą¹⁰.

Wypada zatem uznać, że autor *Zasad* miał na myśli raczej obraz tych środków płatniczych (sposób ich wyrażenia). Niewykluczone, że słowo „wizerunek” wykorzystał w celu ochrony wizerunku polskich władców, którzy występują na banknotach – na banknocie stułotowym znajduje się bowiem portret króla Władysława II Jagiełły. Niemniej w takim przypadku problematyka przedmiotowego zagadnienia byłaby absurdalna, toteż powołana teza nie znajdzie rozszerzenia naukowego w niniejszym opracowaniu. Poza tym powołany portret jest jedynie znakiem wodnym.

W tym miejscu należy zasygnalizować, że według art. 7 Konstytucji organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Pomimo generalności przedmiotowej klauzuli, która determinuje jej zakres, wyrażona w przywołanym przepisie zasada legalności jest podstawą demokratycznego państwa prawnego. W praworządnym państwie jakakolwiek władcza działalność wymaga odpowiedniej podstawy prawnej, tzn. legitymacji w upoważnieniu do działania nadanym prawnie¹¹. B. Banaszak wskazuje, że jedną z konsekwencji zasady legalizmu jest prawna limitacja działalności prawodawczej, oznaczająca, że akty tworzące prawo powinny mieć legitymację w Konstytucji lub w aktach prawnych podjętych na jej podstawie, właściwych do przydzielania kompetencji określonego zakresu, a sposób korzystania z kompetencji przez organy państwowe nie jest żadną miarą wyrazem arbitralności w ich działaniach, ale raczej następstwem realizacji uprawnień im przekazanych¹². Innymi słowy, organy władzy publicznej (organy admini-

stracji publicznej, organy państwowe) nie mogą własnym sumptem, bez odpowiedniego umocowania we właściwym akcie prawnym, nadawać jakichkolwiek praw lub nakładać obowiązków. W szczególności jeśli prawa lub obowiązki te miałyby charakter generalny i abstrakcyjny.

Jednym z takich organów władzy publicznej, zważywszy na treść art. 227 ust. 1 Konstytucji, jest NBP. Przepis ten stanowi, że: „Centralnym bankiem państwa jest NBP. Przysługuje mu wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej. Narodowy Bank Polski odpowiada za wartość polskiego pieniądza”. Dokonując tego ustalenia, należy uznać z całą stanowczością, że do dokonywania różnego rodzaju „działań” i podejmowania czynności prawnych NBP powinien mieć odpowiednią podstawę prawną. Przez odpowiednią podstawę prawną należy rozumieć uprawnienie bądź obowiązek NBP do dokonywania określonych działań, czyli powołaną wyżej legitymację prawną. Zwyczajowo przyjęło się, że organ władzy publicznej w stanowionym przez siebie akcie prawodawczym wskazuje akt prawny lub nawet konkretny przepis, który nadaje temu organowi uprawnienie (legitymację) do takiego działania. Próżno się jednak w tekście *Zasad* doszukiwać przywołania przez NBP przepisu jakiegokolwiek aktu prawnego, który nadawałby delegację przywołanemu organowi do ich ustanowienia.

Zasady wykorzystywania „wizerunków” polskich banknotów i monet

W pierwszym akapicie *Zasad* można odnaleźć następujący zapis: „Narodowy Bank Polski, jako emitent oraz właściciel praw majątkowych do projektów znaków pieniężnych, zastrzega sobie w każdym przypadku prawo wyrażania zgody na reprodukowanie znaków pieniężnych¹³, aby wykluczyć przypadki ich odwzorowania w formie dezawuuującej ich powagę jako prawnego środka płatniczego”. Należy podkreślić, że NBP nie wskazuje żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego, który wykazywałby na takie jego przedmiotowe uprawnienie. Wydaje się zatem, że Narodowy Bank Polski ma błędne przekonanie,

⁸ [Http://nbp.pl/home.aspx?f=disclaimer_banknoty.htm](http://nbp.pl/home.aspx?f=disclaimer_banknoty.htm) (dostęp z 28.11.2015 r.); dalej jako: *Zasady*.

⁹ Por. S. Ritterman, Komentarz od ustawy o prawie autorskim, Kraków 1937, s. 120.

¹⁰ Por. J. Błęszyński, glosa do wyroku z 27.2.2003 r., IV CKN 1819/00, OSP 2004, Nr 6, poz. 75.

¹¹ B. Banaszak, art. 7, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Legalis/el. 2012.

¹² *Ibidem*.

¹³ Kwestie związane z popełnieniem przestępstwa fałszowania pieniędzy stypizowanego w art. 310 § 1 KK nie będą przedmiotem niniejszego opracowania.

że przysługuje mu „prawo wyrażania zgody na reprodukcję znaków pieniężnych”. W Zasadach znalazło się bowiem ogólne odwołanie do ustawy z 4.2.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁴. Ten akt prawny nie statuuje jednak bezpośrednio uprawnienia NBP, o którym mowa w Zasadach.

Dalej w Zasadach można odnaleźć twierdzenie, że zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych „na korzystanie z utworu konieczne jest uzyskanie zgody jego autora. Bez zezwolenia twórcy nie wolno wykorzystywać elementów lub całości dzieła, wprowadzonego do obiegu w charakterze prawnego środka płatniczego, bądź jego opracowania do celów innych, niż związanych z jego urzędową funkcją środka płatniczego”. Po raz kolejny NBP dokonuje wykładni rozszerzającej, wyprowadzając z przepisów prawa powszechnie obowiązującego swoje uprawnienie, które nie zostało ustanowione *expressis verbis*.

Wyżej opisane postępowanie NBP jest niczym nieuzasadnione i pozbawione podstawy prawnej, a co za tym idzie – niezgodne z prawem na gruncie powołanej wyżej zasady legalizmu. Na podstawie tez orzecznictwa¹⁵ należy uznać, że jeśli organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, to wykładnia przepisów „nie może prowadzić do nadawania im znaczenia wykraczającego poza wnioski płynące z zastosowania niebudzących wątpliwości i metodologicznie poprawnych dyrektyw interpretacyjnych. Tym bardziej nie powinna się ona łączyć z dokonywaniem uogólnień czy uproszczeń, ignorujących językowy i logiczny aspekt danego unormowania”¹⁶. Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z 22.4.2002 r. odrzucił możliwość stosowania przez organy władzy państwowej wykładni rozszerzającej w stosowaniu prawa i nadał pierwszeństwo wykładni językowej.

W celu analizy postępowania NBP należy odwołać się do przepisów prawnych statuujących działalność tej instytucji oraz podstawy prawnej środków płatniczych. Chodzi tutaj m.in. o art. 31 ustawy z 29.8.1997 r. o Narodowym Banku Polskim¹⁷, który stanowi, że „znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze”, natomiast (i co ważniejsze) jej art. 33 dodaje, że „wzory i wartość nominalną banknotów oraz wzory, wartość nominalną, stop, próbę i masę monet oraz wielkość emisji znaków pieniężnych, jak również terminy wprowadzenia ich do obiegu ustala Prezes NBP w drodze zarządzenia”. W ustawie o NBP nadano zatem delegację ustawową Prezesowi NBP do wydania zarządzenia, w którym rzechny Prezes ustali wygląd, czy też fizyczny obraz banknotu.

Zarządzenie Prezesa NBP Nr 7/2014 z 25.3.2015 r. w sprawie ustalenia wzorów i wielkości emisji banknotów nominalnej wartości 10 zł, 20 zł, 50 zł i 100 zł¹⁸ w załączniku

Nr 4 wskazanej wyżej ustawy bardzo szczegółowo określa wszystkie elementy banknotu 100 zł, począwszy od podania wartości, przez opis wymiaru, koloru papieru, jego znaku wodnego, nitki zabezpieczającej, cech graficznych obu stron banknotu, zabezpieczenia widocznego w świetle UV itp. W sumie załącznik Nr 4 są to dwie strony A4 dokładnego opisu fizycznego obrazu banknotu o nominale 100 zł. Innymi słowy, wszelkie elementy tego konkretnego banknotu są tam bardzo dokładnie przytoczone. Uczyniono to na tyle szczegółowo, że możemy wyobrazić sobie banknot bądź dokonać jego reprodukcji tylko na podstawie tekstu załącznika Nr 4 do Zarządzenia w sprawie ustalenia wzorów. Oczywiście trudno byłoby oddać całość obrazu banknotu idealnie odwzorowanego, niemniej dla celów reklamowych taka reprodukcja byłaby wystarczająca.

Prawo autorskie a Zasady wykorzystywania „wizerunków” polskich banknotów i monet

Przedmiotowe zarządzenie jest z całą pewnością aktem prawnym. Jeżeli zatem wygląd banknotów ustala się normatywnie, to wydaje się, że należy uznać banknoty za znaki (urzędowe), mając na uwadze wspomniany art. 31 NBPU, który stanowi, że banknoty i monety złotowe są znakami pieniężnymi. Z drugiej strony również art. 4 pkt 2 PrAutU wskazuje w hipotezie normy prawnej, którą można wyinterpretować z tego przepisu prawnego, na znaki urzędowe. Uznając zatem za zasadną teorię racjonalnego prawodawcy, należy stwierdzić, że banknot jest znakiem urzędowym, gdyż ustawodawca nie bez przyczyny posługuje się takimi samymi pojęciami w ramach jednego systemu prawa powszechnie obowiązującego.

Wyłączenia spod ochrony prawa autorskiego są ustanowione w art. 4 PrAutU. W pkt 2 tego przepisu stwierdza się, że „nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole”. Intuicyjnie można podnosić, że znak pieniężny będzie zawierał się w hipotezie przedmiotowej normy prawnej. Potwierdzenia tej tezy można doszukać się w opracowaniach m.in. *J. Barty i R. Markiewicza*, gdzie znalazło się stanowisko, w którym za materiały urzędowe, „ze względu na tryb ich ustanawiania”, należy uznać środki płatnicze i znaczki¹⁹.

¹⁴ T.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.; dalej jako: PrAutU.

¹⁵ Uchwała (7) SN z 20.1.2005 r., I KZP 28/04, OSNKiW 2005, Nr 2, poz. 1.

¹⁶ FPS 5/02, OSN 2002, Nr 4 poz. 137.

¹⁷ T.j. Dz.U. z 2013, poz. 908 ze zm.; dalej jako: NBPU.

¹⁸ Dz. Urz. M.P. z 2014 r. poz. 240.

¹⁹ *J. Barta, R. Markiewicz*, [w:] *J. Barta i R. Markiewicz* (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne*. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2011, s. 139.

To, czy wspomniany przepis obejmuje swoim zakresem środki płatnicze, należy do jednego z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień związanych z prawem autorskim. Doktryna nie jest bowiem w tym zakresie spójna, a zdarza się nawet, że autorzy z biegiem czasu zmieniają w tej kwestii zdanie. *J. Barta* i *R. Markiewicz* przedstawili również alternatywną propozycję kwalifikacji środków płatniczych. Podnoszą oni, że zakwalifikowanie do zakresu art. 4 pkt 2 PrAutU środków płatniczych (banknotów) nie mieści się w *ratio legis* tego przepisu, gdyż nie istnieją istotne racje społeczne przemawiające za generalnym wyłączeniem ochrony prawnoautorskiej w tym zakresie „co dodatkowo wesprzeć można argumentem o zasadności stosowania w ramach omawianej regulacji wykładni zawężającej”²⁰. W stanowisku tym przyjęto, że banknoty (środki płatnicze) nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego jedynie w sytuacji, gdy są wykorzystywane w podstawowej ich funkcji²¹.

Przedmiotowe wyłączenie w tym twierdzeniu nie rozciąga się na stany faktyczne, w których np. projektem banknotu posłużono by się w reklamie w Internecie lub zostałyby on wykorzystany na okładce książki²². Nie wydaje się jednak możliwe ustalenie, li tylko w literaturze przedmiotu, zakresu wyłączenia z ochrony prawnoautorskiej. Wyłączenie to ma bowiem charakter absolutny i cel oraz pola eksploatacji nie mają znaczenia od chwili zakwalifikowania jakiegokolwiek przedmiotu do zakresu hipotezy normy z art. 4 PrAutU. Potwierdzenia tej tezy można doszukać się ponownie u tych samych autorów, którzy w innym dziele uznali, że „wyłączenie ma charakter całkowity. Przepis ten nie daje zatem podstaw do konstrukcji umożliwiającej ochronę banknotów tylko w pewnym zakresie (np. osobistych praw autorskich) lub jedynie w przypadku wykorzystania ich w specyficzny sposób (np. do celów promocyjnych)”²³. Niemniej autorzy uznali, że na gruncie obowiązującego w Polsce systemu prawnego „wzorum środków płatniczych, w tym wzorum monet okolicznościowych” można przypisać rangę materiału albo znaku urzędowego²⁴.

Warto zauważyć, że w przywołanej tezie *J. Barta* i *R. Markiewicz* słowa „wzór” użyli bardzo asekuracyjnie, przez co jest ona nie do obalenia. Niemniej jednak z uwagi na ściśle sformułowanie nie można dokonać jednoznacznego zakwalifikowania banknotu lub innego środka płatniczego do tej samej kategorii co wzór banknotu lub wzór środka płatniczego.

J. Barta oraz *R. Markiewicz* wskazali w innym dziele, że „graficzne projekty banknotów nie podlegają (...) autorskoprawnej ochronie jako urzędowe znaki (...). Przepis ten (art. 4 PrAutU – przyp. aut.) zawiera dyspozycję o charakterze generalnym, w myśl której nie stanowią przedmiotu ochrony pewne kategorie wytworów intelektu, i to bez żadnych zastrzeżeń co do celu i pola ich eksploatacji. Dotyczy to oczywiście zarówno całości tych wytworów,

jak i ich dowolnie wyodrębnianych części”²⁵. Zestawienie dwóch następujących po sobie tez pozwala na pełniejsze pojęcie intencji autorów. Powyższa analiza daje bowiem wystarczające podstawy dla uznania, że środki płatnicze (w tym banknoty) doznają wyłączenia przedmiotowego spod ochrony prawa autorskiego.

W tym kontekście niezmiernie istotne jest orzeczenie SN z 26.9.2001 r.²⁶, w którym pytania egzaminacyjne zakwalifikowano do kategorii wytworów intelektualnych objętych art. 4 PrAutU. W wyroku tym uznano, że „materiałem urzędowym będzie zatem to, co pochodzi od urzędu lub innej instytucji państwowej, bądź dotyczy sprawy urzędowej, bądź powstało w rezultacie zastosowania procedury urzędowej”. Przedmiotowe pytania, stosowane przy egzaminach na prawo jazdy, zostały zakwalifikowane przez SN do kategorii „materiału urzędowego”, aczkolwiek wyłączenia spod ochrony prawnoautorskiej wynikające z art. 4 PrAutU nie mogą być utożsamiane z pozostawieniem swobody rozpowszechniania i reprodukcji wskazanych w tym przepisie materiałów. Swoboda ta może podlegać ograniczeniom, jednak muszą one wynikać z innych przepisów, m.in. chroniących dobra osobiste, tajemnicę czy przeciwdziałające nieuczciwej konkurencji, a reprodukcja bądź rozpowszechnianie materiałów urzędowych może stanowić szkodę, której naprawienia dochodzić można na zasadach ogólnych. Po dokonaniu przedmiotowej analizy należy uznać, że w przypadku uznania obrazu środka płatniczego – banknotu, za materiał urzędowy, podpada on pod wyłączenie absolutne, toteż na gruncie prawa autorskiego nie będzie podstaw do domagania się jakiegokolwiek zgody na jego reprodukcję, czy wyrażenie na jakimkolwiek polu eksploatacyjnym, niezależnie od tego, kto by tego żądał.

Ochrona prawna banknotów w innych systemach prawnych

Warto nadmienić, że NBP w Zasadach nie powołał się na jakąkolwiek inną podstawę prawną, która mogłaby być relewantna w zakresie ochrony reprodukcji środków

²⁰ *J. Barta* i *R. Markiewicz*, [w:] *J. Barta* (red.), System Prawa Prywatnego. T. 13, Warszawa 2013, s. 58; podobnie: *Z. Pinkalski*, Wyłączenia spod ochrony prawnoautorskiej – art. 4 PrAutU, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2009, Nr 4, s. 39.

²¹ *J. Barta* i *R. Markiewicz*, [w:] *J. Barta* (red.), System..., s. 58.

²² Por. *M. Kosiarski*, Na banknoty w reklamie musi się zgodzić bank, Rzeczpospolita z 26.7.2007 r., s. C6.

²³ Por. *J. Barta*, *R. Markiewicz*, Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Kraków 2005, s. 141–142.

²⁴ *J. Barta* i *R. Markiewicz*, [w:] *J. Barta* (red.), System..., s. 76.

²⁵ *J. Barta*, *R. Markiewicz*, [w:] *J. Barta* i *R. Markiewicz* (red.), Prawo autorskie..., s. 140.

²⁶ IV CKN 458/00, Legalis.

płatniczych. Środki płatnicze powinny być chronione przed ich nieuprawnioną reprodukcją, ale na pewno nie w przypadku reprodukcji dla celów promocyjnych lub reklamowych, a instytucje prawne wywodzące się z prawa autorskiego nie powinny mieć w tym zakresie zastosowania, co zostało wywiedzione wyżej. Warto podkreślić, że w znakomitej większości systemy prawne chronią sposób wyrażenia środków płatniczych, niemniej często stosowane są inne konstrukcje prawne dla zabezpieczenia właściwego (zgodnego z wolą prawodawcy) ich wykorzystywania. Prawo autorskie, jak wskazuje Z. Pinkalski, jest wykorzystywane w niektórych systemach prawnych jako swoisty bufor, a dostosowanie się przez korzystającego ze środka płatniczego do obowiązków wynikających z prawa legitymizuje jego działalność²⁷.

W przypadku dolara jako środka płatniczego sytuacja prawna wydaje się o wiele mniej złożona, gdyż reprodukcja wyrażenia (obrazu) dolara jest dozwolona w przypadkach, na które wskazuje *Section 411 of Title 31 Counterfeit Detection Act of 1992, Public Law 102-550*, tj. „permits color illustrations of U.S. currency, provided that the illustration is of a size less than three-fourths or more than one and one-half, in linear dimension, of each part of the item illustrated; the illustration is one-sided; and all negatives, plates, positives, digitized storage medium, graphic files, magnetic medium, optical storage devices and any other thing used in the making of the illustration that contain an image of the illustration or any part thereof are destroyed and/or deleted or erased after their final use”. W wolnym tłumaczeniu, jeśli ilustracja (obraz) jest rozmiaru mniejszego niż trzy czwarte lub większego niż jeden i pół, obraz jest jednostronny, a wszelkie znaki ochronne (w uproszczeniu) są usunięte, można reprodukować obraz banknotu dolarowego. Zastosowanie tak reprodukowanego banknotu jest w zupełności wystarczające na cele reklamowe. Celem *Counterfeit Detection Act* jest zapobieżenie reprodukcji banknotów dolarowych noszącej znamiona działalności przestępnej, czego z całą pewnością nie można powiedzieć o akcji reklamowej. *Ratio legis* tych przepisów jest jasne – zapobieżenie praniu brudnych pieniędzy i fałszowaniu środków płatniczych. Trudno jest odmówić zasadności i aktualności tak ujętemu celowi prawodawcy. Innym aktem prawnym regulującym tą materię jest US Code w *Section 475, Chapter 25, Title 18, Part I*, niemniej będzie miał on zastosowanie jedynie do reprodukcji fizycznej na materialnym wydruku, toteż nie zostanie poddany analizie w niniejszej rozprawie.

Section 475, Chapter 25, Title 18, Part I of the US Code stanowi, że „whoever designs, engraves, prints, makes, or executes, or utters, issues, distributes, circulates, or uses any business or professional card, notice, placard, circular, handbill, or advertisement in the likeness or similitude of

any obligation or security of the United States issued under or authorized by any Act of Congress or writes, prints, or otherwise impresses upon or attaches to any such instrument, obligation, or security, or any coin of the United States, any business or professional card, notice, or advertisement, or any notice or advertisement whatever, shall be fined under this title”.

Kolejnym istotnym i ważnym ze względu na polski porządek prawny systemem prawnym jest system prawny UE, w którym środki płatnicze UE podlegają ochronie, a organem uprawnionym do wykonywania tych praw jest Europejski Bank Centralny (EBC). W związku z powyższym Z. Pinkalski podnosi, że w chwili przystąpienia przez Polskę do strefy euro ekskluzja środków płatniczych spod ochrony prawa autorskiego będzie niemożliwa²⁸.

Według art. 1 i 3 wytycznych EBC z 20.3.2003 r. w sprawie egzekwowania środków przeciwdziałających niedozwolonej reprodukcji banknotów euro oraz w sprawie wymiany i wycofywania z obiegu banknotów euro²⁹, a także pkt 4 i 6 preambuły oraz art. 2 decyzji EBC z 20.10.2003 r. w sprawie nominałów, parametrów, reprodukcji, wymiany i wycofania banknotów euro³⁰ to EBC jest właścicielem praw autorskich do wzorów banknotów euro. Wspomniane wyżej akty prawne w sposób zbliżony do regulacji amerykańskiej stanowią o dopuszczalności reprodukcji i wykorzystywania środków płatniczych m.in. w reklamie bez konieczności uzyskiwania zgody jakiegokolwiek organu.

Podsumowanie

Bardzo ciekawym zagadnieniem ze względu na powyższe rozważania jest kwalifikacja instytucji prawnych, które regulują dopuszczalność reprodukcji i dalszego wykorzystywania środków płatniczych. Jak już wyżej wspomniano, bufor prawnoautorski jest wykorzystywany bardzo chętnie i w bardzo szeroki sposób przez prawodawców w różnych systemach prawnych. Trudno stwierdzić, czy taka konstrukcja utrzyma się przez dłuższy czas, szczególnie z uwagi na coraz większą dywersyfikację wśród niektórych gałęzi prawnych oraz coraz to nowe instytucje prawne, które nie mają pokrycia w tradycyjnych regulacjach prawnych.

Z. Pinkalski dość kategorycznie zakwalifikował wszelkie regulacje dotyczące środków płatniczych, niezależnie od ich geograficznej proveniencji, do instytucji prawnoautorskich³¹. Nie uzasadnił jednak swojej tezy, co więcej – nie odniósł się do problematyki rozróżnienia gałęzi prawnych

²⁷ Z. Pinkalski, *Wyłączenia...*, s. 40.

²⁸ *Ibidem*, s. 41.

²⁹ EBC/2003/5; 2003/206/WE, Dz.Urz. WE L Nr 78, s. II-20.

³⁰ EBC/2003/4; 2003/205/WE, Dz.Urz. WE L Nr 78, s. II-16.

³¹ Z. Pinkalski, *Wyłączenia...*, s. 42.

w zakresie ochrony prawnej replikacji oraz reprodukcji środków płatniczych, niezależnie od celu. Rozróżnienie jest to o tyle istotne, że determinuje m.in. odpowiedzialność z tytułu naruszenia prawa, procedurę egzekwowania prawa, a także w prawo właściwe.

Problematyka wykorzystania sposobu wyrażenia banknotów jako środków płatniczych w celach reklamowych z pewnością nie została rozstrzygnięta na łamach niniejszego opracowania. Zagadnienie to jest o tyle istotne i ciekawe,

że zasługuje na odrębną i wnikliwą analizę z wykorzystaniem metody prawnoporównawczej.

Z uwagi na postępującą podaż aktów prawnych, w szczególności w zakresie usług płatniczych, dysput i problemów naukowych z tym związanych będzie coraz więcej. Rozszerzające się wykorzystywanie mediów elektronicznych m.in. w reklamie, a także ich powszechność, problemy prawne, z którymi przyjdzie się mierzyć w przyszłości, będą coraz ciekawsze.

Słowa kluczowe: banknot, reklama, środek płatniczy, obraz, media elektroniczne, prawo autorskie, utwór.

Expression of banknotes as a means of payment for advertising purposes in the electronic media – selected legal aspects

In this article the author points out the disintegration of current advertising law. From his perspective, this factor causes a lot of practical issues, which create extremely interesting and important research problems. In particular, the usage of money (banknotes) images in advertising. The aim of this study is to signalize the problem of banknotes images usage in advertising and indication of doctrinal discussion held in Poland in this matter.

Keywords: banknote, advertisement, means of payment, electronic media, image, copyright, item.



Czy prawo dostępu do Internetu jest prawem człowieka?

Maria Siemaszkiewicz¹

Celem niniejszego opracowania jest podjęcie dyskusji na temat ewentualnego uznania prawa dostępu do Internetu jako nowego prawa człowieka. W ostatnich latach niektóre państwa uregulowały prawnie kwestię zapewnienia obywatelom powszechnego dostępu do Internetu: jedne poprzez działania legislacyjne, inne zaś w drodze ukształtowania się nowej linii orzeczniczej sądów konstytucyjnych. Debatę na temat fundamentalnej roli Internetu oraz innych technologii informacyjnych i komunikacyjnych kontynuowano również na forum Rady Praw Człowieka przy ONZ. Autorka podejmuje próbę zbadania, czy uzasadnione jest założenie, że dostęp do Internetu jest w dzisiejszych czasach niezależnym prawem człowieka.

Uwagi wstępne

Na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat Internet stał się tak naturalnym elementem życia codziennego, że trudno bez niego wyobrazić sobie poprawne funkcjonowanie jednostki na wielu płaszczyznach – życia zawodowego, społecznego i prywatnego. Od kilku lat wśród internautów, polityków, ale również przedstawicieli literatury przedmiotu toczy się ożywiona dyskusja, której celem jest odpowiedź na pytanie, czy dostęp do Internetu stanowi w XXI w. dobro o takim znaczeniu, że prawo do niego powinno być zagwarantowane powszechnie każdej osobie na świecie, zarówno w aktach międzynarodowych, jak i krajowych. Twierdząca odpowiedź na powyższe pytanie przesądziłaby o tym, że prawo dostępu do Internetu traktować należy jak jedno z praw człowieka.

Dyskusja nad przedstawionym problemem zapoczątkowana została zaprezentowaniem przez BBC World Service wyników badań ankietowych przeprowadzonych w 26 krajach świata w okresie od 30.11.2009 r. do 7.11.2010 r., w których zapytano, czy prawo dostępu do Internetu powinno być podstawowym prawem człowieka. Na tak postawione pytanie odpowiedziało prawie 28 tys. ludzi, z których około 14 tys. zadeklarowało się jako użytkownicy Internetu². Ogółem 79% ankietowanych uznało, że prawo dostępu do Internetu powinno być podstawowym prawem każdego człowieka na świecie³. Wśród posiadaczy dostępu do Internetu deklarację taką złożyło aż 87%, wśród osób nieuzyskujących dostępu do Internetu – 71%.

Regulacja prawa dostępu do Internetu w wybranych ustawodawstwach europejskich

Pytanie, czy prawo dostępu do Internetu jest jednym z praw człowieka, nie jest więc bezprzedmiotowe. Do takiego samego wniosku doszło już kilku ustawodawców kra-

jowych. Pierwszym państwem, które uregulowało prawnie kwestię zapewnienia obywatelom dostępu do Internetu, była Estonia. Prawodawca estoński ustawą o dostępie do informacji publicznej przyznał każdej osobie prawo dostępu do informacji publicznej udostępnianej przez łącze internetowe będące do dyspozycji w bibliotekach publicznych⁴. Dodatkowo, zgodnie z estońską ustawą o komunikacji elektronicznej, dostęp do sieci telefonicznej musi gwarantować transfer danych na takim poziomie, który będzie zapewniał satysfakcjonujące połączenie z Internetem z uwzględnieniem sprzętu, jaki wykorzystują użytkownicy końcowi⁵. Kolejnym ustawodawcą, który zdecydował się na ustawowe uregulowanie prawa dostępu do Internetu, był ustawodawca fiński. W fińskiej ustawie o rynku telekomunikacyjnym na operatorów telekomunikacyjnych nałożono bowiem obowiązek zapewnienia „odpowiedniego” połączenia z Internetem (prędkość tego połączenia została doprecyzowana w odpowiednim rozporządzeniu wykonawczym do ustawy)⁶. Również Hiszpania zdecydowała się na uregulowanie minimalnej prędkości połączenia internetowego jako usługi powszechnej⁷.

¹ Autorka jest doktorantką w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

² Four in Five Regard Internet Access as a Fundamental Right: Global Poll, http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/08_03_10_BBC_internet_poll.pdf (dostęp z 19.1.2016 r.).

³ 50% zapytanych zdecydowanie zgodziło się („strongly agree”), a 29% zgodziło się w pewnym stopniu („somewhat agree”) co do tego, że prawo dostępu do Internetu powinno stanowić podstawowe prawo człowieka.

⁴ J. Rzucidło, Prawo dostępu do Internetu jako podstawowe prawo człowieka. Część I, PME 2010, Nr 2, s. 38.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Rozporządzenie Ministra Transportu i Komunikacji z 2009 r. w wersji angielskojęzycznej zapewniające minimalność prędkość Internetu na poziomie 1 Mbit/s, <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2009/en20090732.pdf> (dostęp z 19.1.2016 r.).

⁷ P. de Hert, D. Kloza, Internet Access as a Human Right: What Does it Exactly Mean?, <http://digitalrights.leeds.ac.uk/papers/internet-access-as-a-human-right/> (dostęp z 19.1.2016 r.).

Państwem, które jako pierwsze zdecydowało się na konstytucyjne zagwarantowanie prawa do Internetu, była Grecja. Artykuł 5A greckiej konstytucji⁸ stanowi, że „każdy ma prawo dostępu do informacji na zasadach określonych w ustawie (...)”. Z ust. 2 art. 5A wynika zaś, że „każdy ma prawo przynależć do Społeczeństwa Informacyjnego. Państwo ma obowiązek ułatwić dostęp do informacji przekazywanych w formie elektronicznej, jak również ich tworzenie, wymianę i rozpowszechnianie (...)”. Prawo przynależenia do społeczeństwa informacyjnego zostało dodane do konstytucji Grecji w 2001 r.⁹ Ustrojodawca grecki wysoko ocenił rangę prawa dostępu do Społeczeństwa Informacyjnego, ponieważ art. 5A znajduje się w części drugiej greckiej ustawy zasadniczej, zaraz za „Postanowieniami zasadniczymi” stanowiącymi część pierwszą konstytucji Grecji.

Podkreślić należy, że z punktu widzenia jednego z założeń leżących u podstaw społeczeństwa informacyjnego, jakim jest wymóg neutralności technologicznej¹⁰, nieoprawne byłoby posłużenie się (przez ustawodawcę greckiego lub jakiegokolwiek innego) sformułowaniem „każdy ma prawo do Internetu” czy też „prawo dostępu do Internetu”, ponieważ Internet – jako taki – stanowi jedynie jedną z wielu globalnych sieci komputerowych¹¹. Za prawidłowe należy uznać zaś kreowanie prawa dostępu do Internetu przez odwołanie się do prawa do informacji rozpowszechnianej elektronicznie, udziału w społeczeństwie informacyjnym lub po prostu prawa dostępu do wszelkich sieci telekomunikacyjnych.

Z art. 5A konstytucji Grecji wynikają dwojakiego rodzaju konsekwencje. Po pierwsze, na mocy omawianego przepisu jednostka zyskała prawo do uczestnictwa w społeczeństwie informacyjnym. Po drugie jednak, ustrojodawca Grecji obciążył organy państwowe obowiązkiem ułatwiania dostępu do informacji przekazywanej w formie elektronicznej, a więc powinnością upraszczania obywatelom (i nie tylko) dostępu do Internetu i wszelkiej pomocy w tym zakresie (np. przez zapewnianie odpowiedniego sprzętu, edukację w obszarze korzystania z Internetu itd.). W ten sposób zostało wykreowane swoiste prawo socjalne¹², które wyposaża jednostkę w prawo do otrzymywania świadczeń na jej rzecz. Prawa socjalne są bowiem prawami pozytywnymi, które wymagają aktywnego działania organów państwowych przejawiającego się w świadczeniu (w przeciwieństwie do wolności, które wymagają ze strony państwa jedynie zaniechania lub zapobiegania naruszeniu).

Kolejnym krajem, który zainteresował się aktywnie prawem do Internetu, była Francja. Francuska Rada Konstytucyjna¹³ (zajmująca się m.in. kontrolą konstytucyjności) w wyroku z 10.6.2009 r.¹⁴ zajęła się zagadnieniem zgodności z konstytucją francuską ustawy wprowadzającej możliwość odcinania dostępu do Internetu osobom, które naruszają w sieci prawa autorskie (ustawa ta jest znana powszechnie

pod nazwą Hadopi¹⁵). Celem prawa Hadopi była próba zniechęcenia internautów do wykorzystywania Internetu do nielegalnego kopiowania treści chronionych przez prawo własności intelektualnej poprzez wprowadzenie tzw. systemu trzech ostrzeżeń (*three strikes policy*)¹⁶. Francuska Rada Konstytucyjna uznała prawo Hadopi za częściowo niekonstytucyjne¹⁷, ale – co najważniejsze z omawianego punktu widzenia – w pkt 12 uzasadnienia powołanego wyroku stwierdziła również, że biorąc pod uwagę obecny stan rozwoju środków komunikacji, ich znaczenie dla partycypacji demokratycznej oraz wolności myśli i swobody wyrażania poglądów, art. 11 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r.¹⁸ stanowiący o swobodzie wypowiedzi oznacza obecnie swobodę dostępu do publicznych usług łączności online (czyli Internetu)¹⁹. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że w ten sposób Francja uznała prawo dostępu do Internetu za podstawowe

⁸ Konstytucja Grecji z 9.6.1975 r.; tekst konstytucji Grecji w języku polskim zob. <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/grecja.html> (dostęp z 19.1.2016 r.), jak również [w:] W. Staśkiewicz, *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011, s. 297 i nast.

⁹ M. Zieliński, *Dostęp do Internetu jako prawo człowieka? W sprawie potrzeby nowej wolności w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, *Przebieg Sejmovy* 2013, Nr 4, s. 17.

¹⁰ J. Rzućdziło, *Prawo dostępu...*, s. 39.

¹¹ Jako przykład innych sieci komputerowych wskazać można chociażby ARPANET (sieć będąca poprzedniczą Internetu), Darknet (sieć dostępna tylko przy użyciu określonego oprogramowania, której celem jest zachowanie anonimowości użytkownika), ALOHAnet, BITNET czy SIRPNet (sieć wykorzystywana przez Departament Obrony Stanów Zjednoczonych do przekazywania informacji niejawnych).

¹² J. Rzućdziło, *Prawo dostępu...*, s. 39.

¹³ Rada Konstytucyjna (Conseil Constitutionnel) ustanowiona postanowieniami konstytucji V Republiki Francuskiej z 4.10.1958 r.

¹⁴ Decision No. 2009-580 of June 10th 2009 r.; tekst wyroku w języku angielskim jest dostępny pod adresem: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/2009_580dc.pdf (dostęp z 19.1.2016 r.).

¹⁵ Nazwa ta pochodzi od akronimu nazwy organu ustanowionego na podstawie tejże ustawy Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet (Wysoka Władza ds. Rozpowszechniania Dzieł i Ochrony Praw Autorskich w Internecie), zob. M. Zieliński, *Dostęp do Internetu jako nowe prawo podstawowe Unii Europejskiej?*, [w:] S. Dudzik, N. Półtorak, *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Warszawa 2013, s. 528.

¹⁶ Więcej na temat prawa Hadopi: D. Jančić, *The European Political Order and Internet Piracy: Accidental or Paradigmatic Constitution-Shaping?*, *European Constitutional Law Review* 2010, vol. 6, s. 430 i nast.; N. Lucchi, *Access to network services and protection of constitutional rights: recognizing the essential role of Internet access for freedom of expression*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 2011, vol. 19, s. 645 i nast.

¹⁷ D. Jančić, *The European...*, s. 452.

¹⁸ Tekst Deklaracji praw człowieka i obywatela z 1789 r., https://pl.wikisource.org/wiki/Deklaracja_Praw_Cz%C5%82owieka_i_Obywatela (dostęp z 19.1.2016 r.).

¹⁹ W wersji angielskojęzycznej pkt 12 wyroku Rady Konstytucyjnej z 10.6.2009 r. brzmi: „Article 11 of the Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 1789 proclaims: »The free communication of ideas and opinions is one of the most precious rights of man. Every citizen may thus speak, write and publish freely, except when such freedom is misused in cases determined by Law«. In the current state of the means of communication and given the generalized development of public online communication services and the importance of the latter for the participation in democracy and the expression of ideas and opinions, this right implies freedom to access such services”.

prawo człowieka²⁰, które znajduje swoje źródło w konstytucji francuskiej, oraz że jedynym podmiotem uprawnionym do jego ograniczenia jest sąd²¹. Do takiego samego wniosku doszła również w lipcu 2010 r. Izba Konstytucyjna Sądu Najwyższego Kostaryki, uznając prawo dostępu do Internetu za podstawowe prawo człowieka²².

Rola Organizacji Narodów Zjednoczonych

Problematyka prawa dostępu do Internetu z uwagi na coraz szersze zainteresowanie społeczności międzynarodowej szybko stała się przedmiotem prac ONZ, a dokładniej organu pomocniczego Zgromadzenia Ogólnego ONZ zajmującego się promowaniem praw człowieka, tj. Rady Praw Człowieka. Specjalny Sprawozdawca ONZ ds. wolności wypowiedzi – *Frank La Rue* – w maju 2011 r. przygotował raport dotyczący wspierania i ochrony prawa do wolności opinii i wolności wypowiedzi²³. Przyjęcie raportu stało się punktem zwrotnym w dyskusji nad prawem do Internetu. Rada Praw Człowieka, analizując wpływ Internetu nie tylko na codzienne życie współczesnego człowieka, lecz także na przemiany ustrojowe czy procesy demokratyzacji (jako przykład wskazać można chociażby wydarzenia tzw. arabskiej wiosny), doszła do wniosku, że Internet stał się niezbędnym narzędziem realizacji praw człowieka oraz że zapewnienie powszechnego dostępu do Internetu powinno być priorytetem wszystkich państw członkowskich ONZ. W wyniku przyjęcia sprawozdania *Franka La Rue* Rada Praw Człowieka 29.6.2012 r. przyjęła rezolucję²⁴ wzywającą państwa do wspierania i ułatwiania dostępu do Internetu oraz podjęcia współpracy międzynarodowej w celu rozwoju mediów, informacji i komunikacji²⁵. Rada Praw Człowieka w przedstawionej rezolucji stwierdziła również m.in., że te same prawa, które ludzie posiadają offline, muszą być chronione online (w szczególności wolność słowa)²⁶ oraz że globalny i otwarty charakter Internetu jest siłą napędową rozwoju w różnych jego formach²⁷. Rada Praw Człowieka postanowiła również kontynuować rozważania na temat promocji, ochrony i korzystania z praw człowieka w Internecie lub przy użyciu innych technologii, a także na temat tego, w jaki sposób uczynić Internet ważnym narzędziem wykonywania praw człowieka²⁸.

Rezolucja Rady Praw Człowieka ONZ od razu wywołała lawinę doniesień medialnych o istnieniu nowego prawa człowieka (prawa dostępu do Internetu) i – w efekcie – bardzo różne odczucia wśród naukowców, polityków, jak również zwykłych ludzi. Podkreślić należy, że w przedstawionej rezolucji nie sposób znaleźć bezpośrednią (lub nawet pośrednią) wskazówkę, jakoby ONZ uznawała prawo dostępu do Internetu za nowe prawo człowieka. Rada Praw

Człowieka stwierdziła jedynie, że Internet jest ważnym narzędziem wykonywania praw i wolności człowieka oraz że wszelkie zagwarantowane prawa człowieka muszą być chronione również w Internecie. W efekcie należy stwierdzić, że Rada Praw Człowieka uznała Internet jedynie za pewnego rodzaju narzędzie służące korzystaniu z praw i wolności człowieka, a nie wartość samą w sobie. Warto w tym miejscu podkreślić, że jeszcze w raporcie *Franka La Rue* z 2011 r. kwestia prawa dostępu do Internetu była traktowana szerzej. W raporcie podkreślono bowiem, że dostęp do Internetu ma dwa wymiary: dostęp online do treści zawartych w Internecie (*access to online content*), bez żadnych ograniczeń z wyjątkiem tych, które dopuszczalne są na podstawie międzynarodowych aktów praw człowieka, oraz dostęp do niezbędnej infrastruktury i technologii (*availability of the necessary infrastructure and information communication technologies*), takich jak: kable, modemy, komputery i oprogramowanie²⁹.

Analizując wspomniane dwa aspekty prawa dostępu do Internetu, należy podkreślić, że szczególnie ten drugi stanowi ogromne wyzwanie z punktu widzenia państwa, które byłoby zobligowane do wyposażenia swoich obywateli (choć niekoniecznie tylko ich) w niezbędną infrastrukturę techniczną umożliwiającą łączność z Internetem. Zastanowić należałoby się nad tym, czy realizacja tego obowiązku ograniczałaby się do zapewnienia każdemu dostępu do łącza internetowego (co można – przynajmniej teoretycznie – łatwo zrealizować poprzez obejmującą całe terytorium danego państwa ogólnodostępną, darmową sieć wi-fi), czy rozszerzałaby się na konieczność wyposażenia każdego obywatela lub też każdego gospodarstwa domowego w odpowiedni sprzęt techniczny (komputer, tablet itd.). Szczególnie ta druga możliwość, ze względu na swoją kosztowność i trudności natury logistycznej, byłaby niełatwa do realizacji. Podkreślić należy jednak, że urzeczywistnienie tego zadania w Polsce nie jest zupełnie niemożliwe, ponieważ na podstawie najnowszych danych Głównego Urzędu Statystycznego³⁰ w 2015 r. co najmniej jeden komputer posia-

²⁰ P. de Hert, D. Kloza, *Internet Access...*; N. Lucchi, *Access to network...*, s. 654.

²¹ D. Jančić, *The European...*, s. 454.

²² Decyzja Nr 12790 z 30.7.2010 r., Nr skargi 09-013141-0007-CO.

²³ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, 16 May 2011, A/HRC/17/27.

²⁴ Resolution on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 29 June 2012, A/HRC/20/L.13.

²⁵ Punkt 3 rezolucji.

²⁶ Punkt 1 rezolucji.

²⁷ Punkt 2 rezolucji.

²⁸ Punkt 5 rezolucji.

²⁹ Report of the Special Rapporteur, s. 4.

³⁰ Dane dostępne pod adresem: <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/nauka-i-technika-spoleczenstwo-informacyjne/spoleczenstwo-informacyjne/spoleczenstwo-informacyjne-w-polsce-w-2015-r-,2,5.html> (dostęp z 19.1.2016 r.).

dało 77,9% polskich gospodarstw domowych, a dostęp do Internetu – 75,8% gospodarstw domowych (w tym 71,0% do Internetu szerokopasmowego)³¹. Obowiązek państwa w zakresie zapewnienia obywatelom dostępu do Internetu dotyczyłyby więc tylko (a może aż) niecałej ¼ polskich gospodarstw domowych (odrębnym zagadnieniem pozostaje oczywiście sensowność i opłacalność urzeczywistnienia takiego stanu rzeczy). Z drugiej strony należy pamiętać, że omawiany aspekt prawa dostępu do Internetu jest w chwili obecnej zupełnie niewykonalny w krajach rozwijających się, które częstokroć mają problem ze skuteczną ochroną i zagwarantowaniem innych, skrajnie podstawowych praw człowieka (takich jak wolność słowa lub nawet prawo dostępu do wody). Takie rozróżnienie w kwestii praw człowieka pomiędzy krajami bogatymi a krajami rozwijającymi się stałoby w jawnej sprzeczności z postulatem powszechności praw człowieka, tj. ich uniwersalnemu i niepodzielnemu obowiązywaniu na całym świecie.

Charakter prawa dostępu do Internetu

Na problem prawa dostępu do Internetu (przy założeniu, że takie prawo człowieka faktycznie istnieje) należałoby także spojrzeć z punktu widzenia jego charakteru. Mianowicie konieczne stałoby się ustalenie, czy dostęp do Internetu miałby przybrać postać „prawa” czy „wolności”. „Prawo” zawsze jest kreowanym przez normy prawa pozytywnego prawem do czegoś. Tworzy ono relację, w której jednostka jest uprawniona do normatywnie zdefiniowanego roszczenia, a państwo zobowiązane do jego realizacji poprzez spełnienie skonkretyzowanego, egzekwowalnego świadczenia. „Wolność” jest natomiast pewną sferą swobody wyboru przez jednostkę sposobu swojego zachowania (zarówno działania, jak i zaniechania), która – stanowiąc akt woli – jest w pełni niezależna i wolna od ingerencji zewnętrznej³². Jeżeli dostęp do Internetu miałby przybrać postać „wolności”, oznaczałoby on swobodę łączenia się z Internetem i uzyskiwania dostępu do treści w nim zawartych powiązaną z obowiązkiem państwa do powstrzymywania się od ingerencji we wspomnianą wolność. Jeżeli przybrałoby zaś formę „prawa” – prawo dostępu do Internetu stanowiłoby prawo socjalne, a państwo zostałoby obciążone pozytywnym obowiązkiem świadczenia (m.in. wyposażenia każdego w konieczny sprzęt czy edukacji w zakresie korzystania z Internetu)³³. Ujęcie dostępu do Internetu jako prawa socjalnego kreowałoby więc obowiązek państwa do świadczenia na rzecz jednostki, uznanie zaś dostępu do Internetu za wolność nakładałoby na organy państwowe jedynie bierny obowiązek zaniechania naruszeń tejże wolności oraz (mniej uciążliwy niż powinność świadczenia)

obowiązek zapobiegania naruszeniom wolności dostępu do Internetu.

Prawo dostępu do Internetu w polskim porządku prawnym

Prawo dostępu do Internetu nie zostało wprost uregulowane przez ustawodawcę (ani ustrojodawcę) polskiego. Nie oznacza to jednak, że w polskim porządku prawnym niemożliwe jest odnalezienie regulacji prawnych do niego się odnoszących. Omówienie poszczególnych przepisów, które mogłyby stać się źródłem sformułowania przez polską judykaturę prawa dostępu do Internetu, musi jednak zostać poprzedzone zdefiniowaniem istoty tego prawa. Jego treść zdaje się bowiem zawierać kilka elementów. Po pierwsze, dostęp do Internetu oznacza swobodę komunikowania się poprzez łącze telekomunikacyjne. Po drugie, w Internecie powszechnie i dość egalitarnie jest realizowana wolność słowa i wyrażania swoich poglądów. Po trzecie zaś, Internet stanowi doskonałe źródło rozpowszechniania i pozyskiwania wszelkiego rodzaju informacji. Analizując elementy, które składają się na prawo do Internetu, zauważyć można, że stanowią one *de facto* zagwarantowane już konstytucyjne prawa i wolności.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 14 Konstytucji Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu. Pomimo że ustrojodawca polski, tworząc Konstytucję, nie przewidywał niespotykanej skali rozwoju globalnej sieci komputerowej, Internet bezsprzecznie pozostaje jednym ze środków społecznego przekazu. Oznacza to, że możliwe jest wywiedzenie prawa dostępu do Internetu wprost z brzmienia art. 14 Konstytucji. Przybrałoby ono wtedy postać wolności, a w jego zakresie mieściłaby się możliwość przekazywania i rozpowszechniania poglądów i informacji, a także swoboda ich odbioru³⁴, połączone ze zobowiązaniem państwa do podejmowania działań na rzecz zapobiegania i eliminowania zagrożeń wolności Internetu³⁵.

Już na wstępie można również zauważyć, że prawo dostępu do Internetu wiąże się także z art. 54 Konstytucji statuującym wolność odbioru informacji, poglądów

³¹ Z danych przedstawionych przez Główny Urząd Statystyczny wynika, że w 2015 r. jedynie 24,2% polskich gospodarstw domowych nie posiadało dostępu do Internetu. 63,0% tych gospodarstw domowych jako główną przyczynę nieposiadania dostępu do Internetu w domu wykazało brak potrzeby korzystania z niego.

³² M. Jabłoński (red.), *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*. T. I. Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP, Warszawa 2010, s. 93–94.

³³ M. Zieliński, *Dostęp do Internetu...*, s. 526.

³⁴ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 103–104.

³⁵ *Ibidem*, s. 105.

i idei³⁶. Na wskazaną wolność składają się dwa aspekty. Wolność ta, po pierwsze, stwarza każdemu możliwość przekazywania pochodzących od niego wiadomości i idei (poglądów) innym osobom, a po drugie, pozwala na pozyskiwanie i rozpowszechnianie informacji (tj. ich tworzenie i udostępnianie innym osobom, w tym również poprzez łącze internetowe)³⁷. Ponownie ustrojodawca polski jednoznacznie przesądził, że obydwie te prawa mają charakter wolności. Z kolejnym elementem prawa dostępu do Internetu nierozzerwanie wiąże się również zasada wolności komunikowania się (art. 49 Konstytucji), której ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Z powyższego wynika, że komunikacja elektroniczna, której niespotykany wcześniej rozwój przyniósł właśnie Internet, bezsprzecznie została już zagwarantowana w art. 49 Konstytucji. W bezpośrednim związku z prawem do Internetu pozostaje także wolność twórczości artystycznej i naukowej oraz wolność korzystania z dóbr kultury (art. 73 Konstytucji), a także prawo do informacji publicznej (art. 61 Konstytucji).

Z powyższych rozważań wynika, że teoretycznie możliwe pozostaje sformułowanie w orzecznictwie polskim wolności dostępu do Internetu w oparciu o już istniejące uregulowania prawne (nie jest natomiast możliwe ustalenie istnienia prawa socjalnego, które wiązałoby się z zapewnieniem przez polskie władze państwowe niezbędnej infrastruktury technicznej umożliwiającej dostęp do Internetu). W literaturze przedmiotu pojawiają się jednak głosy, że znaczenie Internetu jest na tyle niebagatelne, że niewystarczające pozostaje poprzestanie na już zagwarantowanych konstytucyjnych prawach i wolnościach, a co za tym idzie – niezbędne staje się ukształtowanie wprost nowego prawa – prawa dostępu do Internetu³⁸.

Podsumowanie

Najważniejszym punktem rozważań jest jednak próba odpowiedzi na pytanie postawione na wstępie, tj. czy prawdziwe jest stwierdzenie, że prawo dostępu do Internetu jest prawem człowieka. Z przedstawionych już rozważań wyłaniają się dwie możliwości rozstrzygnięcia tego problemu. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem prawo dostępu do Internetu stanowi prawo człowieka, natomiast zgodnie z drugim – dostęp do Internetu jest jedynie narzędziem, poprzez które możliwe jest realizowanie innych praw i wolności człowieka. Rozstrzygnięcie, które ze stanowisk jest poprawne, wymaga w pierwszej kolejności ustalenia definicji praw człowieka. Zadanie to jest o tyle trudne, że z powodu liczby koncepcji, niedookreśloności i wieloznaczności tego terminu współcześnie nie ma jednej, powszechnie uznanej definicji praw człowieka³⁹. Bezsprzecznie jednak prawa

człowieka są gwarancjami o charakterze moralnym, niezbędnymi, a zarazem najistotniejszymi z punktu widzenia ludzkiego dobrobytu. Prawa człowieka mają za zadanie chronić każdą jednostkę na świecie, niezależnie od społeczeństwa, w którym funkcjonuje (wymóg powszechności). Są one bowiem przynależne (przyrodzone) każdej istocie ludzkiej bez spełniania jakichkolwiek dalszych przesłanek, niedopuszczalne jest pozbawienie jednostki tych praw, jak również dobrowolne zrzeczenie się ich (wymóg niezbywalności). Prawa człowieka mają również charakter podstawowy (fundamentalny), tj. do uzasadnienia ich istnienia niepotrzebne jest odwoływanie się do jakichkolwiek innych praw⁴⁰.

Analizując powyższe przesłanki, a także biorąc pod uwagę zauważalną tendencję do odchodzenia od wolnościowych fundamentów Internetu oraz – w gruncie rzeczy – nieprzewidywalny kierunek rozwoju tego środka komunikacji, trudno jest jednoznacznie opowiedzieć się za lub przeciw uznaniu prawa dostępu do Internetu za prawo człowieka⁴¹. Z jednej bowiem strony silne uzasadnienie znajduje uznanie powszechności prawa do Internetu jako prawa przynależnego każdej osobie na świecie, niezależnie od położenia geograficznego czy poziomu zamożności danego kraju. Taki poziom ochrony jednostki miałby za zadanie przeciwstawienie się podziałowi ludności całego świata na część „z informatyzowaną” i część „analfabetów informatycznych”, „proletariatu ery cyfrowej”⁴², a tym samym stanowiłby próbę zminimalizowania niebezpieczeństwa rozwarstwienia społeczeństw świata na te, które mają zapewniony dostęp do nowoczesnych technologii oraz tych, które nie mogą tego uczynić z powodów natury socjalnej⁴³. Z drugiej zaś strony należy się zastanowić nad celem, jaki

³⁶ Zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.

³⁷ B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 277–279.

³⁸ M. Zieliński proponował dodanie art. 54a Konstytucji RP, który stanowiłby wyraźnie, że „każdemu przysługuje wolność korzystania z Internetu” (M. Zieliński, *Dostęp do Internetu...*, s. 20–21). J. Barta i R. Markiewicz postulowali zaś zakotwiczenie w ustawie zasadniczej „czynnego prawa do informacji” gwarantującego każdemu dostęp do pewnego minimum powszechnych usług w sferze informacji (J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 14).

³⁹ A. Rogacka-Lukasik, *Prawo do prywatności w dobie współczesnej ekspansji Internetu*, [w:] A. Kalisz (red.), *Prawa człowieka. Współczesne zjawiska, wyzwania, zagrożenia*. T. II, Sosnowiec 2015, s. 64.

⁴⁰ W. Osiatyński, *Wprowadzenie do praw człowieka*, http://www.hfhr-pol.waw.pl/pliki/WOsiatyński_HistIFilo.pdf (dostęp z 19.1.2016 r.), s. 1.

⁴¹ Argumenty za i przeciw tej tezie bardzo dobrze przedstawiają: P. de Hert, D. Kloza, *Internet (access) as a new fundamental right. Inflating the current right framework?*, *European Journal of Law and Technology*, Vol 3, No 3 (2012), <http://ejlt.org/article/view/123/268> (dostęp z 19.1.2016 r.).

⁴² Więcej na ten temat M. Szpunar, *Cyfrowy podział – nowa forma stratyfikacji społecznej*, [w:] J. Kleban, W. Wieczerzycki (red.), *Era społeczeństwa informacyjnego. Wyzwania, szanse, zagrożenia*, Poznań 2005, s. 97–107.

⁴³ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet...*, s. 13.

przyświecałby zapewnieniu powszechnego, ogólnoświatowego dostępu do Internetu. Byłoby nim niewątpliwie zagwarantowanie ogólnoludzkiej, międzynarodowej swobody komunikowania się, uniwersalnej wolności słowa i wyrażania poglądów oraz globalnego dostępu do szeroko rozumianych źródeł informacji. Istnienie prawa do Internetu byłoby więc uzasadniane poprzez odwoływanie się do innych praw, takich jak: wolność wypowiedzi, wolność komunikowania się, prawo dostępu do informacji bądź prawo dostępu do dóbr kultury. Co za tym idzie – prawo do Internetu nie spełniałoby wymogu, za pomocą którego klasyfikuje się pewne prawa jako prawa człowieka, tj. przesłanki fundamentalności.

Prowadzi to do wniosku, że mimo iż Internet stanowi fenomen zarówno z technologicznego, jak i społecznego punktu widzenia, należy go uznać jedynie za środek do celu, jakim jest wykonywanie innych praw i wolności człowieka, a nie jako cel sam w sobie⁴⁴. Technologia ma być bowiem bodźcem służącym rozwojowi i ochronie praw człowieka, a nie prawem. Charakter takich praw, jak wolność wypowiedzi, wolność komunikowania się czy prawo dostępu do informacji został już dawno przesądzony, niewątpliwie stanowią one prawa człowieka. Nieuzasadnione wydaje się więc ich wiązanie z jakąś konkretną technologią (w tym przypadku z Internetem)⁴⁵. Pamiętać należy również, że Internet ma także drugie oblicze, stanowiąc łatwe i często wykorzystywane narzędzie naruszeń praw człowieka (naruszeń prywatności, godności i innych dóbr osobistych czy tajemnicy korespondencji). Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, mocno wątpliwa wydaje się teza o kwalifikacji

dostępu do Internetu jako prawa człowieka. Co więcej, definiowanie prawa dostępu do Internetu jako prawa człowieka może służyć jako przykład tzw. inflacji praw człowieka, tj. rozszerzania pojęcia praw człowieka na nieograniczoną liczbę przypadków⁴⁶. Taki proces – po pierwsze – kłóci się z istotą praw człowieka, a po drugie – dowodzi trudności w ścisłym rozróżnieniu praw człowieka od innych potrzeb społecznych. Niezależnie od powyższej konkluzji Internet uznać należy za nieodłączny element życia współczesnego człowieka, a próby gwarantowania prawa do niego za trafne odkodowanie jego potrzeb. Nawet jeżeli uznamy, że prawo dostępu do Internetu nie zasługuje na taki sam poziom ochrony, jak chociażby wolność sumienia, prawo do czystego środowiska czy wolność od tortur, to niezaprzecalnie (wolny, pluralistyczny i demokratyczny) Internet stanowi wartość godną ochrony⁴⁷.

⁴⁴ Podobne stanowisko wyraził V.G. Cerf – amerykański naukowiec, informatyk, uważany za jednego z ojców Internetu, który komentując prawo do Internetu, stwierdził: „Kiedyś jeżeli nie miałeś konia, ciężko było zarobić na godne życie. Ale w tym przypadku prawem było prawo do godnego życia, a nie prawo do konia”, <http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html> (dostęp z 19.1.2016 r.).

⁴⁵ Na tej samej zasadzie bezzasadne byłoby gwarantowanie prawa do telewizji, radia, telefonii komórkowej itd.

⁴⁶ M. Freeman, *Prawa człowieka*, Warszawa 2007, s. 11–12.

⁴⁷ O tym, jaką wagę współczesny człowiek przykładają do kwestii nieskrępowanego dostępu do Internetu, świadczą chociażby protesty przeciwko ACTA, tj. umowie handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrabianymi, która miała rozwiązać m.in. problem rozpowszechniania dzieł prawnie chronionych poprzez Internet, które przetoczyły się w 2012 r. przez cały świat, w tym przez Polskę – zob. <http://www.wprost.pl/ar/289921/Tusk-nie-zamknie-mi-ust-Polacy-protestowali-przeciwko-ACTA-Najliczniej-w-Krakowie/> (dostęp z 19.1.2016 r.).

Słowa kluczowe: prawo dostępu do Internetu, prawa człowieka, Organizacja Narodów Zjednoczonych, wolność słowa.

Is Internet access a human right?

This article aims at contributing to the discussion about a possible recognition of the Internet access as a new human right. Over the past few years certain states have adopted policies to ensure universal availability of broadband access. In some countries constitutional courts used the concept of human rights to include the protection of Internet access within the scope of the freedom of expression. The debate on the fundamental role of the Internet and other information and communications technologies was continued at the UN (Report of the UN Special Rapporteur and UN Resolution have declared that the Internet had become an indispensable tool for realizing a range of human rights). This paper attempts to examine if it is reasonable to assume that access to the Internet nowadays is an independent human right, and answer whether a human right is a proper mean to protect the use of the Internet.

Keywords: right to Internet access, human rights, United Nations, freedom of speech.

WYMOGI EDYTORSKIE:

- język publikacji: polski, angielski, niemiecki, rosyjski;
- edytor tekstu Word (format .doc lub .docx);
- styl czcionki: Times New Roman;
- wielkość czcionki: tekst główny – 12 pkt, przypis – 10 pkt;
- interlinia: 1,5 wiersza (w przypadku przypisów – 1 wiersz);
- objętość artykułu: do 40 000 tys. znaków ze spacjami;
- marginesy: standardowe – wszystkie 2,5 cm;
- przypisy dolne: odsyłaczami przypisów powinny być cyfry arabskie; odsyłacz należy umieścić bezpośrednio po fragmencie, do którego odnosi się przypis (przed kropką kończącą zdanie);
- należy dołączyć słowa kluczowe w języku polskim i angielskim;
- tytuł powinien być napisany czcionką Times New Roman 14 pkt (czcionka pogrubiona);
- tekst powinien składać się z następujących części: lid (streszczenie ok. 1500 znaków ze spacjami), uwagi wstępne, rozwinięcie (z podziałem na zatytułowane części), podsumowanie;
- do artykułu należy załączyć także lid (streszczenie) w języku angielskim (ok. 1500 znaków ze spacjami);
- śródtytuły nie powinny być numerowane, lecz pogrubione;
- należy dołączyć notę biograficzną (ok. 800 znaków ze spacjami);
- prosimy o wskazanie afiliacji.

Powoływane w przypisach pozycje bibliograficzne prosimy pisać według wzoru:

Inicjał. Nazwisko, Tytuł, ew. numer wydania, tom, część itp., miejsce i rok wydania, a następnie cytowane strony skrótem „s.”, np.: *J. Kowalski*, Jak pisać przypisy?, t. 2, Warszawa 2006, s. 12–13.

W przypadku kolejnego powołania się **bezpośrednio** na cytowaną pozycję:

Ibidem, s. 15–16.

Powołanie kolejny raz, gdy cytujemy tylko jedną pozycję danego autora:

J. Kowalski, *op. cit.*, s. 29–20.

Kolejne powołanie, gdy cytuje się kilka pozycji danego autora, zawiera pierwsze wyrazy tytułu, np.:

J. Kowalski, Jak pisać..., s. 28–29.

W przypadku **prac pod redakcją**, jeśli powoływana publikacja stanowi część całości:

P. Igrsek, Cytowanie, [w:] *J. Kowalski* (red.), Jak pisać przypisy?, t. 2, Warszawa 2006, s. 12–13.

W przypadku publikacji w czasopiśmie tytuł czasopisma zastępuje nazwę wydawnictwa, po nim następuje rok (rocznik), przecinek, następnie numer (nr) w ramach rocznika ewentualnie także numer od początku wydawania pisma i numer strony:

J. Kowalski, Jak pisać przypisy?, *Wiadomości Tekściarskie* 2006, Nr 28 (236), s. 7.

Kilka kwestii specjalistycznych:

1. Oczekiwane oznaczenie ustawy wygląda następująco: Dz.U. z 2006 r. Nr 28, poz. 456.
2. Publikator prosimy podawać jedynie przy pierwszym powołaniu aktu prawnego. Wówczas nazwę aktu i datę (miesiąc słownie) podajemy w tekście głównym (np. ustawa z 13.4.2003 r. o zasadach pisania artykułów), w przypisie zaś publikator (np. t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 28, poz. 456).
3. Zapisując artykuł, ustęp, punkt aktu prawnego, skrótów nie odzielamy przecinkami, tak więc: art. 28 ust. 59 pkt (bez kropki!) 36, a nie: art. 28, ust. 59, pkt. 36.
4. W przypadku orzeczeń sądowych prosimy o zastosowanie następujących oznaczeń: Wyrok SN z 11.5.2011 r., I CA 123/11, OSNCP 2011, Nr 8, poz. 34. Nazwę orzeczenia i jego datę prosimy podać w tekście głównym (np. wyrok SN z 11.5.2011 r.), natomiast w przypisie publikator (I CA 123/11, OSNCP 2011, Nr 8, poz. 34).

Osoba do kontaktu: dr *Aleksandra Klich*, e-mail: pme@beck.pl

EDITORIAL REQUIREMENTS:

- language of publication: Polish, English, German, Russian;
- text editor MS Word (.doc or .docx);
- font style: Times New Roman;
- font size: main text – 12 pts, footnote – 10 pts;
- line spacing: 1.5 line (for footnotes – 1 row);
- volume of the article: up to 40,000 characters with spaces;
- margins: standard – all 2.5 cm;
- footnotes: cross-referenced footnotes should be Arabic numerals; reference should be placed immediately after the passage to which the footnote regards (before the full stop ending a sentence);
- article must be attached with key words in Polish and English;
- the title should be written in Times New Roman 14 pts (bold);
- text should consist of following parts: lead (summary, around 1500 characters with spaces), initial comments, amplification (with a division into parts with titles), summation;
- article should also be attached with a lead (summary) in English (around 1500 characters with spaces);
- intertitles should not be numbered, but bold;
- article must be attached with a biographical note (approx. 800 characters including spaces);
- please indicate affiliation.

The referenced sources should adhere to the following style:

Initial(s). Last name, Title, edition number if applicable, volume, part, etc., place and year of publication, followed by the page(s) referred to with the ‘p. (pp.)’ abbreviation, e.g.:

J. Kowalski, How to do references?, Vol. 2, Warszawa 2006, pp. 12–13.

For subsequent reference made **directly** to the cited item:

Ibidem, pp. 15–16.

Further reference, when several positions by a given author are being cited, include the first words of the title, e.g.:

J. Kowalski, How to..., pp. 28–29.

For edited volumes, when the publication referenced forms a part of the whole:

P. Igrsek, Citing, [in:] *J. Kowalski* (ed.), How to do references?, Vol. 2, Warszawa 2006, pp. 12–13.

For publications in periodicals, the title of the periodical replaces the name of the publisher, followed by the year, comma, then the number (No.) within the year, possibly the consecutive number and page numbers:

J. Kowalski, How to do references?, *Editorial news* 2006, No. 28 (236) p. 7.

A few technical issues:

- a. Expected indication of a legal act goes as follows: Journal of Laws of 2006, No. 28, item 456. The publishing body should only be provided when referring to the act for the first time. Then the name and date of the act (month – in words) shall be given in the body of the text (e.g. The Act of 13 April on the rules of writing articles), and the publishing body shall be given in the footnote (e.g. Journal of Laws of 2006, No. 28, item 456).
- b. When writing article, paragraph, point of a legal act, abbreviations should not be separated by commas, that is: art. 28 par. 59 point (no full stop!) 36, not: art. 28, par. 59, pt. 36).
- c. For court judgements, please use the following indications: Judgement of the Supreme Court of 11.5.2011, I CA 123/11, OSNCP 2011, No. 8, item 34. Mind that the appellation of the judgement and its date should be indicated in the main text (e.g. Judgement of the Supreme Court of 11.5.2011), and the publishing body in the footnote (I CA 123/11, OSNCP 2011, No. 8, item 34).

Contact Person: *Aleksandra Klich* PhD, e-mail: pme@beck.pl