

P
ME

2/2017

PRAWO

Mediów Elektronicznych

Przeprowadzenie dowodu za pomocą środków porozumiewania się na odległość na zasadzie art. 235 § 2 KPC a realizacja zasady bezpośredniości – uwagi w kontekście nowelizacji KPC z 10.7.2015 r. – część 1
dr *Aleksandra Budniak-Rogala*

Odpowiedzialność za udostępnianie hiperłączy
Ewa Milczarek

Dowody z Facebooka w procesie cywilnym
Wojciech Bijas

Rozporządzenie o otwartym Internecie z perspektywy ochrony konsumentów – główne postanowienia i wybrane problemy
Katarzyna Araczevska, Łukasz Wroński

Nowelizacja formy czynności prawnej w prawie cywilnym
dr hab. *Dariusz Szostek*

Business Communication Techniques for Lawyers
assoc. prof. pr. *Daniela Ilieva-Koleva*

RADA PROGRAMOWA:

r.pr. *Włodzimierz Chróścik*
SNSA *Jacek Czaja*
adw. *Rafał Dębowski*
prof. *Włodzimierz Gromski*
prof. *Ryszard Jaworski*
adw. *Xawery Konarski*
prof. *Michele Angelo Lupoi*
prof. *Jacek Mazurkiewicz*
prof. *Vytautas Nekrošius*
dr *Grzegorz Sibiga*
prof. *Grażyna Szpor*
prof. *Andreas Wiebe*
dr *Wojciech Wiewiórowski*
prof. *Krzysztof Wójtowicz*

www.ksiegarnia.beck.pl



Cena 65 zł (w tym 5% VAT)



Redakcja Półrocznika Naukowego Prawo Mediów Elektronicznych

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

Rada programowa:

r.pr. *Włodzimierz Chróścik*
sędzia *Jacek Czaja*, NSA
adw. *Rafał Dębowski*
dr hab. prof. nadzw. UWr *Włodzimierz Gromski* (przewodniczący)
prof. dr hab. *Ryszard Jaworski*, UWr
adw. *Xawery Konarski*
prof. Avv. *Michele Angelo Lupoi*, Uniwersytet Boloński
prof. nadzw. UWr *Jacek Mazurkiewicz*
prof. habil. dr *Vytautas Nekrošius*, Uniwersytet Wileński
dr *Grzegorz Sibiga*, INP PAN
dr hab. prof. nadzw. UKSW *Grażyna Szpor*
prof. dr *Andreas Wiebe*, University of Goettingen
dr *Wojciech Wiewiórowski*, UG
prof. dr hab. *Krzysztof Wójtowicz*, UWr

Recenzenci:

dr hab. prof. nadzw. UMK *Andrzej Adamski*
prof. *Zsolt Balogh*, Uniwersytet Corvinus Budapeszt
dr hab. prof. UŁ *Sławomir Cieślak*
dr hab. prof. nadzw. *Kinga Flaga-Gieruszyńska*, USz
prof. dr hab. *Jacek Górecki*, UŚ w Katowicach
prof. em. dr *Wolfgang Kilian*, University of Hannover
dr hab. prof. nadzw. UJ *Ryszard Markiewicz*
dr hab. *Marek Świerczyński*, UKSW
prof. *Richard Warner* Ph.D, Chicago – Kent College of Law
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.

Spis treści

Przeprowadzenie dowodu za pomocą środków porozumiewania się na odległość na zasadzie art. 235 § 2 KPC a realizacja zasady bezpośredniości – uwagi w kontekście nowelizacji KPC z 10.7.2015 r. – część 1 dr <i>Aleksandra Budniak-Rogala</i>	5
Odpowiedzialność za udostępnianie hiperłączy <i>Ewa Milczarek</i>	16
Dowody z Facebooka w procesie cywilnym <i>Wojciech Bijas</i>	25
Rozporządzenie o otwartym Internecie z perspektywy ochrony konsumentów – główne postanowienia i wybrane problemy <i>Katarzyna Araczewska, Łukasz Wroński</i>	33
Nowelizacja formy czynności prawnej w prawie cywilnym dr hab. <i>Dariusz Szostek</i>	47
Business Communication Techniques for Lawyers assoc. prof. dr. <i>Daniela Ilieva-Koleva</i>	51

Contents

Taking evidence by using means of distance communication under the Article 235 § 2 of the Code of Civil Procedure in relation to the directness principle – remarks in the light of the Code of Civil Procedure amendment of 10 July 2015 – part 1 dr <i>Aleksandra Budniak-Rogala</i>	5
Responsibility for sharing hyperlinks <i>Ewa Milczarek</i>	16
Facebook digital evidence in civil lawsuit <i>Wojciech Bijas</i>	25
Regulation on the open Internet from the perspective of consumer's protection. Main provisions and chosen problems <i>Katarzyna Araczewska, Łukasz Wroński</i>	33
Amendment of the form of legal action in civil law dr hab. <i>Dariusz Szostek</i>	47
Business Communication Techniques for Lawyers assoc. prof. dr. <i>Daniela Ilieva-Koleva</i>	51



Szanowni Państwo,

z przyjemnością przedstawiam Państwu drugi w 2017 r. numer kwartalnika aukowego Prawo Mediów Elektronicznych. Bieżący numer poświęcony został wpływowi nowoczesnych rozwiązań technologicznych zarówno na regulacje prawa cywilnego materialnego, jak i praktykę sądową.

W bieżącym numerze publikujemy artykuły naukowe dotyczące m.in.: odpowiedzialności za udostępnianie hiperłączy, czy nowelizacji formy czynności prawnej w prawie cywilnym oraz rozporządzenia o otwartym Internecie z perspektywy ochrony konsumentów. W aspekcie procesowym, a w szczególności w zakresie dotyczącym postępowania dowodowego omówione zostały kwestie związane z przeprowadzeniem dowodu za pomocą środków porozumiewania się na odległość w kontekście zasady bezpośredniości, a także problematyka dowodu z Facebooka. Wśród opracowań znajduje się również tekst poświęcony technikom komunikacji wykorzystywanym w biznesie.

Zapraszam do publikacji na łamach Prawa Mediów Elektronicznych, a także do kontaktu z nami pod adresem: pme@beck.pl.

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

Przeprowadzenie dowodu za pomocą środków porozumiewania się na odległość na zasadzie art. 235 § 2 KPC a realizacja zasady bezpośredniości – uwagi w kontekście nowelizacji KPC z 10.7.2015 r. – część 1

dr Aleksandra Budniak-Rogala¹

Niniejszy artykuł stanowi próbę przedstawienia kompleksowej wykładni regulacji z art. 235 KPC w kontekście realizacji zasady bezpośredniości ze szczególnym uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 10.7.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw², która weszła w życie 8.9.2016 r. Opracowanie zostało podzielone na dwie części. Na wstępie części pierwszej przedstawione zostały założenia związane z realizacją zasady bezpośredniości w postępowaniu cywilnym statuowanej w oparciu o regulację z art. 235 § 1 *in principio* KPC. Następnie omówiona została dopuszczalność przeprowadzenia dowodu przez sędziego wyznaczonego lub sąd wezwany na zasadzie art. 235 § 1 KPC jako wyjątek od przedmiotowej zasady. Na dalszym etapie rozważań odniesiono się do wymogów związanych z przeprowadzeniem dowodu przy użyciu środków porozumiewania się na odległość w myśl art. 235 § 2 KPC – w brzmieniu zarówno przed wejściem w życie przepisów powołanej nowelizacji, jak i po nim. Warto przy tym podkreślić, że na jej mocy ustawodawca skreślił zdanie 2 z art. 235 § 2 KPC, zgodnie z którym sąd orzekający przeprowadzał dowód w obecności sądu wezwanego lub referendarza sądowego w tym sądzie. Zdaniem autorki dokonana zmianę należy ocenić pozytywnie – podobnie jak samą instytucję dowodu na odległość. W drugiej części artykułu opisane zostały natomiast relacje pomiędzy dopuszczalnością przeprowadzenia dowodu przez sędziego wyznaczonego lub sąd wezwany (art. 235 § 1 KPC) a możliwością przeprowadzenia dowodu na odległość (art. 235 § 2 KPC) oraz pomiędzy przeprowadzeniem dowodu poza siedzibą sądu (art. 235 § 2 KPC) a regulacją wprowadzającą rozprawę odmiejscowioną (art. 151 § 2 KPC). Omówiona została też delegacja ustawowa z art. 235 § 3 KPC. Przeprowadzone rozważania doprowadziły ostatecznie do wniosku, iż zastosowanie konstrukcji dowodu na odległość prowadzi do wzmocnienia realizacji zasady bezpośredniości w postępowaniu cywilnym.

Uwagi wstępne

Postęp techniczny oddziałuje niewątpliwie na przeróżne dziedziny życia – w tym również na stosowanie przepisów prawnych. Z jednej strony spektrum możliwości, jakie otwiera przed wymiarem sprawiedliwości nowoczesna technika, jest ogromne³. Z drugiej zaś – nowoczesne technologie wymuszają dokonanie zasadniczego przeglądu i analizy tradycyjnych instytucji prawnych⁴. Obecnie oczywistym rozwiązaniem wydaje się zatem zastosowanie w sądownictwie nowoczesnych mechanizmów umożliwiających dokonywanie działań związanych z przetwarzaniem informacji, stanowiących konsekwencję połączenia rozwiązań informatycznych i komunikacyjnych⁵.

Wyrazem urzeczywistnienia analizowanej tendencji była między innymi ustawa z 5.12.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁶, która weszła w życie 1.7.2009 r., wprowadzająca możliwość przeprowadzenia dowodu na odległość. Statuujący przedmiotową instytucję art. 235 § 2 KPC został zmodyfikowany na mocy nowelizacji KPC z 10.7.2015 r. Ostatnia z wymienionych zmian skłania w związku z tym do refleksji związanych z regulowanymi w treści art. 235 KPC możliwościami przeprowadzenia dowodu przez sędziego wyznaczonego lub sąd

wezwany (§ 1) oraz za pomocą środków komunikacji elektronicznej (§ 2 i 3) – w szczególności w kontekście realizacji zasady bezpośredniości mającej niewątpliwie szczególnie relewantne znaczenie na gruncie procedury cywilnej.

Zasada bezpośredniości w postępowaniu cywilnym

Postępowanie cywilne oparte jest na zasadzie bezpośredniości. Odnosi się ona do reguł zapoznania się sądu

¹ Autorka jest adiunktem w Zakładzie Postępowania Cywilnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz adwokatem (ORA Wrocław).

² Dz.U. poz. 1311; dalej jako: nowelizacja KPC z 10.7.2015 r.

³ A. Zalesińska, Przesłuchanie na odległość w Polsce – postulaty *de lege lata* i *de lege ferenda* na tle konstrukcji prawnych przyjętych w innych krajach, E-Biuletyn CBKE 2007, Nr 2, www.cbke.prawo.uni.wroc.pl (dostęp z 19.7.2016 r.).

⁴ J. Golażyński, M. Leśniak, B. Pabin, Doręczenia, protokół i przesłuchanie elektroniczne w postępowaniu cywilnym – postulaty *de lege ferenda*, E-Biuletyn CBKE 2006, Nr 3, www.cbke.prawo.uni.wroc.pl (dostęp z 19.7.2016 r.).

⁵ A. Kościółek, Informatyzacja czynności dowodowych w postępowaniu cywilnym, AUWr N° 3137, PPIA LXXXII, Wrocław 2010, s. 253.

⁶ Dz.U. Nr 234, poz. 1571; dalej jako: nowelizacja KPC z 5.12.2008 r.

z materiałem procesowym⁷. Przedmiotowa zasada nie została wprawdzie sformułowana wprost w obowiązujących przepisach Kodeksu postępowania cywilnego – wynika jednak z całości kształtu uregulowań procedury cywilnej⁸. Zgodnie z powołaną regułą postępowanie dowodowe powinno odbywać się przed sądem orzekającym⁹. Rozwiązanie to stwarza możliwość osobistego zetknięcia się i zapoznania ze środkami dowodowymi przez sąd, a tym samym poczynienia przez sędziów orzekających w danym składzie sądu spostrzeżeń niezbędnych dla prawidłowej oceny wiarygodności i mocy dowodów w myśl art. 233 KPC. W związku z tym w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się co do zasady zgodnie, że sąd orzekający powinien zetknąć się bezpośrednio z możliwie całym materiałem dowodowym¹⁰.

Zasada bezpośredniości została wprawdzie przyjęta jako reguła na gruncie postępowania cywilnego¹¹, przy czym nie ma ona charakteru bezwzględnej¹². Ustawodawca przewiduje bowiem określone odstępstwa w przedmiotowym zakresie¹³, które są podyktowane względami praktycznymi oraz regułami ekonomiki procesowej¹⁴. Należy przy tym podkreślić, że z uwagi na ogromne znaczenie zasady bezpośredniości dla prawidłowości rozstrzygania przez sąd orzekający odstępstwa te nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej¹⁵.

Aktualnie w doktrynie wśród dopuszczalnych wyjątków od zasady bezpośredniości wymienia się zasadniczo zgodnie:

- 1) instytucję sędziego wyznaczonego lub sądu wezwanego (art. 235 § 1 KPC),
- 2) możliwość przesłuchania osób dotkniętych chorobą lub kalectwem w miejscu, gdzie przebywają, jeżeli nie mogą go opuścić (art. 263 KPC),
- 3) odejście od wymogu, aby całe postępowanie toczyło się przed tym samym składem orzekającym (art. 323 KPC),

⁷ Tak: K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Legalis/el. 2016, kom. do art. 235 KPC, nb 3. Podobnie: A. Klich, Możliwości wykorzystania protokołu elektronicznego i środków komunikacji na odległość na potrzeby postępowania dowodowego w sprawach cywilnych, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja postępowania cywilnego. Teoria i praktyka, Warszawa 2016, s. 87–88.

⁸ J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania cywilnego. T. I. Komentarz do art. 1–366, Legalis/el. 2016, kom. do art. 235 KPC, nb 1.

⁹ Przed sądem orzekającym odbywa się całość postępowania dowodowego, które obejmuje czynności stron i sądu związane z przeprowadzeniem dowodów przed sądem I i II instancji. Por. E. Rudkowska-Ząbczyk, [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Legalis/el. 2016, kom. do art. 235 KPC, nb 1–2. Zob. także T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze. T. I, Warszawa 2012, kom. do art. 235 KPC, nb 1, s. 1106; T. Demendecki, [w:] A. Jakubecki (red.), Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania cywilnego, Lex/el. 2016, kom. do art. 235 KPC; K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 3, oraz A. Klich, Możliwości wykorzystania..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 87–88. Zob. też w przykładowo w orzecznictwie: wyrok SN z 28.9.1971 r., II CR 384/71, Legalis; wyrok SN z 29.3.1973 r., II CR 75/73, Legalis; wyrok SN z 4.4.2001 r., I PKN 571/00, Legalis.

- 4) dopuszczalność dokonania przez sąd II instancji odmiennej oceny dowodów przeprowadzonych przez sąd

¹⁰ Zob. w doktrynie Z. Resich, [w:] B. Dobrzański, M. Lisiewski, Z. Resich, W. Siedlecki, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. T. I, Warszawa 1969, s. 409; A. Zalesińska, Przesłuchanie..., E. Rudkowska-Ząbczyk, Postępowanie dowodowe, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody w postępowaniu cywilnym, Warszawa 2010, s. 334; J. Turek, Czynności dowodowe sądu w procesie cywilnym, Warszawa 2011, s. 85; T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 1, s. 1106; B. Bładowski, Metodyka pracy sędziego cywilisty, Warszawa 2013, s. 24; T. Wiśniewski, Przebieg procesu cywilnego, Warszawa 2013, s. 239–240; K. Gajda-Roszczyńska, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz (red.), Dowody i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych, Warszawa 2015, s. 352; M. Sieńko, [w:] M. Manowska (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. T. I. Art. 1–505³⁸, Warszawa 2015, kom. do art. 235 KPC, nb 1, s. 683; T. Demendecki, [w:] A. Jakubecki (red.), Komentarz..., kom. do art. 235 KPC; A. Klich, Możliwości wykorzystania..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 8788; M. Krakowiak, [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–729, Warszawa 2016, kom. do art. 235 KPC, nb 1, s. 744; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 2, 41. Szerzej w tym kontekście zob. A. Góra-Błaszczkowska, Zasada bezpośredniości w postępowaniu dowodowym, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody w postępowaniu cywilnym, Warszawa 2010, s. 155 i n. Por. także w orzecznictwie: wyrok SN z 16.6.1967 r., III PRN 9/67, Legalis; wyrok SN z 28.9.1971 r., II CR 384/71, Legalis; wyrok SN z 29.3.1973 r., II CR 75/73, Legalis; wyrok SN z 3.2.1997 r., I CKN 60/96, Legalis; wyrok SN z 16.4.1999 r., II UKN 558/98, Legalis; wyrok SN z 23.6.1999 r., II UKN 9/99, Legalis; wyrok SN z 27.10.1999 r., III CKN 406/98, Legalis; wyrok SN z 20.8.2001 r., I PKN 571/00, Legalis; wyrok SN z 30.5.2008 r., III CSK 344/07, Legalis; wyrok SN z 24.8.2011 r., IV CSK 535/10, Legalis.

¹¹ A. Góra-Błaszczkowska, Zasada..., [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody..., s. 158; H. Dolecki, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), Kodeks postępowania cywilnego. T. I. Artykuły 1–366, Warszawa 2013, kom. do art. 235 KPC, nb 2, s. 857; K. Gajda-Roszczyńska, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz (red.), Dowody..., s. 356; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 1.

¹² A. Klich, Możliwości wykorzystania..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 184, 185; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 1.

¹³ W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, iż odstępstwa te muszą brać pod uwagę przede wszystkim charakter i rodzaj dowodu. Por. w literaturze: A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2016, kom. do art. 235 KPC, nb 9, s. 184, 185; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 1. Zob. też w judykaturze: wyrok SN z 22.1.2002 r., V CKN 508/00, Legalis; wyrok SA w Katowicach z 23.9.2014 r., III AUA 1373/14, Legalis.

¹⁴ K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 3; A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 9, s. 184; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 41.

¹⁵ Z. Resich, [w:] B. Dobrzański, M. Lisiewski, Z. Resich, W. Siedlecki, Kodeks..., s. 409; K. Piasecki, [w:] J. Jodłowski, K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem. T. 2. Postępowanie rozpoznawcze. Księga pierwsza. Proces, Warszawa 1989, s. 418; A. Góra-Błaszczkowska, Zasada..., [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody..., s. 156; E. Rudkowska-Ząbczyk, Postępowanie dowodowe, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody..., s. 335; T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 1, s. 1106; K. Gajda-Roszczyńska, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz (red.), Dowody..., s. 352; T. Demendecki, [w:] A. Jakubecki (red.), Komentarz..., kom. do art. 235 KPC; K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 3; A. Klich, Możliwości wykorzystania..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 88; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 41; E. Rudkowska-Ząbczyk, [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 13.

I instancji oraz możliwość dokonania przez sąd odwoławczy własnych ustaleń faktycznych¹⁶.

W nawiązaniu do powyższego problematyczny pozostaje natomiast zakres realizacji zasady bezpośredniości w kontekście możliwości przeprowadzania dowodów na odległość (art. 235 § 2 KPC).

Dopuszczalność przeprowadzenia dowodu przez sędziego wyznaczonego lub sąd wezwany na podstawie regulacji z art. 235 § 1 KPC

Regulacja z art. 235 KPC stanowi niewątpliwie refleks zasady bezpośredniości. W doktrynie podkreśla się, że przepis ten daje wyraz zasadzie bezpośredniości w sensie materialnym (bezpośrednie zetknięcie się składu sądu z

go z materiałem dowodowym) i w sensie formalnym (postępowanie dowodowe przed sądem orzekającym)¹⁷.

Zgodnie z treścią art. 235 § 1 KPC postępowanie dowodowe odbywa się przed sądem orzekającym, tj. przed sądem rozpoznającym daną sprawę. Powołany przepis przewiduje równocześnie możliwość odstąpienia od zasady bezpośredniości w przeprowadzeniu dowodów i zlecenie tej czynności jednemu z członków sądu orzekającego (sędzia wyznaczony) albo innemu sądowi (sąd wezwany):

- 1) w sytuacji, gdy przeprowadzeniu dowodu przed sądem orzekającym sprzeciwia się jego charakter oraz
- 2) w wypadku, jeżeli przeprowadzenie dowodu przed sądem rozpoznającym daną sprawę jest połączone z poważnymi niedogodnościami lub
- 3) jeżeli pozostaje niewspółmierne w stosunku do przedmiotu sporu z uwagi na koszty.

Pierwszy z analizowanych przypadków dotyczy natury dowodu – chodzi tutaj przede wszystkim o jego cechy fizyczne lub inne właściwości (np. oględziny przedmiotu, który ze względu na rozmiary nie może być dostarczony do budynku sądu) czy też ewentualnie o położenie dowodu w okręgu sądowym¹⁸. Drugie z wymienionych kryteriów, odnoszące się do kategorii poważnych niedogodności, oznacza przede wszystkim stan fizyczny osoby (ze szczególnym uwzględnieniem wieku, choroby czy kalectwa), pozbawienie lub ograniczenie wolności lokomocyjnej czy też znaczną odległość miejsca zamieszkania od siedziby sądu orzekającego, ewentualnie niedogodność komunikacyjną utrudniającą przybycie do tego sądu¹⁹. Za poważne niedogodności nie można natomiast uważać niedogodności polegających na tym, że przesłuchanie świadków przed

¹⁶ Por. *Ł. Goździaszek*, Zasada bezpośredniości i pisemności postępowania dowodowego w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 5 grudnia 2008 r., *PME* 2010, Nr 2, s. 29. *J. Gołaczyński*, *M. Leśniak*, *B. Pablin*, Doręczenia, protokoły... Zob. też *T. Wiśniewski*, *Przebieg*..., s. 240–241.

Warto odnotować, że przepisy dotyczące postępowania dowodowego odnoszą się do procedowania zarówno przed sądem I, jak i II instancji. Sąd II instancji może brać pod uwagę cały materiał zgromadzony przez sąd I instancji, bez względu na to, czy ten wykorzystał go w wydanym przez siebie orzeczeniu. Poza tym sąd II instancji, chociaż sam nie przeprowadził postępowania dowodowego, dokonuje własnej oceny wyników tego postępowania, a w następstwie tej oceny również stosownych ustaleń faktycznych. Jako sąd orzekający merytorycznie ma bowiem obowiązek poczynić własne ustalenia i samodzielnie je ocenić z punktu widzenia prawa materialnego. Należy mieć przy tym na względzie, że z uwagi na naturę postępowania apelacyjnego, zawierającego również mocny pierwiastek kontrolny, nie jest wprawdzie możliwa pełna realizacja zasady bezpośredniości, to jednak sąd II instancji musi każdorazowo tak stosować przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, harmonizując reguły postępowania dowodowego, ażeby nie nastąpił uszczerbek w prawidłowym merytorycznym rozstrzygnięciu sprawy. Tak: *J. Misztal-Konecka*, [w:] *K. Piasecki* (red.), *Kodeks postępowania*..., kom. do art. 235 KPC, nb 6, 7.

Sąd II instancji, nawet bez przeprowadzenia uzupełniającego postępowania dowodowego, może dokonać nowych, odmiennych ustaleń w porównaniu z tymi, których dokonał sąd I instancji, ale dokonanie nowych, innych ustaleń wymaga wskazania w uzasadnieniu wyroku sposobu ich dokonania, tak aby możliwa była kontrola instancyjna. Zob. *H. Dolecki*, [w:] *H. Dolecki*, *T. Wiśniewski* (red.), *Kodeks*..., kom. do art. 235 KPC, nb 3, s. 857 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

Dokonanie przez sąd II instancji odmiennej oceny dowodów niż przyjęta przez sąd I instancji nie stanowi naruszenia zasady bezpośredniości, chyba że z uwagi na szczególne okoliczności zachodziła konieczność ponowienia lub uzupełnienia postępowania dowodowego. Zob. uchwała (7) SN z 23.3.1999 r., III CZP 59/98, *Legalis*, i postanowienie SN z 22.8.2007 r., III CSK 61/07, *Legalis*. Por. też wyrok SN z 16.5.2003 r., I CKN 382/01, *Legalis*.

W braku jakiegokolwiek oceny dowodów przez sąd I instancji sąd odwoławczy powinien jednak rozważyć, czy nie naruszając zasady bezpośredniości, może samodzielnie oceny takiej dokonać, bez ponownego przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości lub części. Zob. w orzecnictwie: wyrok SN z 22.1.2002 r., V CKN 508/00, *Legalis*; wyrok SN z 18.4.2012 r., V CSK 169/11, *Legalis*. Identyczne stanowisko prezentowane jest również w doktrynie. Por. *A. Góra-Błaszczkowska*, *Zasada*..., [w:] *Ł. Błaszczak*, *K. Markiewicz*, *E. Rudkowska-Ząbczyk* (red.), *Dowody*..., s. 158; *H. Dolecki*, [w:] *H. Dolecki*, *T. Wiśniewski* (red.), *Kodeks*..., kom. do art. 235 KPC, nb 3, s. 857; *M. Sieńko*, [w:] *M. Manowska* (red.), *Kodeks*..., kom. do art. 235 KPC, nb 10, s. 685; *K. Flaga-Gieruszyńska*, [w:] *A. Zieliński* (red.), *Kodeks*..., kom. do art. 235 KPC, nb 5; *J. Misztal-Konecka*, [w:] *K. Piasecki* (red.), *Kodeks postępowania*..., kom. do art. 235 KPC, nb 8.

¹⁷ Tak: *K. Piasecki*, [w:] *J. Jodłowski*, *K. Piasecki* (red.), *Kodeks*..., s. 418. Podobnie: *H. Dolecki*, [w:] *H. Dolecki*, *T. Wiśniewski* (red.), *Kodeks*..., kom. do art. 235 KPC, nb 1, s. 856–857.

¹⁸ Tak: *A. Góra-Błaszczkowska*, *Zasada*..., [w:] *Ł. Błaszczak*, *K. Markiewicz*, *E. Rudkowska-Ząbczyk* (red.), *Dowody*..., s. 159. Por. też: *Z. Resich*, [w:] *B. Dobrzański*, *M. Lisiewski*, *Z. Resich*, *W. Siedlecki*, *Kodeks*..., s. 409; *K. Piasecki*, [w:] *J. Jodłowski*, *K. Piasecki* (red.), *Kodeks*..., s. 418; *T. Ereciński*, [w:] *T. Ereciński* (red.), *Kodeks*..., kom. do art. 235 KPC, nb 7, s. 1107; *B. Bładowski*, *Metodyka*..., s. 165–166; *T. Demendecki*, [w:] *A. Jakubecki* (red.), *Komentarz*..., kom. do art. 235 KPC; *K. Flaga-Gieruszyńska*, [w:] *A. Zieliński* (red.), *Kodeks*..., kom. do art. 235 KPC, nb 4; *J. Misztal-Konecka*, [w:] *K. Piasecki* (red.), *Kodeks postępowania*..., kom. do art. 235 KPC, nb 45; *E. Rudkowska-Ząbczyk*, [w:] *E. Marszałkowska-Krzes* (red.), *Kodeks*..., kom. do art. 235 KPC, nb 14.

¹⁹ Podobnie *A. Góra-Błaszczkowska*, *Zasada*..., [w:] *Ł. Błaszczak*, *K. Markiewicz*, *E. Rudkowska-Ząbczyk* (red.), *Dowody*..., s. 159; *T. Demendecki*, [w:] *A. Jakubecki* (red.), *Komentarz*..., kom. do art. 235 KPC; *A. Klich*, [w:] *J. Gołaczyński*, *D. Szostek* (red.), *Informatyzacja*..., kom. do art. 235 KPC, nb 2, s. 180. Por. też *Z. Resich*, [w:] *B. Dobrzański*, *M. Lisiewski*, *Z. Resich*, *W. Siedlecki*, *Kodeks*..., s. 409; *K. Piasecki*, [w:] *J. Jodłowski*, *K. Piasecki* (red.), *Kodeks*..., s. 418; *T. Ereciński*, [w:] *T. Ereciński* (red.), *Kodeks*..., kom. do art. 235 KPC, nb 7, s. 1107; *K. Flaga-Gieruszyńska*, [w:] *A. Zieliński* (red.), *Kodeks*..., kom. do art. 235 KPC, nb 4; *J. Misztal-Konecka*, [w:] *K. Piasecki* (red.), *Kodeks postępowania*..., kom. do art. 235 KPC, nb 46; *E. Rudkowska-Ząbczyk*, [w:] *E. Marszałkowska-Krzes* (red.), *Kodeks*..., kom. do art. 235 KPC, nb 15.

całym składem orzekającym niepotrzebnie absorbuje czas wszystkich jego członków. Stąd też zlecenie sędziemu wyznaczonemu przeprowadzenia dowodu ze świadków miejscowych narusza wymóg bezpośredniości i jest w związku z tym niedopuszczalne²⁰. Ostatni z analizowanych wyjątków odnosi się natomiast niewątpliwie do problematyki ekonomiki procesowej, która nakazuje eliminować koszty zbędne lub niewspółmierne do wartości przedmiotu sporu²¹.

W nawiązaniu do powyższego w doktrynie podkreśla się zgodnie, że odstępstwa od zasady przeprowadzania dowodów przed sądem orzekającym mogą dotyczyć tylko poszczególnych środków dowodowych, nie zaś postępowania dowodowego w całości²². Decyzja co do przeprowadzenia konkretnych czynności dowodowych przez sędziego wyznaczonego lub sąd wezwany przybiera postać postanowienia dowodowego, które określa zakres przyznawanych im kompetencji dowodowych²³.

Zgodnie z brzmieniem art. 44 ust. 1 i 4 ustawy z 27.7.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych²⁴ w przypadkach przewidzianych w ustawie sądy są obowiązane wykonywać poszczególne czynności sądowe na żądanie innych sądów oraz organów. W takiej sytuacji należy zwrócić się do sądu rejonowego, w którego obszarze właściwości czynność ma być wykonana²⁵. Sposób realizacji pomocy sądowej regulują zaś szczegółowo postanowienia wyrażone w § 115–124²⁶ rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23.12.2015 r. – Regulamin Urzędowania Sądów Powszechnych²⁷.

W myśl § 116 ust. 1 RegSądPowR w odezwie (czyli wniosku lub zleceniu przeprowadzenia dowodu lub dokonania innej czynności przez sąd wezwany)²⁸ należy dokładnie określić, jakie czynności mają być dokonane, oznaczyć wyczerpująco fakty i okoliczności podlegające stwierdzeniu przez poszczególne osoby, a w razie potrzeby – przytoczyć fakty i okoliczności, na które należy zwrócić szczególną uwagę. Należy także wskazać adresy osób, które mają być przesłuchane lub zawiadomione o terminie czynności, i podać, które z osób mają być przesłuchane po odebraniu przyrzeczenia. Natomiast zgodnie z treścią § 117 ust. 1 i 2 RegSądPowR odezwa może być przesłana również drogą elektroniczną za pomocą systemów teleinformatycznych, w szczególności za pomocą służbowych adresów poczty elektronicznej poszczególnych sądów z oznaczeniem domeny „gov.pl”. W przypadku zastosowania tej formy nie jest wymagane przesłanie odezwy z własnoręcznym podpisem przewodniczącego posiedzenia lub rozprawy. Na zasadzie § 120 RegSądPowR odezwę wykonuje się niezwłocznie, a zgodnie z treścią § 119 ust. 1 zd. 1 RegSądPowR zlecenie przeprowadzenia dowodu wiąże sąd wezwany. W przypadku gdy odezwa nie czyni zadość warunkom przewidzianym w § 116 RegSądPowR i gdy skutek tego udzielenie pomocy sądowej nie jest możliwe, sąd wezwany zwraca ją sądowi wzywającemu do celu uzupełnienia na zasadzie § 119 ust. 1 zd. 2 RegSądPowR. W oparciu natomiast

o regulację z § 119 ust. 3 RegSądPowR odezwę skierowaną omyłkowo do sądu miejscowo niewłaściwego sąd wezwany przekazuje sądowi właściwemu, zawiadamiając o tym równocześnie sąd wzywający²⁹.

²⁰ Por. w judykaturze: orzeczenie SN z 16.10.1956 r., I CR 92/56, NP 1957, Nr 7–8, s. 190. Identycznie w doktrynie: Z. Resich, [w:] B. Dobrzański, M. Lisiewski, Z. Resich, W. Siedlecki, Kodeks..., s. 409; A. Góra-Błaszczykowska, Zasada..., [w:] Ł. Błaszczyk, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody..., s. 159; H. Dolecki, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 11, s. 859; T. Demendecki, [w:] A. Jakubecki (red.), Komentarz..., kom. do art. 235 KPC; A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 2, s. 180; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 47.

²¹ A. Góra-Błaszczykowska, Zasada..., [w:] Ł. Błaszczyk, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody..., s. 159.

²² K. Piasecki, [w:] J. Jodłowski, K. Piasecki (red.), Kodeks..., s. 418; E. Rudkowska-Ząbczyk, Postępowanie dowodowe, [w:] Ł. Błaszczyk, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody..., s. 335; K. Flaga-Gieruszewska, [w:] A. Zieliński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 4; A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 9, s. 184; E. Rudkowska-Ząbczyk, [w:] E. Marszałkowska-Krzesłowska (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 3.

²³ Tak: J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 48. Podobnie: K. Gajda-Roszczyńska, [w:] Ł. Błaszczyk, K. Markiewicz (red.), Dowody..., s. 352. Więcej zob. E. Rudkowska-Ząbczyk, Postępowanie dowodowe, [w:] Ł. Błaszczyk, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody..., s. 335–337; T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 5, s. 1106; M. Sienko, [w:] M. Manowska (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 2, s. 683.

²⁴ Tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 2062 ze zm.; dalej jako: PrUsSądPowU.

²⁵ T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 5, s. 1106; H. Dolecki, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 14, s. 859–860; H. Pietrzkowski, Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych, Warszawa 2014, s. 536; K. Gajda-Roszczyńska, [w:] Ł. Błaszczyk, K. Markiewicz (red.), Dowody..., s. 352; T. Demendecki, [w:] A. Jakubecki (red.), Komentarz..., kom. do art. 235 KPC; M. Krakowiak, [w:] A. Góra-Błaszczykowska (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 4, s. 745.

²⁶ Więcej zob. m.in. E. Rudkowska-Ząbczyk, Postępowanie dowodowe, [w:] Ł. Błaszczyk, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody..., s. 335–337; B. Bładowski, Metodyka..., s. 166–167; A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 7, s. 183–184; M. Krakowiak, [w:] A. Góra-Błaszczykowska (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 3, s. 744–745.

²⁷ Dz.U. poz. 2316 ze zm.; dalej jako: RegSądPowR.

²⁸ W orzecznictwie i doktrynie przyjmują się co do zasady zgodnie, że odezwa o udzielenie przez sąd wezwany pomocy prawnej stanowi czynność organizacyjno-techniczną. Zob. w judykaturze wyrok SN z 5.7.1972 r., II CR 119/72, Legalis. Por. też w literaturze K. Piasecki, [w:] J. Jodłowski, K. Piasecki (red.), Kodeks..., s. 419; T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 6, s. 1107; T. Demendecki, [w:] A. Jakubecki (red.), Komentarz..., kom. do art. 235 KPC; A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 7, s. 183; M. Krakowiak, [w:] A. Góra-Błaszczykowska (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 3, s. 744. Zdaniem H. Doleckiego jest to czynność podejmowana w wykonaniu postanowienia dowodowego sądu orzekającego. Por. H. Dolecki, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 13, s. 859.

²⁹ Por. A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 7, s. 183–184. W tym kontekście zob. też A. Góra-Błaszczykowska, Zasada..., [w:] Ł. Błaszczyk, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody..., s. 160; E. Rudkowska-Ząbczyk, Postępowanie dowodowe, [w:] Ł. Błaszczyk, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody..., s. 335; H. Dolecki, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 15, s. 860–861; H. Pietrzkowski, Metodyka..., s. 536–537; M. Krakowiak, [w:] A. Góra-Błaszczykowska (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 3, s. 744–745.

Charakter uzupełniający w przedmiotowym zakresie realizuje § 118 RegSądPowR. Zgodnie z treścią tego przepisu, jeżeli odległość od miejsca zamieszkania świadka jest mniejsza do siedziby sądu orzekającego niż do siedziby sądu, w którego okręgu świadek mieszka, zlecenie przeprowadzenia dowodu temu sądowi nie jest dopuszczalne, chyba że uzasadniają to szczególne warunki komunikacyjne. Ponadto wyłączona jest możliwość zwracania się o przesłuchanie świadków do innego sądu, jeżeli odległość między miejscem ich zamieszkania a siedzibą sądu orzekającego nie przekracza 50 km, chyba że równocześnie świadkowie mają być obecni w sądzie oględzin lub też nie mogą się stawić w siedzibie sądu orzekającego z powodu przeszkód trudnych do usunięcia. Przedmiotowa regulacja znajduje odpowiednie zastosowanie do przesłuchania stron, uczestników postępowania nieprocesowego i biegłych³⁰.

W postępowaniu realizowanym w drodze pomocy prawnej mają zastosowanie wszystkie przepisy stosowane przed sądem orzekającym, w szczególności dotyczące doręczeń (art. 131–147 KPC) i protokołów oraz posiedzeń sądowych (art. 148–163 KPC), a także wszelkie reguły postępowania dowodowego, zwłaszcza odnoszące się do przeprowadzania poszczególnych środków dowodowych³¹. Strony i ich pełnomocnicy mają prawo uczestniczenia w dokonywanych czynnościach, zdawania pytań, zgłaszania wniosków, a zatem nie są pozbawieni możliwości wpływania na treść czynności dowodowych³². Strona może również domagać się wyłączenia sędziego sądu wezwanego na zasadzie art. 48 i n. KPC³³.

O terminie posiedzenia wyznaczonego dla przeprowadzenia dowodu sąd orzekający, sędzia wyznaczony lub sąd wezwany zawiadamia strony na zasadach ogólnych. Nieprawidłowe zawiadomienie skutkuje koniecznością odroczenia posiedzenia na podstawie regulacji z art. 214 KPC. Niestawiennictwo stron na takim posiedzeniu nie wstrzymuje zasadniczo przeprowadzenia dowodu, chyba że obecność stron lub jednej z nich okaże się konieczna – wówczas posiedzenie powinno zostać odroczone³⁴.

Sędzia wyznaczony i sąd wezwany w zakresie zleconego im postępowania dowodowego mają prawa przewodniczącego i prawa sądu orzekającego. Pozostają jednak związani postanowieniem dowodowym wydanym przez sąd rozpoznający daną sprawę – oznacza to, że nie mogą go ani uchylić, ani zmienić. Przedmiotowe związanie ma charakter bezwzględny w zakresie tezy dowodowej ujętej w postanowieniu – sędzia wyznaczony i sąd wezwany mogą bowiem uzupełnić postanowienie sądu orzekającego jedynie przez rozszerzenie zakresu środków dowodowych na fakty wskazane w postanowieniu, przy czym rozważana zmiana postanowienia może nastąpić tylko i wyłącznie na wniosek strony (por. art. 240 § 2 KPC). Dodatkowo w sprawach, w których zlecane jest przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, sąd orzekający

może pozostawić sędziemu wyznaczonemu lub sądowi wezwanemu prawo wyboru biegłego (*vide* art. 278 § 2 KPC)³⁵.

Czynności sądu wezwanego lub sędziego wyznaczonego nie podlegają zaskarżeniu w ramach postępowania z pomocy prawnej. Na najbliższym posiedzeniu sądu orzekającego strony mogą jednak zgłosić zastrzeżenia w trybie art. 162 KPC³⁶. Skuteczne podniesienie zarzutu w zakresie nieprawidłowości czynności dokonywanych przez sąd wezwany lub sędziego wyznaczonego może skutkować powtórzeniem lub uzupełnieniem postępowania dowodowego w określonym zakresie³⁷. Dodatkowo należy mieć na względzie, że sąd

³⁰ W tym kontekście warto zwrócić uwagę na stanowisko A. Klich, która podnosi, że „z uwagi na wszechstronność możliwości stosowania środków komunikacji na odległość zasadne wydaje się odstąpienie od kreowania sztywnych ram co do odległości i innych okoliczności, w których sąd przeprowadzałby czynności w postępowaniu dowodowym przy osobistej obecności świadka, biegłego etc. W tym wypadku w myśl zasady dyskrecjonalnej władzy sędziego, przewodniczący powinien podejmować stosowną decyzję w oparciu o postulat ekonomiki postępowania”. Por. A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Informatyzacja...*, kom. do art. 235 KPC, nb 7, s. 183–184, oraz A. Klich, *Możliwości wykorzystania...*, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Informatyzacja...*, s. 88. W tym zakresie zob. też K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 4.

³¹ Tak: K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 6. Podobnie: K. Piasecki, [w:] J. Jodłowski, K. Piasecki (red.), *Kodeks...*, s. 418–419; A. Góra-Błaszczkowska, *Zasada...*, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), *Dowody...*, s. 160–161; E. Rudkowska-Ząbczyk, *Postępowanie dowodowe*, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), *Dowody...*, s. 336; T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 8, s. 1107; K. Gajda-Roszczyńska, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz (red.), *Dowody...*, s. 353; T. Demendecki, [w:] A. Jakubecki (red.), *Komentarz...*, kom. do art. 235 KPC.

³² Por. H. Dolecki, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 15, s. 860–861. Zob. też wyrok SN z 29.5.1979 r., II CR 138/79, Legalis; wyrok SN z 23.5.1974 r., II CR 222/74, Legalis.

³³ E. Rudkowska-Ząbczyk, *Postępowanie dowodowe*, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), *Dowody...*, s. 336.

³⁴ Tak: E. Rudkowska-Ząbczyk, *Postępowanie dowodowe*, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), *Dowody...*, s. 337.

Zdaniem SN, jeżeli pełnomocnik uczestnika postępowania nieprocesowego nie został zawiadomiony o posiedzeniu wyznaczonym w celu przeprowadzenia dowodu przez sędziego wyznaczonego ze składu orzekającego (art. 235 KPC), nie zachodzi nieważność postępowania, ponieważ uczestnik postępowania może na najbliższej rozprawie zwrócić uwagę sądu orzekającego na to uchybienie. Powinno to spowodować powtórzenie postępowania dowodowego (art. 241 KPC). Nieskorzystanie z tego uprawnienia powoduje, że uczestnik traci prawo powoływania się w dalszym toku postępowania na uchybienie sędziego wyznaczonego. Por. postanowienie SN z 17.10.1969 r., I CR 316/69, OSPiKA 1971, Nr 1, poz. 5 z glosą krytyczną W. Siedleckiego. Na przedmiotowe orzeczenie powołują się m.in.: T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 9, s. 1107; H. Dolecki, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 15, s. 861; M. Sienko, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 2, s. 683.

³⁵ E. Rudkowska-Ząbczyk, *Postępowanie dowodowe*, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), *Dowody...*, s. 336.

³⁶ E. Rudkowska-Ząbczyk, *Postępowanie dowodowe*, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), *Dowody...*, s. 336–337; K. Gajda-Roszczyńska, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz (red.), *Dowody...*, s. 353.

³⁷ Por. w orzecznictwie: wyrok SN z 5.1.1999 r., III CKN 83/98, Legalis. Zob. też w doktrynie E. Rudkowska-Ząbczyk, *Postępowanie dowodowe*, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), *Dowody...*, s. 336–337.

orzekający nie może uchylić się od oceny zeznań świadków przesłuchanych w drodze pomocy prawnej z uwagi na ich sprzeczność z tego powodu, że nie miał możliwości bezpośredniej obserwacji ich zachowania się w czasie składania zeznań – w razie zachodzącej potrzeby powinien bowiem wydać postanowienie o ponownym przesłuchaniu tych osób – przez sędziego wyznaczonego lub przed sądem orzekającym³⁸. Powtórzenie lub uzupełnienie postępowania dowodowego może zatem nastąpić zarówno na wniosek strony, jak i z inicjatywy samego sądu. Należy mieć jednak na względzie, że w takiej sytuacji zawsze niezbędne będzie wydanie postanowienia dowodowego w przedmiotowym zakresie przez sąd orzekający³⁹. W doktrynie przyjmuje się, że powtórzenie lub uzupełnienie postępowania dowodowego uzasadnia:

- 1) niejasność lub nieczytelność protokołu spisanego z posiedzenia, na którym dowód był przeprowadzany,
- 2) podniesienie przez stronę nieobecną na posiedzeniu, która nie miała wcześniej możliwości zadawania pytań, zastrzeżeń co do zeznań świadka,
- 3) przeprowadzenie dowodu przez sędziego wyznaczonego lub sąd wezwany w sposób nieodpowiadający tezie postanowienia dowodowego czy
- 4) nieprawidłowości w zakresie zawiadomień o czynnościach dowodowych, a także
- 5) zgłoszenie przez stronę nowych twierdzeń i dowodów – jednak pod warunkiem, że zostaną one dopuszczone w ramach systemu koncentracji materiału procesowego⁴⁰.

W nawiązaniu do powyższego wypada odnotować, że z uwagi na fakt, iż większość sądów rejonowych została już wyposażona w urządzenia techniczne rejestrujące dźwięk albo obraz i dźwięk, sąd wezwany, wykonując odezwę, sporządza zasadniczo protokół elektroniczny stosownie do art. 157 § 1 KPC. W takim przypadku dodatkowo jest generowany skrócony protokół pisemny. Jak stanowi art. 158 § 1 KPC, treść przedmiotowego protokołu jest jednak ograniczona i może zawierać jedynie streszczenie wyników postępowania dowodowego. W praktyce zastosowanie powołanych regulacji przez sąd wezwany polega zwykle wyłącznie na dokonaniu rejestracji dźwięku albo obrazu i dźwięku. W związku z tym w literaturze postuluje się, aby w przypadku przeprowadzenia dowodu w trybie pomocy sądowej rozszerzać treść protokołu skróconego adekwatnie do regulacji z art. 158 § 1¹ KPC, zgodnie z którym poza elementami umożliwiającymi identyfikację danej sprawy protokół skrócony może zawierać wnioski i twierdzenia stron, a także streszczenie wyników postępowania dowodowego oraz inne okoliczności istotne dla przebiegu posiedzenia. Ograniczenie treści protokołu skróconego wyłącznie do kwestii wskazanych w art. 158 § 1 KPC może bowiem powodować istotne trudności dla sądu orzekającego – w szczególności w wypadku przeprowadzania do-

wodów z osobowych środków dowodowych, które bywają zwykle dość obszerne. Dodatkowo wydaje się, że w sytuacji, gdy wyniki postępowania dowodowego przeprowadzonego przed sądem wezwanym przybierają znaczące rozmiary, przewodniczący w sądzie wezwanym powinien również rozważyć, czy nie byłoby zasadne sporządzenie transkrypcji odpowiedniej części protokołu elektronicznego na zasadzie art. 158 § 4 KPC. W doktrynie podkreśla się bowiem w tym kontekście zgodnie, że wykładnia językowa powołanego przepisu prowadzi do wniosku, iż transkrypcję protokołu elektronicznego może zarządzić wyłącznie przewodniczący w tym sądzie, w którym sporządzono dany protokół. Przedmiotowa kompetencja nie będzie natomiast przysługiwała sądowi orzekającemu, do którego zostanie zwrócona odezwa wykonana przez sąd wezwany⁴¹.

Przeprowadzenie dowodu przy użyciu środków porozumiewania się na odległość na zasadzie art. 235 § 2 KPC

1. Cele związane z wprowadzeniem regulacji z art. 235 § 2 KPC

Z uwagi na postępowanie techniczny ustawodawca zdecydował się na dodanie do art. 235 KPC § 2, zgodnie z którym, 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 (zd. 1). Sąd orzekający przeprowadza dowód w obecności sądu wezwanego lub referendarza sądowego w tym sądzie (zd. 2).

Przedmiotowa regulacja została wprowadzona na mocy art. 1 pkt 4 nowelizacji KPC z 5.12.2008 r.⁴² Przyjęte rozwiązanie miało niewątpliwie na celu dostosowanie toku

³⁸ Tak: wyrok SN z 20.11.1973 r., I CR 629/73, Legalis. Tak również: A. Zalesińska, *Przesłuchanie...*; T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 14, s. 1108; H. Dolecki, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 17, s. 861–862; M. Sienko, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 3, s. 683; K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 6; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania...*, kom. do art. 235 KPC, nb 49.

³⁹ E. Rudkowska-Ząbczyk, *Postępowanie dowodowe*, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), *Dowody...*, s. 337.

⁴⁰ E. Rudkowska-Ząbczyk, *Postępowanie dowodowe*, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), *Dowody...*, s. 337; K. Gajda-Roszczyńska, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz (red.), *Dowody...*, s. 353.

⁴¹ A. Klich, [w:] J. Gołaczynski, D. Szostek (red.), *Informatyzacja...*, kom. do art. 235 KPC, nb 8, s. 184; M. Krakowiak, [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 5, s. 745.

⁴² Więcej w tym kontekście zob. m.in. Ł. Goździaszek, *Elektroniczna rewolucja w postępowaniu cywilnym*, *Jurysta* 2009, Nr 1, s. 12 i n.; Ł. Goździaszek, *Zasada bezpośredniości...*, s. 26 i n.; A. Kościółek, *Informatyzacja czynności...*, s. 253 i n.; A. Kościółek, *Elektroniczne czynności procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012, s. 299 i n.

postępowania cywilnego do wyzwań i możliwości, jakie niesie ze sobą postęp technologiczny⁴³. Było także odpowiedzią na postępujący proces informatyzacji prawa cywilnego procesowego przy jednoczesnym zapewnieniu możliwości realizacji postulatu szybkiego, sprawnego, efektywnego i taniego postępowania cywilnego⁴⁴. Warto równocześnie podkreślić, że wprowadzenie omawianej instytucji do procedury cywilnej w pełni odpowiadało tendencjom występującym w sądownictwie europejskim. Analizowana regulacja miała bowiem na celu dostosowanie przepisów polskiego prawa procesowego cywilnego do rozporządzenia (WE) Nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.7.2007 r., które ustanawiało europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń⁴⁵.

2. Wykładnia art. 235 § 2 zd. 1 KPC

Artykuł 235 § 2 zd. 1 KPC przewiduje, iż sąd orzekający może postanowić, że przeprowadzenie dowodu nastąpi przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających dokonanie tej czynności na odległość. Decyzję w przedmiotowym zakresie podejmuje zatem organ sądowy, wydając postanowienie dowodowe. Przedmiotowe postanowienie wydawane jest przez sąd orzekający na wniosek bądź z urzędu. W doktrynie podkreśla się, że pozytywnie należy ocenić decyzję ustawodawcy, który w przyjętym rozwiązaniu nie uzależnił skuteczności decyzji podejmowanej przez sąd z własnej inicjatywy od wymogu uprzedniego uzyskania akceptacji stron⁴⁶. Konstrukcja, na bazie której sąd mógłby zezwolić na przeprowadzenie dowodu na odległość jedynie za zgodą stron, mogłaby bowiem ograniczyć korzystanie z analizowanej instytucji tylko do nielicznych przypadków. Należy mieć przecież na względzie, że strony mogą mieć trudności w osiągnięciu konsensusu nie tylko co do *meritum* sprawy, ale również w odniesieniu do kwestii procesowych⁴⁷. Podejmując decyzję dotyczącą przeprowadzenia dowodu na odległość, sąd orzekający może również określić sposób dokonania analizowanej czynności (np. wideo- lub telekonferencja), przy czym wybrany środek powinien zostać dostosowany do rodzaju przeprowadzanego dowodu⁴⁸. Warto przy tym odnotować, iż wydając postanowienie w przedmiotowym zakresie, sąd rozpoznający daną sprawę powinien jednocześnie wskazać sąd wezwany, w którym dowód ma być przeprowadzony. Ustawodawca nie wprowadza w tym zakresie żadnego kryterium, które umożliwiałoby wyodrębnienie odpowiedniego sądu. W literaturze proponuje się zatem, by w analizowanej sytuacji w przypadku przeprowadzania dowodów z osobowych źródeł dowodowych odnieść się do miejsca zamieszkania przesłuchiwanego świadka, strony lub biegłego. Przyjęcie takiej koncepcji ma bowiem prowadzić od wyeliminowa-

nia ewentualnych trudności mogących powstać w związku z identyfikacją osoby przesłuchiwanej⁴⁹.

W nawiązaniu do powyższego wypadu podkreślić, że od wydanego przez sąd postanowienia w przedmiocie dopuszczenia czynności dowodowej na odległość – identycznie jak w odniesieniu do innych postanowień dowodowych – nie przysługuje środek odwoławczy. W literaturze podnosi się, iż przedmiotowe rozwiązanie zasługuje niewątpliwie na aprobatę. Przedstawiciele doktryny wskazują w tym kontekście, że niezaskarżalność postanowienia dowodowego nie oznacza niemożności przeprowadzenia kontroli tego postanowienia w postępowaniu apelacyjnym. W toku postępowania przed sądem II instancji rozpoznaniu podlegają bowiem również te postanowienia sądu I instancji, które nie są zaskarżalne w drodze zażalenia, a miały wpływ na rozstrzygnięcie sprawy (art. 380 KPC). Dopuszczalność kontroli w przedmiotowym zakresie będzie szczególnie istotna w przypadkach, w których na skutek niewykorzystania istniejących możliwości technicznych w celu przeprowadzenia odpowiedniej czynności dowodowej doszło do niewykorzystania środka dowodowego, który w inny sposób był niedostępny⁵⁰.

Odnosząc się z kolei bezpośrednio do treści art. 235 § 2 zd. 1 KPC, warto zauważyć, że ustawodawca nie przewidział żadnych wymogów o charakterze pozytywnym w zakresie dopuszczalności przeprowadzenia dowodu na odległość. W konsekwencji w literaturze przyjmuje się, iż poza siedzibą

⁴³ K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 11.

⁴⁴ Tak: A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 11, s. 187. Por. też: M. Muliński, M. Krakowiak, Przesłuchanie świadka w postępowaniu cywilnym za pomocą środków nowoczesnej techniki – postulat *de lege ferenda*, PS 2005, Nr 3, s. 64 i n.; K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), Kodeks, kom. do art. 235 KPC, nb 11; M. Krakowiak, [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 1, s. 745; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 28; E. Rudkowska-Ząbczyk, [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 17.

⁴⁵ Dz.Urz. UE L Nr 199, s. 1 ze zm. Tak: A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 11, s. 187. Więcej w tym kontekście zob. Ł. Goździaszek, Zasada bezpośredniości..., s. 28.

⁴⁶ Rozwiązanie takie przewidział natomiast ustawodawca niemiecki. Więcej na ten temat zob. przede wszystkim M. Muliński, M. Krakowiak, Przesłuchanie świadka..., s. 66–67.

⁴⁷ M. Muliński, M. Krakowiak, Przesłuchanie świadka..., s. 67–68; A. Kościółek, Informatyzacja czynności..., s. 257; A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., s. 307.

⁴⁸ A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., s. 306–307; E. Rudkowska-Ząbczyk, [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 18.

⁴⁹ Por. J. Gołaczyński, Doręczenia, protokół i przesłuchanie elektroniczne w postępowaniu cywilnym – postulaty *de lege ferenda*, PME, dodatek do MoP 2006, Nr 16, s. 58; J. Gołaczyński, M. Leśniak, B. Pabin, Doręczenia, protokół..., A. Kościółek, Informatyzacja czynności..., s. 262; A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., s. 313.

⁵⁰ M. Muliński, M. Krakowiak, Przesłuchanie świadka..., s. 68; A. Kościółek, Informatyzacja czynności..., s. 257; A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., s. 307.

sądu orzekającego będą mogły być przeprowadzone zasadniczo wszelkie dowody, o ile będą za tym przemawiać właściwości techniczne czy też fizyczne dowodu (uwzględniając także miejsce jego położenia), a także stan fizyczny osób lub miejsce ich pobytu⁵¹. W nieco innym ujęciu wskazuje się, że przesłankami wykorzystania nowoczesnych technik w postępowaniu dowodowym powinny być względy ekonomiczne (np. zmniejszenie kosztów przeprowadzenia dowodu), trudności faktyczne (np. choroba, kalectwo) oraz dążenie do uniknięcia przewlekłości postępowania⁵².

Artykuł 235 § 2 zd. 1 KPC statuuje jednak w swej treści przesłankę negatywną, zgodnie z którą przeprowadzenie dowodu przy pomocy środków porozumiewania się na odległość jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy nie sprzeciwia się temu charakter konkretnego dowodu. Do dowodów, których natura zezwala na przeprowadzenie ich w powołany sposób, należy zaliczyć niewątpliwie osobowe środki dowodowe – dowód z przesłuchania stron, z zeznań świadków czy z opinii biegłego. Przesłankę tę spełniają również rzeczowe środki dowodowe, których charakter czy też miejsce położenia w sposób naturalny wymusza konieczność przeprowadzenia danego dowodu z wykorzystaniem środków komunikowania się na odległość. Nie można zatem wykluczyć dokonywania w ten sposób oględzin przedmiotu lub osoby, a nawet przeprowadzania dowodu z dokumentu⁵³. W literaturze podnosi się jednak, iż przyjęte rozwiązanie ma na celu przede wszystkim umożliwienie przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków w drodze wideokonferencji⁵⁴.

Dodatkowo warto w tym kontekście zwrócić uwagę na fakt, że w przypadku przeprowadzenia dowodu na odległość na zasadzie art. 235 § 2 zd. 1 KPC ustawodawca nie przewidział pozostałych ograniczeń odnoszących się do instytucji pomocy sądowej regulowanej w art. 235 § 1 KPC, takich jak wzgląd na poważne niedogodności lub niewspółmierność kosztów w stosunku do przedmiotu sporu. Jak podkreśla w tym kontekście A. Kościółek, przyjęte sformułowanie zdaje się zatem rozszerzać katalog sytuacji, w której dopuszczalne będzie przeprowadzanie dowodu na odległość w porównaniu do przypadków zastosowania instytucji sędziego wyznaczonego lub sędziego wezwanego. Autorka konstatuje jednak słusznie, że „dopuszczenie w postępowaniu cywilnym czynności dowodowej przeprowadzanej na odległość, mimo braku wyraźnie ustanowionych przesłanek warunkujących jej dopuszczalność, jest zależne od okoliczności, które szczególnie to uzasadniają. Ogólny charakter regulacji, do którego zdaje się dążyć ustawodawca, projektując treść art. 235 § 2 KPC, powoduje bowiem jedynie, że nie dochodzi do ustawowego zawężenia okoliczności przesądzających o możliwości stosowania elektronicznych czynności dowodowych. Brzmienia art. 235 § 2 KPC nie należy zatem utożsamiać z dowolnym uznaniem sędziego,

ograniczonym wyłącznie charakterem dowodu. Wydaje się, że rozwiązanie takie zasługuje na pozytywną ocenę. Problematyczne oraz skomplikowane konstruowanie nawet przykładowego katalogu odpowiednich okoliczności uzasadniających dopuszczalność przeprowadzenia czynności dowodowych na odległość mogłoby bowiem negatywnie wpłynąć na zakres ich zastosowania w postępowaniu cywilnym”⁵⁵. Słusznie podnoszą zatem w tym kontekście M. Muliński i M. Krakowiak, że podejmując decyzję o zastosowaniu omawianego rozwiązania, sąd powinien wszechstronnie rozważyć jego celowość, biorąc pod uwagę okoliczności danej sprawy, a w szczególności:

- 1) przewlekłość postępowania spowodowaną dotychczasowym niestawiennictwem świadka;
- 2) możliwość przeprowadzenia innych dowodów;
- 3) wpływ faktów, które mają być udowodnione zeznaniami świadka, na wszechstronne rozważenie sprawy i dotarcie do prawdy, a także
- 4) obiektywne możliwości stawiennictwa świadka w siedzibie sądu orzekającego⁵⁶.

Jak już wcześniej wspomniano, regulacja z art. 235 § 2 KPC miała prowadzić do poszerzenia możliwości wykorzystania nowoczesnych urządzeń technicznych w celu usprawnienia postępowania dowodowego⁵⁷. Należy mieć jednak na względzie, że niezbędnym warunkiem skutecznego nawiązania współpracy multimedialnej pomiędzy sądem

⁵¹ Por. A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Informatyzacja...*, kom. do art. 235 KPC, nb 2, s. 180–181. Zob. też A. Kościółek, *Informatyzacja czynności...*, s. 260; A. Kościółek, *Elektroniczne czynności...*, s. 304–306, 313.

⁵² Tak: J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania...*, kom. do art. 235 KPC, nb 30. W tym kontekście por. też A. Klich, *Możliwości wykorzystania...*, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Informatyzacja...*, s. 90–92.

⁵³ Tak: E. Rudkowska-Ząbczyk, [w:] E. Marszałkowska-Krzes (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 19. Podobnie: T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 17, s. 1109; K. Markiewicz, *Informatyzacja postępowania cywilnego – de lege lata i de lege ferenda*, [w:] K. Markiewicz i A. Torbus (red.), *Postępowanie rozpoznawcze w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego*, Warszawa 2014, s. 427; A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Informatyzacja...*, kom. do art. 235 KPC, nb 2, s. 180; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania...*, kom. do art. 235 KPC, nb 29. Więcej w tym kontekście zob. A. Kościółek, *Informatyzacja czynności...*, s. 260, 261, 264–265 oraz A. Kościółek, *Elektroniczne czynności...*, s. 312–313, 317–319.

⁵⁴ Tak: K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks...*, kom. do art. 235 KPC, nb 11, oraz A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Informatyzacja...*, kom. do art. 235 KPC, nb 11, s. 187. Podobnie: K. Gajda-Roszczyńska, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz (red.), *Dowody...*, s. 354. W tym zakresie por. też D. Sielicki, *Zastosowanie Internetu w zakresie działania organów władzy sądowniczej*, E-Biuletyn CBKE 2006, Nr 1, www.cbke.prawo.uni.wroc.pl (dostęp z 25.7.2016 r.). W kontekście zalet wideokonferencji w porównaniu do telekonferencji zob. m.in.: K.B. DeTienne, *Komunikacja elektroniczna*, Warszawa 2009, s. 110–116, oraz A. Kościółek, *Informatyzacja czynności...*, s. 255–256.

⁵⁵ Więcej zob. A. Kościółek, *Elektroniczne czynności...*, s. 308–310. Por. też A. Kościółek, *Informatyzacja czynności...*, s. 258–259.

⁵⁶ M. Muliński, M. Krakowiak, *Przesłuchanie świadka...*, s. 68.

⁵⁷ A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Informatyzacja...*, kom. do art. 235 KPC, nb 11, s. 187.

wzywającym a sądem wezwanym w zakresie postępowania dowodowego jest dysponowanie przez te sądy właściwym sprzętem technicznym. Urządzenia te powinny bowiem umożliwiać obustronny kontakt wzrokowy oraz dźwiękowy pomiędzy wszystkimi osobami uprawnionymi do uczestnictwa w czynności – zebranymi zarówno w siedzibie sądu wezwanego, jak i sądu wzywającego⁵⁸. Kierując zatem odezwę do sądu wyznaczonego, sąd orzekający powinien mieć rozeznanie co do uwarunkowań technicznych wybranego sądu pozwalających na przeprowadzenie postępowania dowodowego z wykorzystaniem sprzętu umożliwiającego skuteczną komunikację na odległość. W przeciwnym razie cel przyspieszenia postępowania dowodowego poprzez przeprowadzenie dowodu przez sąd wyznaczony może zostać unicestwiony z powodu braku odpowiedniego wyposażenia technicznego sądu⁵⁹.

Istota elektronicznych czynności dowodowych polega bowiem na fizycznym rozdzieleniu miejsca pobytu przeprowadzającego czynność sądu orzekającego oraz źródła dowodowego. Dzięki nowoczesnym rozwiązaniom technologicznym jest jednak równocześnie zachowana łączność w czasie rzeczywistym między sądem orzekającym a źródłem dowodu⁶⁰. W konsekwencji uczestnicy postępowania – przebywając *de facto* w budynku innego sądu – mogą nie tylko brać udział w posiedzeniu sądowym odbywającym się przed sądem rozpoznającym daną sprawę, ale również dokonywać tam czynności procesowych. Przebieg czynności procesowych transmituje się natomiast z sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie do miejsca pobytu uczestników postępowania oraz z miejsca pobytu uczestników postępowania do sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie⁶¹.

W nawiązaniu do powyższego warto odnotować, że ustawodawca nie przewidział żadnych wymogów w zakresie rodzaju protokołu prowadzonego z przebiegu danego postępowania w odniesieniu do dopuszczalności przeprowadzenia dowodu przy użyciu środków porozumiewania się na odległość. Na gruncie obowiązujących przepisów ustawy procesowej irrelevantne pozostaje zatem, czy protokół z posiedzenia sądowego sporządzany jest wyłącznie w formie tradycyjnej, czy też jest tworzona jego wersja elektroniczna⁶². Nie sposób jednak nie zauważyć, że zarówno przeprowadzenie dowodu na odległość, jak i generowanie protokołu elektronicznego będzie wymagało odpowiedniego zaplecza technicznego. W konsekwencji przedmiotowe kwestie będą pozostawały niewątpliwie ze sobą w (o ile nie bezpośrednim, to co najmniej pośrednim) powiązaniu natury faktycznej. W doktrynie postuluje się zresztą w tym kontekście, by wprowadzić obligatoryjny obowiązek prowadzenia elektronicznego zapisu czynności dowodowych dokonywanych na odległość⁶³.

3. Uchylenie regulacji z art. 235 § 2 zd. 2 KPC

Artykuł 235 § 2 KPC został zmodyfikowany na podstawie regulacji z art. 2 pkt 25 nowelizacji KPC z 10.7.2015 r. Ustawodawca skreślił zd. 2 analizowanego przepisu, w którym wskazano, że sąd orzekający przeprowadza dowód w obecności sądu wezwanego lub referendarza sądowego w tym sądzie.

Z redakcji uchylonego art. 235 § 2 zd. 2 KPC wynikało, że przeprowadzenie dowodu przy użyciu środka porozumienia się na odległość odbywało się wprawdzie przed sądem orzekającym, jednak przy pomocy sądu wezwanego lub referendarza sądowego w tym sądzie, w którym dany środek dowodowy się znajdował⁶⁴. W doktrynie podkreślano, że w takiej sytuacji sąd wezwany lub referendarz jako organ pomocniczy wykonywali jedynie czynności o charakterze techniczno-organizacyjnym (takie jak w szczególności sprawdzenie danych osoby przesłuchiwanej, nadzorowanie prawidłowego biegu przesłuchania, czy zapewnienie osobie przesłuchiwanej bezpieczeństwa i swobody wypowiedzi, a także inne czynności dodatkowe polegające przykładowo na okazaniu odpisów dokumentów, jeżeli z jakichś powodów okazanie ich do kamery nie będzie wystarczające), sama czynność przesłuchania przeprowadzana była natomiast przez skład orzekający⁶⁵. Inaczej ujmując, dowód przeprowadzany był przez sąd orzekający, a rola sądu wezwane-

⁵⁸ A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., s. 315; A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 5, s. 182.

⁵⁹ A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 5, s. 182.

⁶⁰ Tak: J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 29. W tym kontekście por. też B. Kaczmarek-Templin, Dowód z zeznań świadków, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), Dowody w postępowaniu cywilnym, Warszawa 2010, s. 470–471; K. Markiewicz, Informatyzacja..., [w:] K. Markiewicz i A. Torbus (red.), Postępowanie..., s. 427; K. Gajda-Roszczyńska, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz (red.), Dowody..., s. 354.

⁶¹ K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 2; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 26.

⁶² A. Klich, Możliwości wykorzystania..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 89; A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 2, s. 180.

⁶³ M. Muliński, M. Krakowiak, Przesłuchanie świadka..., s. 70; A. Kościółek, Informatyzacja czynności..., s. 264.

⁶⁴ Tak: J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 32, oraz E. Rudkowska-Ząbczyk, [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 20. Por. też M. Sienko, [w:] M. Manowska (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 11, s. 685.

⁶⁵ Por. A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 11, s. 187–188; A. Kościółek, Elektroniczne czynności procesowe *de lege lata* i *de lege ferenda*, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja postępowania cywilnego. Teoria i praktyka, Warszawa 2016, s. 43; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 32. Więcej w tym kontekście zob. A. Kościółek, Informatyzacja czynności..., s. 262–263, oraz A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., s. 314–315.

go bądź referendarza sądowego ograniczała się do brania udziału w czynnościach dokonywanych przez sąd rozpoznający daną sprawę⁶⁶. Jak podkreślał Ł. Goździaszek, w takiej sytuacji dowód nie był zatem przeprowadzany przez sąd wezwany, a jedynie „w obecności” tego sądu⁶⁷.

Analizowaną zmianę, polegającą na uchyleniu regulacji z art. 235 § 2 zd. 2 KPC, należy ocenić jak najbardziej pozytywnie⁶⁸ z uwagi na podane poniżej argumenty.

Po pierwsze, służy ona niewątpliwie usprawnieniu czynności polegającej na przeprowadzeniu dowodu na odległość przez obniżenie stopnia jej sformalizowania⁶⁹ i złagodzenie wymogów koniecznych do jej dokonania⁷⁰. Poszerzony został bowiem krąg podmiotów mogących wspomagać w tym zakresie sąd orzekający⁷¹.

Po drugie, w doktrynie wskazywano słusznie, że obecność sądu wezwanego lub referendarza sądowego, przy uwzględnieniu, że dowód przeprowadza sąd orzekający, wydawała się zbędna⁷². Dotychczas poddawano bowiem w wątpliwość skuteczność dokonywania przez te podmioty czynności związanych z umożliwieniem przeprowadzenia dowodu na odległość przez sąd rozpoznający daną sprawę. Skoro bowiem art. 235 § 2 zd. 1 KPC jasno stanowił, że dowód na odległość jest przeprowadzany przez sąd orzekający, to ani sąd wezwany, ani też referendarz sądowy w tym sądzie nie miał możliwości formalnej reakcji w przypadku naruszenia powagi, spokoju lub porządku czynności sądowych, gdyż *de lege lata* nie posiadał on uprawnienia do wykonywania czynności z zakresu tzw. policji sesyjnej (por. w szczególności art. 48 i 49 PrUsSądPowU)⁷³. Z tego choćby powodu obecność wskazanych podmiotów w sądzie wezwanym podczas przeprowadzania czynności dowodowej na odległość była oceniana jako pozbawiona sensu⁷⁴.

Po trzecie, nie sposób zgodzić się w tym kontekście ze stanowiskiem S. Cieślaka, który podnosi, że przyjęte mocą powołanej nowelizacji „ograniczenie wymagań koniecznych do przeprowadzenia dowodu na odległość budzi jednak wątpliwości, ponieważ nie wprowadzono w miejsce obecności sądu lub referendarza innego podmiotu, którego zadaniem powinno być dbanie o prawidłowy przebieg czynności, w tym weryfikowanie tożsamości świadka i czuwanie nad swobodą jego wypowiedzi”⁷⁵. Warto mieć bowiem na względzie, że w sytuacji przeprowadzania dowodu na odległość w praktyce niezbędne jest każdorazowo powołanie obsługi niezbędnych urządzeń technicznych informatykom lub innym osobom zajmującym się wyposażeniem technicznym w sądzie⁷⁶. Wskazane osoby mogą natomiast z powodzeniem wykonywać również inne niezbędne czynności związane z umożliwieniem przeprowadzenia dowodu na odległość przez sąd orzekający – bez potrzeby angażowania sądu lub referendarza sądowego w sądzie, w którym znajduje się źródło dowodowe. Zadania te mogą być też zresztą wykonywane np. przez asystentów

sędziów, sekretarzy sądowych, protokolantów czy pracowników administracyjnych⁷⁷. Dodatkowo nie wydaje się, aby analizowany sposób przesłuchania mógł wpłynąć na swobodę wypowiedzi świadka (strony, biegłego). Niezależnie bowiem od sposobu przesłuchania swoboda wypowiedzi jest taka sama – sąd orzekający nie ma przecież możliwości sprawdzić, czy poza salą rozpraw świadek (strona, biegły) nie jest poddany naciskom⁷⁸. Warto dodatkowo odnotować, iż niektórzy przedstawiciele doktryny podnoszą postulat jeszcze dalej idącej zmiany w analizowanym zakresie, dopuszczającej udział w posiedzeniu uczestników przebywających również w innym miejscu niż sąd, z którego będzie dokonywany przekaz obrazu i dźwięku⁷⁹. Słusznie wskazuje jednak A. Zalesińska, iż mając na uwadze względy praktyczne, w tym w szczególności potrzebę rzetelnej identyfikacji

⁶⁶ A. Arkuszewska, Pozycja procesowa referendarza sądowego – *de lege lata i de lege ferenda*, Iustitia 2015, Nr 3, s. 123; A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 11, s. 187–188.

⁶⁷ Ł. Goździaszek, Zasada bezpośredniości..., s. 28.

⁶⁸ Tak również: A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 12, s. 188.

⁶⁹ S. Cieślak, Elektroniczne czynności sądowe – perspektywy rozwoju, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja postępowania cywilnego. Teoria i praktyka, Warszawa 2016, s. 22.

⁷⁰ Zob. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP VII kadencji, Druk sejmowy Nr 2678. Por. też A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 12, s. 188; A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 42.

⁷¹ A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 42.

⁷² K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 11; M. Krakowiak, [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 6, s. 745; A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 43; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 33.

⁷³ Tak: A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 43. W tym kontekście por. też A. Arkuszewska, Referendarz sądowy w postępowaniu cywilnym, Warszawa 2011, s. 158; A. Arkuszewska, Pozycja procesowa..., s. 123; A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 12, s. 188.

⁷⁴ A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 43.

⁷⁵ Tak: S. Cieślak, Elektroniczne czynności..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 22.

⁷⁶ Por. M. Krakowiak, [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 6; K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), Kodeks..., kom. do art. 235 KPC, nb 11; J. Misztal-Konecka, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania..., kom. do art. 235 KPC, nb 33. W tym kontekście zob. też M. Muliński, M. Krakowiak, Przesłuchanie świadka..., s. 69–70.

⁷⁷ W tym kontekście por. także A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., kom. do art. 235 KPC, nb 11–12, s. 187–188.

⁷⁸ Podobnie J. Gołaczyński, Doręczenia, protokół i przesłuchanie..., s. 58–59; J. Gołaczyński, M. Leśniak, B. Pabín, Doręczenia, protokół...

⁷⁹ Por. S. Cieślak, Elektroniczne czynności..., [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja..., s. 22 wraz z powołaną tam literaturą. Zob. też A. Kościółek, Informatyzacja czynności..., s. 264. A. Kościółek, Elektroniczne czynności..., s. 317.

uczestników postępowania oraz bezpieczeństwa przesyłu danych, transmisja powinna odbywać się z budynku sądu do budynku sądu⁸⁰.

Po czwarte, ostatecznie wydaje się, że konsekwencją analizowanego uproszczenia może być włączenie w proces sądowy tych osób, które poprzez konieczność osobistego stawiennictwa w sądzie rezygnowały dotąd z dochodzenia roszczeń na drodze sądowej, obawiając się przewlekłości postępowania sądowego, co mogłoby pośrednio prowadzić do zwiększenia jego kosztów⁸¹.

Reasumując, wypada zatem przyznać słusność A. Klich, która podnosi, że nowelizacja brzmienia art. 235 § 2 KPC stanowi z jednej strony wyraz popularyzacji nowoczesnych metod umożliwiających komunikację na odległość, z drugiej zaś wpływa pozytywnie na jego sprawność, polep-

szenie dostępu do wymiaru sprawiedliwości, jak również zmniejszenie kosztów postępowania w sprawach cywilnych⁸². W konsekwencji, jak wskazuje zasadnie A. Zalesińska, „zmiana ta na pewno przyczyni się do popularyzacji tego sposobu przesłuchania, bowiem nie będzie angażować zasobów w takim dużym stopniu jak dotychczas”⁸³.

⁸⁰ Tak: A. Zalesińska, Wpływ informatyzacji na założenia konstrukcyjne procesu cywilnego, Warszawa 2016, s. 232.

⁸¹ A. Klich, *Możliwości wykorzystania...*, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Informatyzacja...*, s. 89; A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Informatyzacja...*, kom. do art. 235 KPC, nb 12, s. 188.

⁸² A. Klich, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Informatyzacja...*, kom. do art. 235 KPC, nb 12, s. 188.

⁸³ A. Zalesińska, Wpływ informatyzacji..., s. 230.

Słowa kluczowe: zasada bezpośredniości, dowód na odległość, pomoc sądowa.

Taking evidence by using means of distance communication under the Article 235 § 2 of the Code of Civil Procedure in relation to the directness principle – remarks in the light of the Code of Civil Procedure amendment of 10 July 2015 – part 1

This paper constitutes an attempt to present comprehensive interpretation of the Article 235 of the Polish Code of Civil Procedure in the light of the directness principle and by taking into account, in particular, modifications introduced by the Act of 10 July 2015 on Amending the Civil Code, Code of Civil Procedure and certain other acts (Dz.U. [Journal of Laws] item 1311), which entered into force on 8 September 2016. The paper has been divided into two parts. Preliminary remarks of the first part of the paper present the outcomes of the directness principle application in the course of civil proceedings, as stipulated in the Article 235 § 1 in principio of the Code of Civil Procedure. Further, the paper discusses premises for taking evidence by the delegated judge or requested court pursuant to the Article 235 § 1 of the Code of Civil Procedure as an exception to the said principle. Subsequently, the author comments taking evidence by using means of distance communication as provided for in the Article 235 § 2 in the Code of Civil Procedure – both in the wording before and after the provisions of the abovementioned amendment entered into force. It is worth mentioning that according to the amendment the Legislator deleted second sentence of the Article 235 § 2 of the Code of Civil Procedure, by which the adjudicating court was obligated to take this evidence in presence of requested court or registrar of this court. In the author's opinion this modification should be considered as a positive change. Same positive opinion should be given to the institution of taking evidence remotely. In the second part of the paper the author describes relations between admissibility of taking evidence by delegated judge or requested court (Article 235 § 1 of the Code of Civil Procedure) and taking evidence remotely (Article 235 § 2 of the Code of Civil Procedure) as well as between taking evidence outside the courthouse (Article 235 § 2 of the Code of Civil Procedure) and conducting a remote hearing (Article 151 § 2 of the Code of Civil Procedure). The paper discusses also the statutory delegation of power laid down in the Article 235 § 3 of the Code of Civil Procedure. The performed analysis leads to the conclusion that taking evidence by using means of distance communication actually strengthens execution of the directness principle in the civil procedure.

Key words: directness principle, remotely taken evidence, judicial assistance.

■ Odpowiedzialność za udostępnianie hiperłączy

Ewa Milczarek¹

W niniejszym opracowaniu autorka bada zakres odpowiedzialności za umieszczenie hiperłączy na stronie. Na tym tle poruszono następujące kwestie mające wpływ na odpowiedzialność za udostępnianie hiperłączy: umieszczenie linku na stronie w celach zarobkowych lub bez takiego celu oraz posiadanie wiedzy, że podmiot prawa autorskiego nie zezwolił na pierwotne udostępnienie utworów na tej stronie.

Konieczne jest zachowanie odpowiedniej równowagi pomiędzy prawami twórców, użytkowników Internetu oraz ochroną wolności wypowiedzi i swobodą przepływu informacji. Jest to niezwykle trudne, gdyż zbyt rygorystyczna regulacja może mieć negatywny wpływ na postęp technologiczny i rozwój społeczeństwa informacyjnego, które wymagają szerokiego dostępu do wiedzy, w tym dóbr intelektualnych. Regulacja dająca zbyt dużą swobodę uderzy w prawa twórców. Według autorki obecnie największym problemem jest stan niepewności prawa związany z trudnościami w określeniu typów zachowań naruszających prawo oraz nikłym poziomem realnej skuteczności egzekwowania praw twórców.

Uwagi wstępne

Od lat 70. XX w. wraz z przełomem technologicznym na całym świecie trwa faza społeczno-gospodarcza zwana rewolucją informatyczną. Charakteryzuje się ona wzrostem uzależnienia sfery gospodarczej, politycznej, społecznej, psychologicznej i ekologicznej od informacji. Technologia informacyjna stała się bardziej dostępna oraz usprawniła wszystkie środki komunikowania i jest wykorzystywana w każdym aspekcie życia, a przez to wpływa również na sferę prawną. Najważniejszym elementem tej rewolucji jest Internet².

Liczba użytkowników Internetu stale rośnie – w 1995 r. stanowiła 0,4% populacji, by w 2007 r. osiągnąć 20%³. W 2016 r. liczba użytkowników Internetu wynosiła około 3,4 mld ludzi, co stanowi ponad 45% mieszkańców Ziemi⁴.

Pojawiły się nowe kanały eksploracji dóbr intelektualnych, co wpływa również kształt całego rynku kultury, przez to zagraża obecnie funkcjonującym przemysłom medialnym⁵. Do tej pory masowe rozpowszechnianie dóbr kultury następowało głównie poprzez aktywność koncernów medialnych. Nielegalne rozpowszechnianie odbywało się zazwyczaj pośród najbliższego otoczenia sprawcy. W początkowej fazie funkcjonowania Internetu kwestia ochrony własności intelektualnej i utworów nie była restrykcyjnie przestrzegana, co doprowadziło do powszechnej wymiany poprzez łącza sieciowe utworów w sposób niekontrolowany i bezpłatny⁶.

Ochronę autorskich praw osobistych traktujemy dziś jako prawa człowieka. Pierwsze odniesienia do takiej kwalifikacji osobistych praw autorskich znajdziemy już u *La Chapellera Isaaca Rene Guy'a*, który stwierdził już w XVIII w., że „najświętsze, najbardziej prawnie uzasadnione, najbardziej bezstronne oraz jeśli mogą ująć w ten sposób, najbardziej osobiste ze wszystkich przedmiotów własności jest dzieło, które stanowi owoc wyobraźni pisarza”⁷. Jednak dopiero

w sierpniu 2000 r. Podkomisja ONZ ds. Ochrony i Promocji Praw Człowieka podjęła uchwałę określającą jako prawo człowieka prawo do ochrony interesów osobistych i materialnych, które swoje źródła mają w jakiegokolwiek twórczości naukowej, literackiej czy artystycznej, które to prawo podlega ograniczeniom wynikającym z interesu publicznego⁸.

Prawo własności intelektualnej w prawodawstwie unijnym

Internet stanowi podstawowy filar jednolitego rynku cyfrowego i ma w obecnej rzeczywistości znaczący wpływ na wolność wypowiedzi i przepływ informacji. Celem działań UE jest wykorzystanie potencjału gospodarczego, jaki niesie ze sobą Internet, zapewniając osobom fizycznym możliwość uzyskania dostępu do treści, towarów i usług, z których pragną korzystać, oraz kontroli danych osobowych, które chcą udostępnić lub nie. Bezpieczne, stabilne i odporne sieci mają stanowić podstawę gospodarki internetowej⁹.

¹ Autorka jest asystentem na Katedrze Prawa Konstytucyjnego i Integracji Europejskiej, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Szczeciński.

² M. Leszczyńska, Współczesny model rozwoju społecznego z perspektywy rewolucji informacyjnej, [w:], *Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy 2011*, Nr 23, s. 125–134.

³ K. Dobreniecki, *Lex Informatica*, Toruń 2008, s. 39.

⁴ Cisco Visual Networking Index (VNI) Forecast (2011–2016), http://www.cisco.com/en/US/netsol/ns827/networking_solutions_sub_solution.html (dostęp z 1.2.2017 r.).

⁵ I. Gleisner, Problem wolności w Internecie, <http://www.ujk.edu.pl/infotezy/ojs/index.php/infotezy/article/view/63/183> (dostęp z 4.3.2014 r.).

⁶ R. Cisek, J. Jezioro, A. Wiebie, *Dobra i usługi informacyjne w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2005, s. 94.

⁷ M. Huczowski, *Ochrona autorskich praw osobistych w powszechnym prawie międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 15.

⁸ Intellectual Property Rights and Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Fifty-second session, Agenda item 4, E/CN.4.Sub.2/2000/7 z 17.8.2000 r.

⁹ Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8.6.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (Dz.Urz. UE L Nr 178, s. 1).

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁰ (TFUE) z 2009 r. przyznaje UE kompetencję w dziedzinie praw własności intelektualnej. Artykuł 118 TFUE stanowi, że w ramach ustanawiania lub funkcjonowania rynku wewnętrznego Parlament i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, ustanawiają środki dotyczące tworzenia europejskich praw własności intelektualnych w celu zapewnienia jednolitej ochrony praw własności intelektualnej w Unii oraz utworzenia scentralizowanych na poziomie Unii systemów zezwoleń, koordynacji i nadzoru. Ustawodawcze działania UE w tej dziedzinie sprowadzają się głównie do harmonizacji określonych aspektów tych praw poprzez stworzenie jednolitego europejskiego systemu jak w przypadku wspólnotowego znaku towarowego czy wspólnotowego wzoru. Artykuł 151 TFUE nakłada na Wspólnotę obowiązek uwzględniania w swoim działaniu aspektów kulturalnych, czego ważnym przejawem jest otoczenie właściwą ochroną utworów chronionych przez prawo autorskie oraz przedmiotów ujętych w prawach pokrewnych.

Jednym z narzędzi ujednolicenia praw własności intelektualnej w UE jest dyrektywa 2001/29/WE z 22.5.2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym¹¹, której celem było dostosowanie przepisów o prawie autorskim i prawach pokrewnych do zmian technologicznych i wdrożenie dwóch międzynarodowych traktatów, które zostały zawarte w grudniu 1996 r.: Traktatu WIPO o prawie autorskim¹² i Traktatu WIPO o artystycznych wykonaniach i nagraniach¹³. Dyrektywa ta harmonizuje również obowiązujące prawo autora do publicznego udostępniania utworu¹⁴. Jak zauważono w preambule do aktu, wiele państw członkowskich niezależnie zapoczątkowało procesy legislacyjne w zakresie nowych technologii. Brak harmonizacji mógłby spowodować powstanie istotnych różnic w dziedzinie ochrony praw autorskich, a w związku z tym stworzyć ograniczenia dla swobodnego przepływu usług i towarów zawierających elementy objęte własnością intelektualną lub opierających się na takich elementach, skutkiem czego byłby ponowny podział rynku wewnętrznego i niespójności natury legislacyjnej. Nasilenie transgranicznego wykorzystywania własności intelektualnej wymusza usuwanie różnic prawnych w odniesieniu do ochrony prawnej, które mogą ograniczyć uzyskanie korzyści dla nowych produktów i usług chronionych przez prawo autorskie i prawa pokrewne. Harmonizacja ma na celu utrzymanie, i to zwłaszcza w środowisku elektronicznym, właściwej równowagi między z jednej strony interesem podmiotów praw autorskich i praw pokrewnych związanym z ochroną ich prawa własności intelektualnej, zagwarantowanego w art. 17 ust. 2 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej¹⁵, a z drugiej strony ochroną interesów i praw podstawowych użytkowni-

ków przedmiotów chronionych – w szczególności ochroną ich wolności wypowiedzi i informacji, zagwarantowanej w art. 11 KPP¹⁶ – a także ochroną interesu ogólnego¹⁷.

Odpowiedzialność za udostępnianie hiperłączy

Jednym z aspektów funkcjonowania Internetu wywołujących kontrowersje w zakresie praw własności intelektualnej jest ponoszenie odpowiedzialności za udostępnianie hiperłączy. Hiperłącze to element dokumentu elektronicznego prowadzący do innego dokumentu¹⁸. Odpowiedzialność za udostępnianie hiperłączy łączy się bezpośrednio z prawem autorów do publicznego udostępniania ich utworów.

Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE stanowi, że „państwa członkowskie powinny zapewnić autorom wyłączne prawo do zezwalania lub zabrania na jakiegokolwiek publiczne udostępnianie ich utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, włączając podawanie do publicznej wiadomości ich utworów w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie”.

Prawo unijne nie stworzyło definicji legalnej utworu. Tutaj będziemy się posilać definicją ukształtowaną w polskim porządku prawnym. W rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy z 4.2.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁹ utwór będący przedmiotem prawa autorskiego to „każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, utrwalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia”. Podstawową cechą w tej definicji jest indywidualność i samodzielność twórczości. Utwory stanowią dobra niematerialne.

Mimo że dyrektywa 2001/29/WE gwarantuje podmiotom praw autorskich, by publiczne udostępnianie ich utworach następowało za ich zgodą, to nie zawiera żadnej definicji tego, co oznacza „publiczne udostępnianie”. Zagadnienie to jest natomiast kluczowe przy określeniu kręgu działań, które godzą w to prawo autorskie²⁰. Rozważania

¹⁰ Dz.Urz. UE C z 2012 r. Nr 326, s. 47; dalej jako: TFUE.

¹¹ Dz.Urz. UE L Nr 167, s. 10; dalej jako: dyrektywa 2001/29/WE.

¹² Traktat Światowej Organizacji Własności intelektualnej o prawie autorskim, sporządzony w Genewie 20.12.1996 r. (Dz.U. Nr 3 poz. 11 i 12).

¹³ Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach, sporządzony w Genewie 20.12.1996 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 41, poz. 375).

¹⁴ Motyw 23 dyrektywy 22/06/2001

¹⁵ Dz.Urz. UE C Nr 326, s. 391; dalej jako: KPP.

¹⁶ 1. Każdy ma prawo do wolności wypowiedzi. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. 2. Szanuje się wolność i pluralizm mediów.

¹⁷ Motyw 3 i 31 dyrektywy 2001/29/WE.

¹⁸ Słownik Języka Polskiego PWN, <http://sjp.pwn.pl/slowniki/hiper%C5%82%C4%85cze.html> (dostęp z 1.10.2016 r.).

¹⁹ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 880 ze zm.; dalej jako: PrAutU.

²⁰ Por. wyroki TS: z 13.2.2014 r., Svensson i in., C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 16; z 19.11.2015 r., SBS Belgium, C-325/14, EU:C:2015:764, pkt 15; z 31.5.2016 r., Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, pkt 37.

na temat zakresu czynów wchodzących w zakres terminu „publiczne udostępnianie” warto rozpocząć od motywu 23 dyrektywy 2001/29/WE, który stanowi, że „prawo to [do publicznego udostępniania utworu – dopisek *E.M.*] należy rozumieć w szerszym znaczeniu, jako obejmujące każde udostępnianie utworu odbiorcom nieznajdującym się w miejscu, z którego przekazywanie pochodzi. Prawo to obejmuje każdą publiczną transmisję lub retransmisję utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, w tym nadawanie programów; prawo to nie powinno obejmować żadnych innych działań”.

Pojęcie „czynności publicznego udostępniania” było również przedmiotem orzecznictwa TS. Dotychczasowe orzecznictwo określiło, że za „czynność udostępniania” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE możemy uznać umieszczenie na stronie internetowej hiperłącza do utworu chronionego, swobodnie dostępnego na innej stronie²¹. Nie ulega wątpliwości, że czynność polegająca na umieszczeniu hiperłącza ma charakter pośredni i wtórny wobec pierwotnego udostępnienia. Może ono przyczynić się do ułatwienia dostępu do utworów. Umożliwianie dostępu do utworów chronionych należy uznać za „podanie do wiadomości” i – w konsekwencji – za „czynność publicznego udostępniania” w rozumieniu tego przepisu²².

By udostępnienie hiperłącza można było uznać za „publiczne”, konieczne jest, aby to udostępnienie dotyczyło nieokreślonej, dość znacznej liczby podmiotów²³, obejmowało te same utwory co udostępnienie pierwotnie i nastąpiło w oparciu o tę samą technologię, ale było skierowane do nowych odbiorców. Nowi odbiorcy to tacy, którzy nie byli wzięci pod uwagę przez podmioty uprawnione, gdy zezwoliły na pierwotne publiczne udostępnienie²⁴. W zakresie, w jakim utwór ten jest swobodnie dostępny w witrynie internetowej, do której hiperłącze pozwala dotrzeć, należy stwierdzić, że gdy podmioty praw autorskich związanych z tym utworem zezwoliły na takie udostępnienie, uwzględniły one wszystkich internautów jako publiczność.

Jak zauważono w wyroku *Svensson i in.*²⁵, przy kwalifikacji danego zachowania jako „publicznego udostępniania” należy również rozważyć, czy hiperłącze pozwala na obejście środków zastosowanych w celu ograniczenia dostępu na stronie, na której znajduje się chroniony utwór. Jeżeli tak nie jest i gdy ta strona, a zatem umieszczony tam utwór, są potencjalnie dostępni dla wszystkich internautów, nie ma wielkiego znaczenia, czy hiperłącze ułatwia uzyskanie dostępu do tego utworu. Rozwiązanie odwrotne byłoby niepraktyczne i wywoływałoby poważną niepewność prawa na niekorzyść wolności słowa i informacji.

Umieszczenie linków do stron, na których sporne utwory zostały opublikowane w innej witrynie bez zezwolenia podmiotu praw autorskich, nie jest co do zasady wyłączone z pojęcia „publicznego udostępniania”. Z postanowienia

w sprawie *BestWater International*²⁶ wynika, że brak zezwolenia podmiotu prawa autorskiego odnośnie do pierwotnego publicznego udostępnienia utworu jest nieistotny z punktu widzenia kwalifikacji czynności jako „publiczne udostępnianie”.

Orzecznictwo TS precyzuje również, że prawo do publicznego udostępniania nie obejmuje działań, które nie oznaczają „transmisji” lub „retransmisji” utworu²⁷.

Ostatni wyrok z 2016 r. poruszający omawianą kwestię dotyczył hiperłącza odsyłającego do strony, gdzie utwór został zamieszczony pierwotnie bez zgody uprawnionych podmiotów. Sprawa *GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., B.G. Dekker* z 8.9.2016 r.²⁸ w sprawie wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącego wykładni art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE dotyczyła umieszczenia w witrynie internetowej *GeenStijl.nl*, jednej z popularniejszych stron w Holandii, która jest prowadzona przez *GS Media*, hiperłącza odsyłających do innych witryn, umożliwiających zapoznanie się z fotografiami przedstawiającymi modelkę *B.G. Dekker* wykonanymi dla magazynu *Playboy*. Zdjęcia znajdujące się na tych witrynach zostały umieszczone bez zgody podmiotów prawa autorskiego. Pomimo monitów spółka *GS Media* odmówiła usunięcia analizowanego hiperłącza.

Wydawca magazynu, spółka *Sanoma*, wnosząc pozew przeciwko serwisowi, podniosła, że poprzez umieszczanie hiperłącza i umieszczenie wycinka jednego ze zdjęć w ogłoszeniach naruszył prawo autorskie fotografa. Sąd apelacyjny w Amsterdamie uznał, że umieszczanie hiperłącza w znacznym stopniu zachęciło odwiedzających stronę do wejścia na stronę zawierającą nielegalnie zamieszczone zdjęcia, które bez tych linków były niełatwe do znalezienia.

Na tym tle poruszono następujące kwestie mające wpływ na odpowiedzialność za udostępnianie hiperłącza:

- 1) Czy umieszczenie na stronie internetowej hiperłącza do innej strony internetowej, prowadzonej przez podmioty trzecie, dostępnej dla wszystkich internautów i na której utwory chronione prawem autorskim są udostępnione

²¹ Zob. wyrok TS z 13.2.2014 r., *Svensson i in.*, C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 20.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, pkt 21.

²⁴ *Ibidem*, pkt 24.

²⁵ Wyrok TS z 13.2.2014 r., *Svensson i in.*, C-466/12, EU:C:2014:76.

²⁶ Zob. postanowienie TS z 21.10.2014 r. *BestWater International GmbH przeciwko M. Mebes et S. Potsch*, C-348/13, www.eur-lex.europa.eu.

²⁷ Zob. wyrok TS z 24.11.2011 r. w sprawie *Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) przeciwko Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România – Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR – ADA)*, C-283/10, www.eur-lex.europa.eu, pkt 40.

²⁸ Zob. wyrok TS z 8.9.2016 r. w sprawie *GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., B.G. Dekker*, C-160/15, www.eur-lex.europa.eu.

użytkownikom bez zgody podmiotu prawa autorskiego, stanowi czynność publicznego udostępniania?

- 2) Czy podmiot, który został powiadomiony o fakcie, że hiperłącze umieszczone na jego stronie zawiera materiały chronione prawem autorskim, które umieszczane są na niej bez zgody podmiotu uprawnionego, musi zapobiec udostępnieniu linku do utworu?
- 3) Czy fakt, iż podmiot, który umieszcza hiperłącze do innej strony, posiada lub powinien posiadać wiedzę, że podmiot prawa autorskiego nie zezwolił na pierwotne udostępnienie utworów na tej stronie, ma na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 istotne znaczenie?

Orzeczenie GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., B.G. Dekker stanowi kontynuację dotychczasowego orzecznictwa i dodaje do zakresu odpowiedzialności za umieszczenie hiperłącza różną kwalifikację czynu w zależności od dokonywania tego w celach zarobkowych albo bez takiego założenia.

W pierwszym przypadku od podmiotu umieszczającego należy oczekiwać, że przeprowadzi niezbędne weryfikacje, aby upewnić się, że dany utwór nie został bezprawnie opublikowany w witrynie, do której odsyłają wspomniane hiperłącza. To użytkownik dokonuje czynności udostępnienia, gdy podejmuje działania w celu udzielenia swoim klientom dostępu do utworu chronionego, mając pełną świadomość konsekwencji tych działań, a zwłaszcza gdy w przypadku braku takich działań klienci ci nie mogliby co do zasady korzystać z nadawanego utworu²⁹. W tym przypadku należy stosować domniemanie, że umieszczenie zostało dokonane ze świadomością ochrony utworu i ewentualności braku zezwolenia podmiotu praw autorskich na publikację w Internecie. Umieszczenie hiperłącza odsyłającego do utworu bezprawnie opublikowanego w Internecie uznaje się zatem za „publiczne udostępnianie” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, przy czym jest to domniemanie wzruszalne.

W drugim przypadku należy ustalić, czy osoba umieszczająca hiperłącze wiedziała lub powinna była wiedzieć, że umożliwia w ten sposób dostęp do utworu opublikowanego bezprawnie w Internecie. Trybunał zwrócił w tym aspekcie uwagę na motywy 9³⁰ i 10³¹ dyrektywy 2001/29/WE, których celem jest zapewnienie autorom wysokiego poziomu ochrony, umożliwiającego im otrzymanie stosownego wynagrodzenia za korzystanie z ich utworów, polegające w szczególności na ich publicznym udostępnianiu.

Państwa członkowskie mogą w prawie krajowym przewidzieć wyjątki lub ograniczenia monopolu autorskiego w odniesieniu do prawa publicznego udostępniania i zwielokrotniania utworu jedynie w przypadkach³²:

- korzystania wyłącznie w celach zilustrowania w ramach nauczania lub badań naukowych po ujawnieniu źródła i autorstwa;
- korzystania dla dobra osób niepełnosprawnych, jeżeli korzystanie odnosi się bezpośrednio do upośledzenia;
- zwielokrotniania przez prasę, publicznego udostępniania utworów i podawania do publicznej wiadomości aktualnych artykułów na tematy po ujawnieniu źródła i autorstwa;
- cytowania do celów, takich jak słowa krytyki lub recenzji dla opublikowanego utworu;
- korzystania do celów bezpieczeństwa publicznego lub w celu zapewnienia sprawnego przebiegu lub prowadzenia sprawozdań z procedur;
- korzystania z przemówień politycznych, wykładów publicznie dostępnych lub podobnych utworów po ujawnieniu źródła i autorstwa;
- korzystania podczas ceremonii religijnych lub oficjalnych imprez organizowanych przez władze publiczne;
- korzystania z utworów, takich jak utwory architektoniczne lub rzeźby, wykonanych w celu umieszczenia ich na stałe w miejscach publicznych;
- niezamierzone włączenie utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną do innego nośnika;
- korzystania w celach reklamowych dotyczących wystaw publicznych lub publicznej sprzedaży dzieł artystycznych dla promocji danego wydarzenia;
- korzystania do celów karykatury, parodii lub pastiszu;
- korzystania w związku z prezentacją lub naprawą sprzętu;
- korzystania z utworu artystycznego w formie budynku lub rysunku, lub planu budynku w celu odbudowy tego budynku;
- korzystania poprzez udostępnienia lub podanie do wiadomości w celu badań i prywatnych studiów znajdujących się w zbiorach instytucji;
- korzystania w niektórych innych przypadkach o mniejszym znaczeniu, jeśli wyjątki lub ograniczenia są już

²⁹ Zob. wyrok TS z 15.3.2012 r.: Societa Consortile Fonografici (SCF) przeciwko Marco Del Corso), C-135/10, www.eur-lex.europa.eu (dostęp z 7.7.2017 r.) czy też Phonographic Performance (Ireland) Limited przeciwko Irlandii i Attorney General, C-162/10, www.eur-lex.europa.eu (dostęp z 7.7.2017 r.).

³⁰ Wszelka harmonizacja praw autorskich i pokrewnych opiera się na wysokim poziomie ochrony, odkąd prawa te mają zasadnicze znaczenie dla twórczości intelektualnej. Ich ochrona zapewnia utrzymanie i rozwój kreatywności w interesie autorów, artystów wykonawców, producentów, konsumentów, kultury i gospodarki, jak również szerokiej publiczności. Własność intelektualną uznano więc za integralną część własności.

³¹ Autorzy i artyści wykonawcy, aby móc kontynuować swoją twórczą i artystyczną pracę, muszą otrzymywać stosowne wynagrodzenie za korzystanie z ich utworów, tak samo jak producenci, aby móc finansować tę pracę. Wytworzenie produktów, takich jak fonogramy, filmy lub produkty multimedialne oraz takie usługi, jak usługi „na żądanie”, wymagają znacznych nakładów inwestycyjnych. Dla zagwarantowania takiego wynagrodzenia i uzyskania zadowalającego przychodu z tych inwestycji konieczna jest właściwa ochrona prawa własności intelektualnej.

³² Zob. art. 5 ust. 3 dyrektywy 2001/29/WE.

przewidziane w prawie krajowych i o ile dotyczy jedynie analogicznych form korzystania i nie narusza swobodnego obrotu towarów i usług na obszarze Wspólnoty bez naruszania innych wyjątków i ograniczeń zawartych w niniejszym artykule.

Taka interpretacja „czynności publicznego udostępniania” pozwala podmiotom praw autorskich na występowanie przeciwko osobie dokonującej pierwotnej publikacji utworu na stronie internetowej oraz przeciwko osobom umieszczającym hiperłącze dla celów zarobkowych (w każdym przypadku uwzględniając wspomniane wyjątki) oraz osobom umieszczającym hiperłącze bez takiego celu (po spełnieniu wyżej omówionych przesłanek).

Fakt zrównywania odpowiedzialności osoby udostępniającej materiały na stronie internetowej bez zgody podmiotów prawa autorskiego i osoby, która jedynie udostępnia link do tych materiałów, jest dość kontrowersyjne. Podmioty, nawet działające profesjonalnie w celach zarobkowych, często nie mają faktycznej możliwości weryfikacji legalności udostępnionych tam materiałów. Link taki może zostać zamieszczony np. na forum czy na portalu społecznościowym przez użytkownika, gdzie weryfikacja tradycyjnie jest znikoma. Dodatkowo ochrona praw autorskich różni się w ramach kultur prawnych, a wymiana plików następuje w oderwaniu od terytorium. Rzecznik Generalny TS M. Wathelet wydał w tej sprawie opinię, z której wynika, że linkowanie do stron internetowych zawierających materiały zamieszczone bez zezwolenia twórców nie stanowi naruszenia prawa autorskiego. Wskazywał na fakt, że strony internetowe, do których odsyłały hiperłącza, były przecież już wcześniej dostępne w Internecie³³. Dla podmiotu umieszczającego hiperłącze trudne jest uzyskanie informacji, czy na stronie, do której odsyła link, materiały zostały opublikowane w Internecie za zgodą uprawnionych podmiotów. Prawa twórcy do wyłącznego korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu są ponadto ograniczone w czasie i są zbywalne. Ustalenie podmiotu uprawnionego jest tym bardziej utrudnione, jeżeli prawa te są przedmiotem dalszych licencji. Nie zawsze mamy też informację o twórcy danego utworu, np. w przypadku dzieł osieroconych czy zatajenia autorstwa. Również treść udostępnianej witryny internetowej po zamieszczeniu linku może zostać tak zmieniona, by udostępniać utwory chronione bez wiedzy osoby umieszczającej hiperłącze. Warto również zaznaczyć, że osoby umieszczające takie hiperłącze często nie zdają sobie sprawy z konsekwencji swojego działania, tym bardziej że materiał ten jest powszechnie dostępny.

Wyrok nie zadowolił ani środowiska twórców, ani internautów. Pierwsi uważają, że zbyt łatwa możliwość obalenia domniemania o naruszeniu prawa w przyszłości utrudni ochronę praw twórców³⁴. Dzisiaj trudne jest również do

określenia, które podmioty prowadzą portal w celach zarobkowych. Wiele podmiotów nie prowadzi osobnych stron, a jedynie np. kanały lub podstrony na większym portalu i z tytułu wyświetleń strony otrzymuje wynagrodzenie.

Ciekawy aspekt poruszony został w sprawie C-527/15 z 26.4.2017 r.³⁵, która dotyczyła sporu między Stichting Brein – organizacją mającą na celu ochronę interesów podmiotów praw autorskich, a J.F. Wullemsem – sprzedawcą odtwarzaczy multimedialnych.

Omawiany odtwarzacz jest urządzeniem peryferyjnym, które służy jako ogniwo pośrednie między z jednej strony źródłem danych wizualnych lub dźwiękowych, a z drugiej – odbiornikiem telewizyjnym. Posiada on zainstalowane oprogramowanie typu *open source*, gdzie wgrano wtyczki dostępne w Internecie, kierujące do serwisów streamingowych prowadzonych przez osoby trzecie, oferujących użytkownikom Internetu dostęp do utworów objętych prawem autorskim bez zezwolenia podmiotów tych praw. Odtwarzacz pozwala więc na darmowe i łatwe oglądanie na ekranie telewizora materiałów audiowizualnych umieszczonych w Internecie.

Na tym tle pojawia się pytanie, czy za „publiczne udostępnienie” uznać możemy sytuację, w której dana osoba sprzedaje produkt, w którym zainstalowała wtyczki zawierające hiperłącza do serwisów internetowych, w których utwory chronione prawami autorskimi zostały bezpośrednio udostępnione bez zgody podmiotów praw autorskich.

Jak już wspomniano, udostępnienie ma miejsce wtedy, gdy użytkownik podejmuje działania – z pełną świadomością ich konsekwencji – mające na celu udzielenie swoim klientom dostępu do chronionego utworu, w szczególności w sytuacji, gdy wobec braku takich działań jego klienci nie mogliby co do zasady korzystać z nadawanego utworu.

Zwykle dostarczenie urządzeń przeznaczonych do umożliwienia lub dokonania przekazu nie stanowi samo w sobie udostępniania w rozumieniu dyrektywy, ale już np. dostarczanie urządzeń telewizyjnych do pokoi hotelowych, gdy urządzenie takie może czynić technicznie możliwy publiczny dostęp do utworów nadawanych drogą radiowo-telewizyjną, możemy kwalifikować jako publiczne udostępnienie³⁶. Rzecznik Generalny w opinii³⁷ uważa, że w tym przypadku również nie rozpatrujemy „samego” do-

³³ Opinia Rzecznika Generalnego M. Watheleta przedstawiona 7.4.2016 r. w sprawie C-160/15 GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., B.G. Dekker.

³⁴ M. Mrowicki, O (nie)dozwolonym użytku, Portal Prawa IT, wrzesień 2016, <https://portalprawait.com/entry/o-niedozwolonym-linkowaniu-do-pirackich-tresci/> (dostęp z 1.2.2017 r.).

³⁵ Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczący wykładni art. 3 ust. 1 oraz art. 5 ust. 1 i 5 dyrektywy 2001/29/WE z 25.1.2016 r., C-527/15, www.eur-lex.europa.eu.

³⁶ Zob. wyrok TS z 7.12.2006 r., SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, pkt 46.

³⁷ Zob. pkt 53 i 54 ww. opinii Rzecznika Generalnego M. Watheleta.

starczania urządzeń mających umożliwić lub doprowadzić do udostępnienia, gdyż *J.F. Wullems* podejmuje działania zmierzające do umożliwienia zapoznania się z materiałami bez zgody podmiotów praw autorskich. W związku z tym, że dzięki temu działaniu możliwe jest nawiązanie bezpośredniego połączenia między serwisami internetowymi rozpowszechniającymi nielegalne egzemplarze utworów a nabywcami tego odtwarzacza multimedialnego, bez którego korzystanie przez owych nabywców z chronionych utworów byłoby utrudnione, działania te nie są tożsame z samym dostarczaniem urządzeń, o którym mowa w motywie 27 dyrektywy 2001/29/WE.

„Publicznością” w rozpatrywanej sprawie będą nabywcy odtwarzacza.

Sprzedaż takiego odtwarzacza multimedialnego jak omawiany jest w ocenie TS równoważna z udostępnianiem w witrynie internetowej hiperłączy umożliwiających dostęp do utworów chronionych.

Zdaniem *J.F. Wullems* nadawanie w drodze przesyłania strumieniowego utworów chronionych prawem autorskim pochodzących z nielegalnych źródeł jest objęte wyjątkiem wskazanym w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE i nie stanowi „publicznego udostępniania”. Zgodnie bowiem z tym przepisem, zwielokrotnianie jest wyłączone z ustanowionego w art. 2 prawa do zwielokrotniania tylko w przypadku spełnienia pięciu przesłanek, a mianowicie gdy:

- czynność ta ma charakter tymczasowy;
- czynność ta ma charakter przejściowy i dodatkowy;
- czynność ta stanowi integralną i podstawową część procesu technologicznego;
- jedynym celem tego procesu jest umożliwienie transmisji w sieci wśród osób trzecich przez pośrednika lub legalnego korzystania z utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną;
- czynność ta nie ma odrębnego znaczenia ekonomicznego.

Przesłanki te mają charakter kumulatywny i należy interpretować ściśle, gdyż art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE stanowi odstępstwo od ustanowionej w tej dyrektywie ogólnej zasady wymagającej każdorazowego uzyskania zgody podmiotu praw autorskich na zwielokrotnianie utworu objętego ochroną prawnautorską. Wyjątki znajdują zastosowanie tylko w niektórych szczególnych przypadkach, które nie naruszają normalnego wykorzystania utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną ani nie powodują nieuzasadnionej szkody dla uzasadnionych interesów podmiotów praw autorskich³⁸.

Kontrowersyjna według mnie jest kwestia samego technologicznego stworzenia możliwości korzystania z utworu bez zgody podmiotów praw autorskich. W dzisiejszych czasach większość urządzeń podłączonych do Internetu pozwala na uzyskanie dostępu do utworów bez zgody

podmiotów praw autorskich. Wydaje się, że odpowiedzialność powinna spoczywać nie na osobach, które konstruują urządzenia, a na podmiotach, które odpowiadają za „streaming”. Wyrok ten moim zdaniem zbyt szeroko poszerza krąg osób odpowiedzialnych za udostępnianie hiperłączy. W omawianym przypadku *J.F. Wullems* reklamował urządzenie jako umożliwiające bezprawny dostęp. Jak jednak kwalifikować podmioty oferujące urządzenia o podobnych możliwościach – co jest skutkiem ubocznym zastosowanej technologii – ale nienakładające do korzystania z nich w tym niedozwolonym celu? Czy sama świadomość, że urządzenie pozwala ominąć obowiązujące prawo, jest tutaj wystarczająca? Orzeczenie przyczyni się do włączenia odpowiedzialności za nielegalne udostępnianie utworów na twórców urządzeń umożliwiających tego typu działania. Nie jest to w mojej opinii słuszne rozwiązanie, ponieważ co prawda chroni prawa twórców, ale pozostawia zbyt duże pole ocenne do zakwalifikowania za publiczne udostępnianie lub nie. Stwarza to możliwość wybiórczego usuwania z rynku urządzeń oraz pozostawia dla producentów wiele znaków zapytania co do legalności zastosowanych technicznych rozwiązań w swoich urządzeniach.

Regulacje prawa polskiego

Polskie prawo jest w dużej mierze oparte na wdrożonych dyrektywach Wspólnot Europejskich³⁹. Do najważniejszych unijnych dyrektyw w tym zakresie należy omawiana już dyrektywa 2001/29/WE.

Polskie prawo ochrony własności intelektualnej w większości jest określone w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Określono w nim autorskie prawa o charakterze majątkowym związane z postępem technologicznym, które obejmują bierne korzystanie z sieci poprzez np. downloading⁴⁰, browsing⁴¹ oraz aktywne korzystanie z Internetu np. poprzez uploading⁴². Za utrwalanie dzieła uznać można również jego czasowe utrwalenie w pamięci lokalnego komputera, co łączy się z wkroczeniem na monopol autorski i rodzi obowiązek uzyskania zgody autora dzieła i zapłaty stosownego honorarium⁴³. Część doktryny uważa, że tak przyjęte rozwiązanie może doprowadzić do zahamowania rozwoju społeczeństwa informatycznego i dostępu do informacji. Wspomniana dyrektywa 2001/29/WE przewiduje wyjątki od temporalnych aktów reprodukcji utworów. Wy-

³⁸ Zob. wyrok z 16.7.2009 r., Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, pkt 58.

³⁹ R. Cisek, J. Jezioro, A. Wiebie, Dobra i usługi..., s. 39.

⁴⁰ Downloading polega na ściąganiu plików z Internetu na lokalny komputer.

⁴¹ Browsing polega na przeglądaniu stron www.

⁴² Uploading polega na wprowadzaniu przez uprawnioną osobę chronionych autorsko treści do udostępnionego publicznie w sieci serwera. R. Cisek, J. Jezioro, A. Wiebie, Dobra i usługi..., s. 90.

⁴³ Ibidem, s. 91.

jątki te obejmują pamięć RAM komputera. Kwestią nieuregulowaną w prawie polskim jest problem „przedmiotów wirtualnych”. Na „przedmioty wirtualne” składają się następujące warstwy: techniczna (wycinek kodu źródłowego programu komputerowego), wizualna (wygląd przedmiotów w programie) i użytkowa (właściwości przedmiotu w świecie wirtualnym). „Przedmioty wirtualne”, mimo że nie posiadają materialnej postaci, są przedmiotem obrotu gospodarczego. Doktryna nie przychyliła się do stanowiska, że przedmioty te mogą być uznane za utwory na gruncie obowiązujących przepisów, a co za tym idzie – nie będą one chronione przez prawo autorskie, dlatego konieczne jest uregulowanie prawne tej kwestii⁴⁴.

Rozwiązania przyjęte w ustawie z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁴⁵ nie odbiega od przedstawionego orzecznictwa TSUE. Artykuł 14 omawianej ustawy stanowi, że nie ponosi odpowiedzialności za przechowywane dane ten, kto udostępniając zasoby systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorcę, nie wie o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności, a w razie otrzymania urzędowego zawiadomienia lub uzyskania wiarygodnej wiadomości o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności niezwłocznie uniemożliwi dostęp do tych danych. Usługodawca, który otrzymał urzędowe zawiadomienie o bezprawnym charakterze przechowywanych danych dostarczonych przez usługobiorcę i uniemożliwił dostęp do tych danych, nie ponosi odpowiedzialności względem tego usługobiorcy za szkodę powstałą w wyniku uniemożliwienia dostępu do tych danych. Usługodawca, który uzyskał wiarygodną wiadomość o bezprawnym charakterze przechowywanych danych dostarczonych przez usługobiorcę i uniemożliwił dostęp do tych danych, nie odpowiada względem tego usługobiorcy za szkodę powstałą w wyniku uniemożliwienia dostępu do tych danych, jeżeli niezwłocznie zawiadomił usługobiorcę o zamiarze uniemożliwienia do nich dostępu.

Obecna regulacja wyrażona w art. 28 PrAutU zgodnie z dyrektywą 2001/29/WE dopuszcza możliwość udostępniania przez biblioteki, archiwa czy szkoły nieodpłatnie, w zakresie swoich zadań statutowych, egzemplarzy utworów rozpowszechnionych oraz udostępnianie swoich zbiorów do celów badawczych lub poznawczych za pośrednictwem końcówek systemu informatycznego (terminali) znajdujących się na terenie tych jednostek. Co oznacza, że podmioty te mogą w tym zakresie udostępniać elektronicznie utwory, co może narazić na straty twórców tych dzieł.

W 2015 r. ustawę o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁴⁶ wielokrotnie znacząco nowelizowano, dostosowując ją do standardów wyznaczonych przez UE. Pojawiły się w niej nowe instytucje mające na celu dostosowanie tego prawa do oczekiwań społecznych oraz zrównoważenie in-

teresów twórców oraz podmiotów korzystających z cudzej twórczości. Chodzi w szczególności o regulacje w kwestii dzieł osieroconych oraz w zakresie dozwolonych użytków z cudzych dzieł.

Kierunki rozwoju prawa ochrony własności intelektualnej

Internet podlega nieustannym szybkim zmianom, które uniezależnione są od decyzji władz państwowych. W sprawie *Reno przeciwko American Civil Liberties Union* z 1997 r. sędzia A. Scalia zwrócił uwagę, że w przypadku badania niezgodności konstytucyjnej ustaw związanych z Internetem należy mieć na uwadze, że w krótkim okresie ustawy te mogą uznane zostać za konstytucyjne. Nawet podczas toku procesu może zmienić się istota prowadzenia działalności gospodarczej w Internecie, co rodzi istotne problemy w momencie wykonywania orzeczeń⁴⁷.

Obecnie zaobserwować można dwa przeciwstawne kierunki. Pierwszy dąży do zamknięcia dostępu do zasobów poprzez takie działania, jak zaostrzenie przepisów własności intelektualnej czy penalizację ich nadużyć. Część doktryny i środowisk twórców jest zdania, że powszechny i bezpłatny dostęp do utworów doprowadzi do zahamowania rozwoju twórczości i skuteczności uprawnień wyłącznych i monopolu autorskich. W opozycji do niego rozwija się „wolna kultura”, która ma za cel m.in. udostępnianie i rozprzestrzanie dzieł, która widzi zagrożenia w rozwoju kultury własnej poprzez brak dostępu do niej przez odbiorców i innych twórców⁴⁸.

Niektóre środowiska domagają się poszerzenia zakresu przedmiotu prawa ochrony własności intelektualnej, np. zakwalifikowanie każdej formy dostępu do dzieła jako formę jego eksploracji w warunkach obrotu elektronicznego. Prawo autorskie dąży zarówno do ochrony interesu twórców, jak i zapewnienia społeczeństwu dostępu do kultury (poprzez np. dozwolony użytek). Zmiany, które są proponowane przez rzeczników „wolnej kultury”, to zwiększenie dostępu do twórczości – prawa te mają stymulować twórczość poprzez zapewnienie ochrony twórcom, a nie koncernom wydawniczym, fonograficznym czy filmowym⁴⁹ – czy skrócenie czasu obowiązywania praw autorskich⁵⁰. Twórcy (w odróżnieniu od wydawców) są jednym z najgorzej

⁴⁴ R. Frelek, *Własność wirtualna?*, [w:] G. Szapor (red.), *Internet. Ochrona wolności, własności i bezpieczeństwa*, Warszawa 2011, s. 279–287.

⁴⁵ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1219.

⁴⁶ Dz.U. z 2015 r. poz. 932, 994, 1639, 1923.

⁴⁷ K. Dobrzeński, *Lex...*, s. 71.

⁴⁸ A. Gleisner, *Problem wolności w Internecie*, <http://www.ujk.edu.pl/info/tezy/ojs/index.php/info/tezy/article/view/63/183> (dostęp z 1.5.2017 r.).

⁴⁹ K. Dobrzeński, *Lex...*, s. 107.

⁵⁰ J. Gurczyński, *Wolny internet, wolna kultura, Kultura i wartości 2013*, Nr 2(6), s. 81.

wynagradzanych grup pracowniczych⁵¹. Dla International Federation of the Phonographic Industry – Międzynarodowej Federacji Przemysłu Fonograficznego – rok 2012 był najbardziej dochodowym od 1989 r.⁵²

Warto zwrócić uwagę również na powody, dla których „internetowi piraci” ściągają pliki z Internetu. Jak pokazuje raport z badania Centrum Cyfrowego⁵³, 67% Polaków deklaruje, że głównym powodem ściągania z Internetu jest aktualność treści i dostępność nowości. Dla 72% ważną przyczyną jest także cena, gdyż nie stać ich na zakup kopii legalnej, a dla 20% jest to jedyny sposób uzyskania dostępu do filmów i muzyki. Jednocześnie ponad 90% polskiego społeczeństwa swobodny dostęp do treści w Internecie uznaje za oczywisty, naturalny i ważny element codziennego życia, a 2/3 uważa, że korzystanie na własny użytek z udostępnianych w sieci dóbr kultury nie może być nazywane kradzieżą⁵⁴.

Naprzeciw tych potrzeb wychodzi inicjatywa Creative Commons. Ta międzynarodowa organizacja non profit powstała w 2001 r., której celem jest znalezienie kompromisu pomiędzy ochroną praw autorskich i korzystaniem z twórczości innych osób oraz stworzenie alternatywy dla istniejącego systemu ochrony praw autorskich. Według członków Creative Commons obecny system ogranicza możliwość tworzenia i korzystania z dóbr kultury. Organizacja stworzyła licencję Creative Commons, która opiera się na formule „pewne prawa zastrzeżone”, w opozycji do formuły typowej dla prawa autorskiego „wszelkie prawa zastrzeżone”, gdzie autor sam określa swobodę korzystania ze swojego dzieła. Organizacja dąży również do tworzenia wspólnej kultury, której elementy mogą być swobodnie wymieniane i zmieniane⁵⁵.

Warunki udostępniania utworów, które pojawiają się we wszystkich licencjach, pozwalają na możliwości kopiowania, rozprowadzania, przedstawiania i wykonywania utworu objętego prawem autorskim oraz opracowanych na jego podstawie utworów zależnych, pod warunkiem że korzystający dokona:

- uznania autorstwa, co ma polegać na przywołaniu nazwiska autora pierwowzoru;
- użycia niekomercyjnego;
- użycia na tych samych warunkach, czyli wolno rozprowadzać utwory zależne jedynie na licencji identycznej do tej, na jakiej udostępniono utwór oryginalny;

Nie wchodzi w zakres licencji utwory zależne. Wolno kopiować, rozprowadzać, przedstawiać i wykonywać utwór jedynie w jego oryginalnej postaci – tworzenie utworów zależnych nie jest dozwolone⁵⁶.

Podsumowanie

Reasumując dotychczasowe rozważania, warto zauważyć, że zarówno sama koncepcja ochrony własności in-

telektualnej, jak i praw autorskich oraz pokrewnych będzie podlegała transformacji na przestrzeni najbliższych lat. Dotychczasowe regulacje nie uwzględniają charakteru stosunków prawnych zawieranych przez Internet. Nie regulują tej sfery w sposób wyczerpujący, czego skutkiem są problemy ze skuteczną ochroną praw podmiotowych. Do największych wyzwań należą: problematyka zastosowania właściwego prawa krajowego, identyfikacja użytkowników Internetu, brak rzetelnej informacji o prawach i obowiązkach w Internecie. Konieczne będzie również zdefiniowanie na nowo instytucji prawnych, które do tej pory uważano za w pełni ukształtowane.

Niezbędne jest zachowanie odpowiedniej równowagi pomiędzy prawami twórców, użytkowników Internetu oraz ochroną wolności wypowiedzi i swobodą przepływu informacji. Jest to niezwykle trudne, gdyż zbyt rygorystyczna regulacja może mieć negatywny wpływ na postęp technologiczny i rozwój społeczeństwa informacyjnego, które wymagają szerokiego dostępu do wiedzy, w tym dóbr intelektualnych. Regulacja dająca zbyt dużą swobodę uderzy w prawa twórców. Według mnie obecnie największym problemem jest stan niepewności prawa związany z trudnościami w określaniu typów zachowań naruszających prawo oraz z nikłym poziomem realnej skuteczności egzekwowania praw twórców.

Sędziowie przy orzekaniu w postępowaniach dotyczących omawianej kwestii często spotykają się z sytuacjami nowymi, a w związku z tym ich orzeczenia są mocno zróżnicowane. Stan ten sprzyja niepewności prawej zarówno wśród osób fizycznych, jak i prawnych, a przez to w pełni nie jest wykorzystywany potencjał, jaki niesie ze sobą Internet. Obowiązujący stan prawny nie zadowala żadnej ze stron. Konieczne jest zatem uzyskanie światowego konsensusu co do korzystania z Internetu i sposobu jego regulowania.

Obecnie autorzy nie czują, że mają zapewnianą skuteczną ochronę, a z drugiej strony użytkownicy Internetu nie mają świadomości, jakie czyny dozwolone są w Internecie. Jak do tej pory nie wypracowano systemu, który został-

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Ł. Józefowicz, Piractwo w sieci jest dobre, czyli dlaczego rok 2014 to nie to samo, co rok 1994, *Gazeta Wyborcza*, http://technologie.gazeta.pl/internet/1,113840,15905128,Piractwo_w_sieci_jest_dobre____czyli_dla_czego_rok_2014.html#BoxSlotIMT (dostęp z 1.2.2017 r.).

⁵³ M. Fliciak, J. Hofmokr, A. Tarkowski, *Obiegi kultury*, Społeczna cykulacja treści, [w:] Raport z badań, Centrum Cyfrowe, Warszawa 2012. Badanie na reprezentatywnej próbie 1283 osób. http://creativecommons.pl/wp-content/uploads/2012/01/raport_obiegi_kultury.pdf (dostęp z 1.2.2017 r.).

⁵⁴ W. Wierzyński, *Prawo autorskie w sieci – między dobrem prywatnym a wspólnym*, http://www.pi.gov.pl/PARP/chapter_86197.asp?soid=D-19456DED172455F9CADFE8D8F1FE23F (dostęp z 1.2.2017 r.).

⁵⁵ Dane z oficjalnej strony polskiego oddziału organizacji Creative Commons [www.creativecommons.pl](http://creativecommons.pl) (dostęp z 1.2.2017 r.).

⁵⁶ Oficjalna strona Creative Commons Polska, <https://creativecommons.pl/poznaj-licencje-creative-commons/> (dostęp z 1.2.2017 r.).

by zaakceptowany przez wszystkie strony. Próby ogólnoświatowej regulacji, takie jak Anti-Counterfeiting Trade Agreement – ACTA, spotkały się masowymi protestami, gdyż zabrakło przy jej tworzeniu wielostronnej debaty.

Nie ulega wątpliwości, że sama dyrektywa 2001/29/WE wymaga zmian rozszerzających regulację o nowe formy eksploatacji. Komisja Europejska przedstawiła projekt zmiany regulacji dążący do uproszczenia prawa UE w zakresie prawa autorskiego i regulacji nowych zjawisk, takich jak sieci społecznościowe, transmisja na żywo w Internecie, eksploatacja tekstów i danych, pliki graficzne (GIF) i blogowanie. Proponowane zmiany opierać się będą na trzech filarach⁵⁷:

- 1) Większy wybór i dostęp do treści online i za granicą dotyczący przyjęcia instrumentu prawnego, który pozwoli nadawcom na łatwiejsze uzyskanie zezwoleń, które muszą otrzymać od podmiotów praw autorskich, aby móc nadawać programy online w innych państwach członkowskich UE.
- 2) Ulepszone przepisy dotyczące praw autorskich z myślą o badaniach, edukacji oraz integracji osób niepełnosprawnych.
- 3) Bardziej sprawiedliwy i zrównoważony rynek dla twórców i prasy, w tym wzmocnienie pozycji podmiotów praw autorskich w zakresie negocjowania warunków

i sposobów płatności za korzystanie z ich treści online na platformach udostępniania plików wideo czy uznanie wydawców prasowych za podmioty prawa autorskiego.

Moim zdaniem, jeśli weźmie się pod uwagę kierunki rozwoju Internetu, karanie pojedynczych podmiotów za nielegalne upublicznianie utworów jest tak naprawdę pozbawione sensu. Zakres łamania praw jest już tak szeroki, że twórcy nie mają możliwości dotarcia i wyegzekwowania prawa od wszystkich podmiotów upubliczniających ich dzieło. Jest to praktycznie niemożliwe, a jeżeli już – to często nie powoduje, że utwory nielegalnie upublicznione znikają z sieci i stają się niedostępne. Należy zastanowić się nad zmianą podejścia do ochrony praw autorskich, aby ochrona twórców była rzeczywista, a nie tylko teoretyczna.

Internet jest na tyle szybko zmieniającą się strukturą, że niemożliwe jest uregulowanie wszystkich jego zagadnień „raz na zawsze”. Legislatorzy muszą zatem stworzyć na tyle elastyczne rozwiązania, które będzie można dostosować do nowych sytuacji prawnych. Jest to konieczne do przeciwdziałania niepożądanym zjawiskom.

⁵⁷ Zob. https://ec.europa.eu/poland/news/160914_digital_pl (dostęp z 1.2.2017 r.).

Słowa kluczowe: udostępnianie hiperłączy, prawo autorskie, dobra intelektualne, prawo Internetu, hiperłącze, publiczne udostępnianie, prawo własności intelektualnej.

Responsibility for sharing hyperlinks

In the present study the author analyzes the responsibility for placing the hyperlink on the webpage. The following issues have been addressed that affect the responsibility for making hyperlinks available: placing a link on the page for profit or non-profit purposes, and having the knowledge that the copyright holder did not allow the original works to be made available on this site. It is necessary to maintain a fair balance between the rights of creators, Internet users and the protection of freedom of expression and freedom of information. This is extremely difficult because too restrictive regulation may have a negative impact on technological progress and the development of the information society, which requires broad access to knowledge, including intellectual property. Regulating too much freedom will strike the rights of the creators. According to the author, currently, the biggest problem is the state of legal uncertainty associated with the difficulty to identify types of behavior violating the law and a feeble level of real effectiveness enforcing the rights of creators.

Key words: sharing hyperlinks, copyright, intellectual property, internet law, hyperlink, public sharing, intellectual property rights.



Dowody z Facebooka w procesie cywilnym

Wojciech Bijas¹

Niemal 10 milionów osób – tylu Polaków – posiada aktywne konto na Facebooku. Oznacza to, że co czwarta osoba w naszym kraju regularnie pozostawia na tym portalu ślady mogące stanowić dowód cyfrowy. Nie dziwi zatem fakt, że w znacznej części procesów cywilnych strony przedkładają dowody pochodzące z Facebooka.

Z uwagi na dużą popularność prezentowania w sądzie treści pochodzących z Facebooka niniejszy artykuł zostanie poświęcony danym pozyskiwanym właśnie z tego portalu społecznościowego. Szczególna uwaga zostanie zwrócona na kwestię uzyskiwania i utrwalania dowodu (wszakże w postępowaniu cywilnym czynności tych dokonuje przede wszystkim sama strona) oraz danych, jakie można uzyskać z tej witryny, a zarazem okoliczności, których można za ich pomocą dowieść.

Uwagi wstępne

Popularność Facebooka powoduje, że w znacznej części procesów cywilnych strony przedkładają dowody pochodzące z właśnie z tego serwisu społecznościowego. Strona w procesie cywilnym – w przeciwieństwie do postępowania karnego – ma jednak niewielki wachlarz możliwości uzyskiwania dowodów cyfrowych z Facebooka. Zazwyczaj następuje to poprzez samodzielne pobranie treści z poziomu własnego profilu, co umożliwia dostęp tylko do niektórych danych. Możliwe jest również złożenie wniosku do sądu o zobowiązanie Facebooka do przekazania określonych danych. W tym wypadku będzie to szersza gama informacji. Bardzo istotne jest także odpowiednie zabezpieczenie pozyskanego dowodu. Konieczne jest wykonanie tego w sposób ograniczający możliwość modyfikacji, manipulacji czy zniekształcenia, ponieważ wpływa to na wiarygodność środka dowodowego. Praktyka sądowa wykazuje w tym zakresie obecnie daleko idące uchybienia, podchodząc nazbyt ufnie do przedkładanych dowodów. Zagadnienie dowodów cyfrowych jest regulowane przez przepisy w ubogi sposób, a zaniechanie wprowadzenia zmian legislacyjnych może w niedalekiej przyszłości prowadzić do paraliżu procesów sądowych.

Strony procesu bardzo często wnioskuje o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów będących wydrukami z Facebooka. Udowodnienie wyłącznej winy rozkładu pożycia małżeńskiego nierzadko łatwe nie jest, więc zdjęcia i konwersacje niewiernego małżonka mogą być istotne. Nie ulega wątpliwości, że niemal w każdym procesie pojawiają się dowody cyfrowe – filmy, zdjęcia, e-maile, SMS-y, billingi, dane ze stron internetowych, portale, telefonów komórkowych, transakcji elektronicznych, komputerów pokładowych lub rejestratorów GPS. Niewątpliwie jest to efekt przenoszenia coraz większej części ludzkiego życia w tryb online. Dowody elektroniczne cechują się wysoką obiektywnością, a co za tym idzie – sąd często przyznaje im wysoką wartość dowodową (co nie zawsze jest oceną

prawidłową). Niejednokrotnie przedstawienie jednego, trafnego dowodu cyfrowego (np. filmu ze zdarzenia) potrafi całkowicie zmienić tok procesu.

Niemniej jednak z całym dobrodziejstwem współczesnej technologii wiąże się wiele problemów prawnych. Począwszy od kwestii uzyskania takiego środka, poprzez odpowiednie jego utrwalenie oraz wykorzystanie w procesie, aż po ocenę jego wiarygodności. Każdy z dowodów cyfrowych ma pewną specyfikę i z tego powodu powinien być omawiany oddzielnie.

Dane uzyskiwane z Facebooka oraz fakty przez nie dowodzone

Facebook gromadzi ogromne ilości danych. Jedynie niewielki procent z nich jest widoczny dla nas, użytkowników. Przykładowo, w przypadku korzystania z aplikacji Facebooka na smartfony, lokalizacja jest nieprzerwanie rejestrowana. Nawet w przypadku niewyposażenia danego urządzenia w lokalizator GPS Facebook zbiera dane o położeniu poprzez ustalanie miejsca sieci WiFi, z której łączymy się z portalem². Podobnie poprzez zaawansowaną analizę kliknięć i przeglądanych treści jest układany swoisty profil psychologiczny przedstawiający preferencje i upodobania użytkownika. Ma to na celu tworzenie tzw. reklam targetowych, tj. takich, które prawdopodobnie bardziej nas zainteresują i skłonią do zakupu danego produktu. Na przykład jeżeli często poszukujemy informacji o broni i myślistwie, na Facebooku zaczną się pojawiać reklamy oferujące zakup nowego karabinu czy amunicji.

Ze względu na to, że w postępowaniu cywilnym dowody są gromadzone przede wszystkim przez same strony, należy skupić się na danych widocznych.

¹ Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej Uniwersytet Wrocławski.

² Szerzej zob. <http://europe-v-facebook.org> (dostęp z 15.5.2017 r.).

Pierwszym oczywistym dowodem są fotografie i filmy. Sami użytkownicy udostępniają spore ilości takich materiałów. Często za ich pomocą możliwe jest udowodnienie przebywania danej osoby w danym miejscu (i niejednokrotnie w danym czasie) oraz w towarzystwie innej, określonej osoby. Na niektórych zdjęciach i filmach można również rozpoznać charakter relacji łączący dwie strony, co może być np. dowodem zdrady. Tak uzyskane materiały mogą być także przydatne w postępowaniach alimentacyjnych, o zapłatę czy windykacyjnych. Nieostrożni dłużnicy – mimo rzekomej niewypłacalności czy niezamożności – umieszczają w Internecie zdjęcia w drogich samochodach (których markę, generację, rocznik, a zatem i wartość można ustalić), ubraniach czy podczas ekskluzywnych, zagranicznych wakacji, z kosztowną biżuterią i zegarkami.

Drugim najczęściej przedstawianym dowodem cyfrowym z Facebooka są wiadomości tekstowe i multimedialne przesyłane pomiędzy użytkownikami. Jeżeli tożsamość rozmawiających stron nie budzi wątpliwości, a dowód uzyskano i utrwalono w odpowiedni sposób, możliwe jest udowodnienie wielu okoliczności. Przykładowo może być to ujawnienie złej woli, świadomość istnienia długu i jego wysokości, zdrada małżeńska, naruszenie dóbr osobistych, znajomość danej osoby i utrzymywanie z nią kontaktu. Interesującym elementem konwersacji na Facebooku jest również to, iż w przypadku pisania wiadomości przy użyciu smartfona z włączoną lokalizacją GPS, pod przesyłaną treścią widnieje informacja o miejscu, z którego wysłano wiadomość. Zdarza się także, że wskazywana jest marka aparatu (np. „wysłano z iPhone”). Każda wiadomość opatrzona jest w datę i czas wysłania. Oznacza to, że na podstawie wiadomości o dowolnej treści możliwe jest również udowodnienie faktu przebywania danej osoby w danym miejscu i czasie.

Znacznie procesowe mogą mieć także treści udostępniane publicznie na tzw. tablicy, pod publikowanymi zdjęciami oraz na forach (tj. w grupach dyskusyjnych Facebook). Dane te mogą być dowodem choćby w procesach o naruszenie dóbr osobistych poprzez umieszczenie obraźliwej informacji na publicznym forum czy też o odszkodowanie za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Oprócz typowych informacji tekstowych użytkownicy udostępniają również często inne, zewnętrzne treści multimedialne. Może się zdarzyć, że do udowodnienia przebywania określonej osoby w danym miejscu i czasie pomocna będzie choćby aplikacja Endomondo. Służy ona do rejestrowania swoich wyników sportowych – chodzenia, biegania lub jeżdżenia na rowerze. Za pomocą sygnału GPS aplikacja zapisuje przebieg trasy (geograficzny), czas jej pokonania oraz wylicza średnie tempo i ilość spalonych kalorii. Następnie użytkownik Facebooka publikuje wyniki na swoim profilu. Informacje te wskazują dokładne daty i godziny rozpoczęcia i zakoń-

czenia korzystania z aplikacji oraz dokładną trasę (wraz z dystansem i czasem jej pokonania), co oznacza, że mogą stanowić dowód na przebywanie danej osoby w określonym miejscu i czasie. Niejednokrotnie również sam użytkownik umieszcza na swojej tablicy informację, gdzie obecnie się znajduje, z kim i co robi (np. „Kawa z Jan Kowalski w Blue Cafe”).

Istotnymi elementami widocznymi z poziomu użytkownika są również dane profilowe. Znajdują się wśród nich informacje o miejscach zatrudnienia, zamieszkania, pobytu, wakacji, szkołach i uczelniach, do których użytkownik uczęszczał, relacjach rodzinnych i stanie cywilnym (członkowie rodziny, związki konkubenckie, małżeńskie), danych kontaktowych, dacie urodzenia, poglądach, hobby, upodobaniach muzycznych, filmowych i sportowych, wydarzeniach, w których dana osoba wzięła udział, grupach (forach), do których przynależy, oraz o osobach, które zna. Daje to całe spektrum możliwości udowadniania faktów, jak choćby znajomość (lub związek konkubencki) z określoną kobietą czy mężczyzną lub też podjęcie pracy. Odrębnym zagadnieniem pozostaje wiarygodność umieszczanych danych, co zostanie wskazane w końcowej części niniejszego artykułu.

Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z Facebooka

Postępowanie dowodowe w procesie cywilnym odznacza się wyższą kontrydiktoryjnością i równością stron oraz mniejszą ingerencją sądu, niż ma to miejsce w postępowaniu karnym. To na stronach spoczywa ciężar udowodnienia przedstawianych przez nie twierdzeń. Zasadniczo dowód powinna przedstawić ta osoba, która ze wskazanego przezeń faktu wywodzi skutek prawny (art. 6 KC). Oznacza to, że to przede wszystkim strony powinny samodzielnie uzyskiwać i utrzymywać dowody.

Wiele danych wskazanych powyżej można uzyskać za pośrednictwem własnego profilu na Facebooku. Zazwyczaj większość danych jest widoczna dla wszystkich znajomych danego użytkownika. Zdarza się również, że cały profil użytkownika jest „publiczny”, tj. jawny nawet dla osób spoza grona „znajomych”. Pobranie informacji za pośrednictwem własnego profilu nie budzi żadnych kontrowersji. Należy natomiast zachować ostrożność w sytuacji, gdy uzyskuje się dostęp do danych widocznych tylko z poziomu konta innego użytkownika (np. prywatne wiadomości wysyłane między użytkownikami, zdjęcia niewidoczne dla większości użytkowników), ponieważ może to stanowić naruszenie przepisów karnych i cywilnych. W szczególności strony nie mogą uzyskiwać dostępu do informacji dla nich nieprzeznaczonych, tak jak dokonują tego organy ścigania w postę-

powaniu karnym. Sąd cywilny powinien oddalić wniosek dowodowy ze względu na niedopuszczalność takiego dowodu. W praktyce, zwłaszcza w sprawach rozwodowych, często zdarza się, że sąd mimo wszystko dopuszcza tak uzyskane dowody, co w jednym z orzeczeń zaaprobował nawet SN³. Niemniej zachowanie to naraża stronę na odpowiedzialność karną przewidzianą przez przepis art. 267 § 1 KK. Warto jednak zwrócić uwagę na znamię tego przestępstwa polegające na ominięciu informatycznego (lub innego) zabezpieczenia. Abstrahując od kwestii korespondencji, która jest chroniona konstytucyjnie, można więc podjąć próbę uzyskania informacji nieprzeznaczonej dla uzyskującej osoby, która nie jest w żaden sposób zabezpieczona. Przykładem może być niezahasłowany komputer innego pracownika, do którego dana osoba ma dostęp bez łamania obowiązującego prawa, niezabezpieczony tablet konkubenta czy zdalny dostęp do innego komputera za pomocą legalnie (jawnie) założonych programów (np. Team Viewer). Nieco kontrowersji wzbudza sytuacja, gdy co prawda dany program czy np. portal internetowy jest zabezpieczony hasłem, lecz z poziomu danego urządzenia hasło jest zapamiętane lub występuje ciągle zalogowanie. W mojej ocenie takie działanie nie stanowi przełamania żadnego zabezpieczenia, wobec czego należy przyznać tak uzyskanemu zapisowi moc dowodową.

Ustawodawca przewidział także możliwość uzyskania dostępu do danych za pośrednictwem sądu. Artykuł 248 oraz 248 KPC w zw. z art. 308 i 309 KPC stanowią, iż każdy jest obowiązany przedstawić na żądanie sądu w oznaczonym terminie dokument, film, nagranie telewizyjne, fotografię, zapisy dźwiękowe oraz inne środki dowodowe, w tym wszelkie przenoszące obrazy lub dźwięki, znajdujące się w jego posiadaniu i stanowiące dowód faktu istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy. Jedynymi możliwościami uchylenia się od tego obowiązku są sytuacje, gdy środek ten zawiera informacje niejawne, a osoba, do której jest skierowane żądanie, ma prawo odmowy zeznań lub prawo to ma osoba trzecia, w imieniu której posiadacz przechowuje ów dowód. Mimo wystąpienia przesłanek wyłączających konieczne będzie zadośćuczynienie żądaniu, jeżeli posiadacz lub osoba trzecia są obowiązani do tego względem chociażby jednej ze stron albo gdy dokument jest wystawiony w interesie strony, która żąda przeprowadzenia dowodu. Ponadto strona nie może odmówić przedstawienia dowodu, gdy szkoda, na którą byłaby przez to narażona, polega na przegraniu procesu. Taka regulacja pozwala na dostęp do „niewidocznych” danych Facebooka. Strona procesowa, wiedząc, iż dowód zalicza się do takiej kategorii informacji, może zażądać, aby sąd zwrócił się do portalu Facebook albo do drugiej ze stron (jeżeli ta informacja jest widoczna tylko z poziomu jej profilu) o wydanie danych, a podmioty te są zobowiązane owemu żądaniu zadośćuczynić.

Utrwalanie dowodów cyfrowych z Facebooka

Najczęściej spotykanym sposobem utrwalania dowodu z Facebooka jest wykonanie wydruku treści się tam znajdujących i przedstawienie go w takiej formie w sądzie. Mimo że wydruk (zrzut ekranu) nie zawsze jest dokumentem w rozumieniu art. 244 i 245 KPC (acz zgodnie z art. 243¹ KPC może nim być), jak słusznie zauważył SN⁴, nie można uznać, że nie jest on dowodem w procesie, ponieważ Kodeks postępowania cywilnego przewiduje otwarty katalog środków dowodowych i tak wykonany zrzut ekranu może być innym dowodem w rozumieniu art. 309 KPC. Doktryna⁵ i orzecznictwo⁶ są zgodne w tym zakresie i zakładają, że jego wartość dowodowa podlega ocenie na gruncie art. 233 KPC. Niepokojące jest jednak bezkrytyczne podejście sądów⁷ do tak przedstawianego dowodu, które uznają go już *prima facie* za całkowicie wiarygodny. Jakkolwiek obecnie jest to pogląd odosobniony (acz dostrzeżony przez judykaturę⁸), w mojej ocenie, utrwalenie dowodu ze strony www (w tym Facebooka) poprzez wydruk komputerowy nie można uznać za prawidłowe, a metoda ta może być stosowana jedynie pomocniczo. Twierdzenie to wynika z faktu, iż istnieją nieograniczone możliwości modyfikacji treści wydruku (np. zmiana tekstu), a łatwość takiego zabiegu sprawia, że może tego dokonać każdy internauta. Zasadą powinno być utrwalanie dowodu w takiej formie, w jakiej w istocie występuje, czyli w omawianym przypadku – w postaci cyfrowej. Wbrew pozorom, zapisanie strony internetowej na dysku twardym danego komputera nie jest zabiegiem, który wymaga specjalistycznego oprogramowania. Istnieje wiele powszechnie dostępnych programów, które umożliwiają „pobranie” strony www. Należą do nich m.in. HTTrack Webside Copier, Offline Explorer Pro czy Teleport Pro. Co więcej, część mniej skomplikowanych stron (w tym np. strona Facebooka wyświetlająca zdjęcie, opis i komentarze pod nim) może być pobrana wprost z przeglądarki (prawy przycisk myszy/zapisz jako). Zapisana w ten sposób strona składa się z kilku do kilkunastu tysięcy plików. Jej otwarcie w trybie offline następuje poprzez uruchomienie pliku

³ Zob. np. wyrok SN z 25.4.2003 r., IV CKN 94/01, PS 2004, Nr 12, s. 156.

⁴ Wyrok SN z 5.11.2008 r., I CSK 138/08, Legalis.

⁵ E. Marszałkowska-Krześ, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz., Legalis/el. 2017; A. Góra-Błaszczkowska, Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–729, Legalis/el/ 2017; A. Marciniak, K. Piasecki, Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366, 2017 r., Legalis/el. 2017.

⁶ Zob. np. wyroki SA w Łodzi: z 4.12.2013 r., I ACa 776/13; z 24.9.2014 r., I ACa 404/14, www.orzeczenia.ms.gov.pl.

⁷ Zob. np. wyrok SA w Krakowie z 8.2.2013 r., I ACa 1399/12, www.orzeczenia.ms.gov.pl; wyrok SA w Łodzi z 24.4.2014 r., I ACa 404/14, www.orzeczenia.ms.gov.pl.

⁸ Wyrok SO w Łodzi z 21.2.2012 r., I C 1671/12, niepubl.

html, który korzysta z zachowanych elementów. Ingerencja w treść tak zapisanej strony nie jest co prawda niemożliwa, lecz jest znacznie trudniejsza i wymaga specjalistycznej wiedzy informatycznej.

W miarę możliwości zgrania strony internetowej warto dokonać w obecności świadków i spisać z tej czynności „prywatny protokół” zawierający oświadczenia o jej pobraniu z określeniem czasu czynności. Tak uzyskany dowód należy przechowywać na dysku twardym, na który go pobrano, a w celu przedstawienia w sądzie można nagrać go na płytę CD. Jak wspomniano na początku, w mojej ocenie, jedynie w celach pomocniczych można wykonać również papierowe wydruki, jednakże samym dowodem powinna być treść cyfrowa. Oczywiście taka metoda nie wyklucza ingerencji w pliki, lecz jest ona na tyle utrudniona, że wymagałaby wiedzy specjalistycznej. Biorąc pod uwagę, że utrwalenia dowodu dokonuje sama strona (niebędąca profesjonalistą), jest to najlepszy dostępny sposób wykonania tej czynności. Naturalnie w sprawach znacznej wagi warto również rozważyć zlecenie zabezpieczenia dowodu specjalistcie.

Wykorzystanie dowodów cyfrowych z Facebooka w postępowaniu cywilnym

Jak już wspomniano, co do zasady ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która wywodzi z tego skutki prawne (art. 6 KC). Regulacja art. 232 KPC co prawda dopuszcza przeprowadzenie przez sąd dowodu niewskazanego przez stronę, lecz doktryna i orzecznictwo są zgodne, że sytuacja taka nie powinna mieć charakteru zasadniczego. Niekiedy wręcz „działanie sądu z urzędu może prowadzić do naruszenia prawa do bezstronnego sądu i odpowiadającego mu obowiązku przestrzegania zasady równego traktowania stron (art. 32 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji)”⁹. Dlatego też „możliwość przeprowadzenia z urzędu tego dowodu (art. 232 zd. 2 KPC) powinna być wykorzystywana jedynie w szczególnie wyjątkowych sytuacjach”¹⁰. Można jednak spotkać poglądy przeciwnie, zgodnie z którymi nie jest to instytucja wyjątkowa, a w niektórych sytuacjach przeprowadzenie dowodu z urzędu jest konieczne¹¹. Niemniej zdecydowana większość autorów uznaje, że ciężar dowodowy spoczywa przede wszystkim na stronach, które w tym celu składają wnioski dowodowe¹². Inicjatywa powinna wpływać zazwyczaj od tej osoby, która wywodzi skutki prawne z dowodzonego faktu. Niekiedy przepisy szczególne przewidują jednak odstępstwa od tej zasady, przenosząc ciężar dowodu. Przykładem takiego zabiegu może być choćby domniemanie posiadania samoistnego (art. 339 KC) czy

domniemanie działania ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli (art. 529 KC).

Strona, chcąc wprowadzić dowód do procesu, powinna złożyć odpowiedni wniosek dowodowy. Z treści art. 236 KPC pośrednio wynika, że oprócz prawidłowego oznaczenia przez nią dowodu konieczne jest wskazanie faktów, na okoliczność których ma zostać on przeprowadzony. W przypadku zgrania poszczególnych stron z Facebooka i zapisania ich na płycie CD, prawidłowo oznaczony dowód powinien wskazywać nazwę pliku (np. dowod1.html), nie zaś sam nośnik (np. „płyta CD”, „pendrive”). Ze względu na to, że zapisana strona www zawiera wiele treści, w praktyce warto wskazać również, o jaki jej element chodzi, np. „zdjęcie umieszczone na profilu 16.5.2015 r. o godz. 1:42”. Wskazanie okoliczności odbywa się natomiast podobnie jak w przypadku innych dowodów, a zatem może być to np. „na okoliczność przebywania pozwanego z Janem Kowalskim w Paryżu 5.5.2015 r.”

Precyzyjne oznaczenie dowodu i okoliczności, na jakie ma on być przeprowadzony, jest o tyle istotne, że wniosek dowodowy może podlegać oddaleniu z różnych przyczyn, takich jak np. brak istotnego znaczenia dla sprawy (art. 227 KPC), niedopuszczalność (art. 246, 247 KPC), fakty notoryjne (art. 228 KPC) czy dostateczne wyjaśnienie okoliczności spornych (art. 217 § 3 KPC). Mimo braku wyraźnej regulacji sąd nie powinien dopuszczać również tzw. dowodów bezprawnych, tj. uzyskanych za pomocą przestępstwa lub z naruszeniem innych przepisów (np. konstytucyjnych czy ogólnych zasad prawa cywilnego) oraz zasad współżycia społecznego i norm etycznych. Najlepiej zatem, gdy uzyskana strona z Facebooka jest dostępna publicznie, z profilu strony procesu albo innej osoby (udostępnianie treści „znajomym”). Należy być ostrożnym w przedstawianiu takiego zapisu strony, który widoczny jest jedynie z profilu drugiej strony postępowania. Może to prowadzić do podniesienia zarzutu, że dowód ten został uzyskany za pomocą przestępstwa określonego w art. 267 § 1 KK (uzyskanie dostępu do informacji dla sprawcy nieprzeznaczonej), a tym samym powstaje ryzyko oddalenia wniosku dowodowego ze względu na uznanie dowodu za niedopuszczalny.

Dowody, które można uzyskać ze strony internetowej, jaką jest m.in. Facebook, mogą stanowić trzy rodzaje środków dowodowych w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego, a mianowicie: dokumenty, których wystawcę można ustalić (art. 243¹ KPC), dokumenty, których wystawcy nie można ustalić (art. 308 KPC), lub inne środki dowodowe

⁹ Zob. wyrok SN z 12.12.2000 r., V CKN 175/00, BIP 2001, Nr 4, s. 6.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Zob. np. Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, *Dowody i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych*, Warszawa 2015, s. 378.

¹² Zob. np. A. Jakubecki, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania cywilnego*, Legalis/el. 2016.

(art. 309 KPC). Zgodnie bowiem z nowo wprowadzonym art. 77³ KC dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jego treścią, a zatem ustawa nie tylko nie wymaga już opatrzenia go podpisem, lecz także pozostawia dowolność w zakresie sposobu utrwalenia. Co więcej, „komentowany przepis nie stanowi, że nośnik informacji, który stanowi dokument, powinien mieć charakter trwały”¹³, co oznacza, że „będzie nim także nośnik, który ulegnie zniszczeniu”¹⁴, usunięciu czy wygaśnięciu (np. automatyczne usunięcie wiadomości z Facebooka po upływie określonego czasu). To przesądza, że walor dokumentu można przypisać obecnie każdej informacji. Ponadto „nie jest też istotne dla definicji dokumentu z art. 77³ KC, czy informacja ma znaczenie prawne, a zatem wywołuje skutki prawne, czy jest oświadczeniem woli, czy oświadczeniem wiedzy”¹⁵. Kodeks postępowania cywilnego ogranicza nieco zakres zastosowania przepisów procesowych dotyczących dowodów z dokumentów do informacji, które umożliwiają ustalenie ich wystawców. Część dowodów pochodzących z Facebooka będzie miała walor dokumentu, a przepisy o dowodach z dokumentów znajdą do nich zastosowanie. Zasadniczo bowiem ustalenie wystawcy informacji umieszczonej na tym portalu jest możliwe, gdyż jej autor jest automatycznie oznaczany. Zgodnie z poglądami doktryny prawnej, skoro „ustawodawca nie konkretyzuje sposobu ustalenia tożsamości wystawcy, należy przyjąć, że można ją ustalić w każdy zobiektywizowany sposób, w zależności od obecnych możliwości technicznych istniejących co do danego rodzaju dokumentu (np. podpis własnoręczny, podpis elektroniczny, ale również w inny sposób, np. poprzez adres mailowy, z którego wysłano mail określonej treści). Istotna w tym przypadku jest wiarygodność dokonanych ustaleń, przede wszystkim w aspekcie technicznych możliwości nieuprawnionego zmodyfikowania treści utrwalonej w dokumencie”¹⁶. Wątpliwości może budzić jedynie kwestia autentyczności danych profilu, z którego umieszczono informację. Większość kont na Facebooku oznaczonych imieniem i nazwiskiem można uznać za autentyczne, co nie zmienia jednak faktu, że w portalu jest zarejestrowanych wiele profili fikcyjnych, tj. założonych przez osoby o innych danych osobowych niż wyświetlane. Facebook w żaden sposób nie weryfikuje tożsamości swoich użytkowników. Ponadto, nawet w przypadku autentyczności danych osobowych, nie można wykluczyć, że daną informację zamieściła inna osoba, używając cudzego profilu. Sytuacja może mieć miejsce, nie tylko gdy osoba ta posiada hasło do profilu drugiego użytkownika, lecz również – ze względu na powszechność opcji „stay online” (ang. pozostań zalogowany) – wystarczyć może dostęp do dowolnego urządzenia należącego do właściciela konta na Facebooku. Gdy zostanie udowodnione, że w konkretnej sytuacji nie jest możliwe ustalenie wystawcy, należy uznać, że dowód taki pozostanie co prawda dowodem

z dokumentu (art. 77³ KC nie wymaga istnienia możliwości ustalenia wystawcy), lecz w zakresie przepisów postępowania zastosowanie znajdzie art. 308 KPC, nie zaś art. 243¹ i n. KPC. Nie powoduje to jednak znacznej zmiany, ponieważ norma ta nakazuje wówczas odpowiednie stosowanie przepisów o dowodach z dokumentów i oględzin. Przepis ten będzie również właściwy w zakresie dokumentów w rozumieniu art. 77³ KC, których wystawca już *prima facie* nie jest możliwy do ustalenia (np. post zamieszczony na Facebooku z profilu nieformalnej organizacji).

Natomiast informacje niebędące dokumentem w rozumieniu art. 77³ KC, a zatem niezawierające pewnej treści, oświadczenia (np. zdjęcie zamieszczone na Facebooku), będą stanowiły inne środki dowodowe w rozumieniu art. 309 KPC. Na mocy tego przepisu sposób przeprowadzenia dowodu sąd określi zgodnie z jego charakterem, stosując odpowiednio przepisy o dowodach. Wydaje się, że najwłaściwsze będzie stosowanie w takim przypadku przepisów o oględzinach. Przeprowadzając dowód, sąd powinien odtworzyć stronę zapisaną na płycie CD (offline) i dokonać przeglądu jej zawartości multimedialnej (zdjęcia, filmy, powiązania znajomych itp.). Nie jest także wykluczone dokonanie oględzin online, o ile elementy mające stanowić dowód w sprawie nie zostały w międzyczasie usunięte z danego profilu. Zastosowanie znajdzie także art. 292 KPC, zgodnie z którym sąd może zarządzić oględziny również z udziałem biegłych lub w połączeniu z przesłuchaniem świadków. W pierwszym przypadku wiedza specjalna z zakresu informatyki może być przydatna dla ustalenia wiarygodności dowodu, a ponadto w celu dotarcia do danych „ukrytych” (przede wszystkim w przypadku oględzin online). Jeżeli zaś strona zapisała witrynę w obecności świadka, możliwe jest wzmocnienie wiarygodności przedstawianego dowodu poprzez dokonanie jego oględzin z udziałem tej osoby. Ponadto jednoczesne przesłuchanie świadków „może być przeprowadzone w sytuacji, gdy zeznania świadków staną się bardziej przejrzyste i zrozumiałe w połączeniu z bezpośrednią obserwacją przedmiotu (...). Świadek, wskazując określone elementy, ich położenie itd., z pewnością przedstawi swoje zeznania w bardziej precyzyjny sposób, minimalizując problem wieloznaczności i wątpliwości, jakie bez bezpośredniego kontaktu z przedmiotem oględzin mogą powstać”¹⁷. Przykładowo, jeżeli faktem relevantnym jest to, czy dana osoba przebywała w danym miejscu w da-

¹³ K. Osajda, Kodeks Cywilny. Komentarz, Legalis/el. 2016.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ J. Gołaczyński, Dowód z dokumentu po nowelizacji kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania cywilnego z 10.7.2015 r., Rejent 2016, Nr 11, s. 9–28.

¹⁶ A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Legalis/el. 2017.

¹⁷ A. Zieliński, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Legalis/el. 2016.

nym czasie z inną osobą (świadkiem) i dokonała takiego wpisu na Facebooku, wraz z okazaniem tej treści można rozpytać świadka na okoliczność prawdziwości takiej informacji.

Może zdarzyć się również sytuacja, w której strona jest świadoma, że określona informacja istnieje na profilu facebookowym przeciwnika procesowego (lub innej osoby), lecz jest widoczna tylko z poziomu „właściciela” konta. W takim wypadku pomocny jest art. 293 KPC, który stanowi, że przepisy o obowiązku przedstawienia dokumentu stosuje się odpowiednio do przedstawienia przedmiotu oględzin. Oznacza to, że na podstawie art. 248 KPC każdy jest obowiązany przedstawić na zarządzenie sądu w oznaczonym terminie i miejscu plik znajdujący się w jego posiadaniu i stanowiący dowód faktu istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy, chyba że plik zawiera informacje niejawne. Od tego obowiązku może się uchylić jednak osoba, która co do okoliczności objętych treścią strony www mogłaby jako świadek odmówić składania zeznań. Jednakże strona nie może odmówić przedstawienia pliku, jeżeli szkoda, na którą byłaby przez to narażona, polega na przegraniu procesu.

Wiarygodność dowodów cyfrowych z Facebooka

Niewątpliwie dowody cyfrowe najczęściej będą zaliczane do „poszlakowych”, tj. takich, które odnoszą się do faktów ubocznych. Niemniej jednak z pewnością cechuje je wysoki poziom obiektywności. Nie inaczej jest w przypadku dowodów cyfrowych z Facebooka. Mimo iż większość z nich nie odniesie się wprost do faktu głównego, za pomocą zgromadzonych w nich informacji można go jednak udowodnić. Jak już wspomniano, Facebook zawiera w istocie wiele różnych plików.

W pierwszej kolejności należy jednak podkreślić, co sygnalizowano już w niniejszym opracowaniu, że dowody uzyskane z Facebooka powinny być badane w formie, w której faktycznie występują, tj. elektronicznej, nie zaś – jak to najczęściej ma miejsce – jako wydruki papierowe. Należy bowiem zwrócić uwagę, że spreparowanie wydruku jest wyjątkowo proste i nie wymaga żadnych szczególnych umiejętności. Wystarczające jest choćby skopiowanie części strony www do edytora tekstowego (np. Word) i dopisanie dowolnego tekstu. Dowody takie (tj. w formie wydruku) cechuje, w mojej ocenie, niska wartość dowodowa i w tym kontekście szokująca jest praktyka sądów¹⁸, które podchodzą do nich bezkrytycznie. Jedynie w nielicznych judykatach dostrzeżono ten problem i tak np. SO w Łodzi w wyroku z 20.2.2012 r. (zmienionym niestety w II instancji) stwierdził, że: „Powód przedłożył wydruk z ekranu przeglądarki internetowej (...) taki wydruk nie może być

dowodem w sprawie, nie może być także – zdaniem sądu I instancji – podstawą do oceny przez biegłego z zakresu geodezji i kartografii. Wydruk taki jest niczym innym jak tylko utrwaleniem aktualnego widoku ekranu. Aktualny widok ekranu może być w bardzo prosty i dowolny sposób modyfikowany. W celu dokonania takiego zabiegu nie są wymagane ani specjalne wymagania sprzętowe, ani narzędziowe. Z uwagi na brak możliwości oceny, czy dany wydruk nie został poddany modyfikacjom, nie można uznać, że stanowi on dowód w sprawie. Tym samym załączony do akt sprawy wydruk nie potwierdza, że pozwana zamieściła na swojej stronie internetowej mapkę o takich detalach, jakie wynikają z wydruku”¹⁹. Oczywiście nie należy odmawiać im waloru dowodu ani wykluczać korzystania z nich – ze względu na ich praktyczność – w celach pomocniczych (załączenie do akt sprawy), niemniej sam dowód powinien być zabezpieczony w formie elektronicznej. Poniższe rozważania na temat wiarygodności odnosząc się będą do dowodów z Facebooka występujących w postaci cyfrowej.

Przechodząc do omówienia poszczególnych dowodów uzyskiwanych z Facebooka, należy stwierdzić, że sądy zazwyczaj przypisują najwyższą wartość dowodową zdjęciom i filmom. Ostrożność w ocenie należy zachować jedynie ze względu na możliwość manipulowania tymi plikami. Zdjęcia i filmy nie są zazwyczaj umieszczane na portalu wprost ze źródła (aparatu, kamery), lecz za pośrednictwem komputera. Po zgraniu strony ze zdjęciem będzie ono występowało w takiej formie, w jakiej widniało na Facebooku. Pomiędzy wykonaniem materiału a jego umieszczeniem na stronie www możliwe jest dokonanie jego modyfikacji, retuszu, dodanie lub odjęcie pewnych elementów. W przypadku wystąpienia podejrzenia takiej ingerencji pomocny może być biegły z zakresu grafiki komputerowej, który za pomocą odpowiednich programów (np. sprawdzających naświetlenie każdego z elementów na zdjęciu) powinien wykryć „oszustwo”. Nie można również zapomnieć o „efekcie kadru”, tj. faktu, że zdjęcie czy film może być wykonane pod takim kątem, który nie obejmuje innych, istotnych elementów. W skrajnych przypadkach obraz może powodować odmienny odbiór sytuacji od tej, która nastąpiła w rzeczywistości.

Oceniając wiarygodność wpisów danego użytkownika Facebooka, należy mieć na względzie kilka kwestii. Po pierwsze, dowolny internauta może utworzyć profil o dowolnej nazwie (imieniu i nazwisku). Obrona strony procesu

¹⁸ Zob. np. wyrok SA w Krakowie z 8.2.2013 r., I ACa 1399/12, www.orzeczenia.ms.gov.pl, oraz wyroki SA w Łodzi: z 24.9.2014 r., I ACa 404/14, www.orzeczenia.ms.gov.pl; z 4.12.2013 r., I ACa 776/13, www.orzeczenia.ms.gov.pl; z 14.11.2013 r., I ACa 618/13, www.orzeczenia.ms.gov.pl, a także wyrok SA we Wrocławiu z 12.10.2012 r., I ACz 1810/12, www.orzeczenia.ms.gov.pl.

¹⁹ Zob. wyrok SO w Łodzi z 21.2.2012 r., I C 1671/12, niepubl.

może więc zmierzać do wykazania, że konto nie należy do danej osoby. Będzie to jednak skomplikowane, w sytuacji gdy przez wiele lat umieszczono tam prywatne informacje z życia danej osoby, np. zdjęcia z domu lub wakacji (z różnych okresów), informacje dotyczące miejsca zamieszkania, numeru telefonu itp. Niewykluczone jest również wystąpienie przez sąd do Facebooka o udostępnienie adresów IP, z których dokonywano logowań na profilu. Może to doprowadzić do ustalenia, czy dokonywano ich z domowej sieci WiFi, następnie w miejscu pracy danej osoby, potem np. z Hiszpanii, gdzie dana osoba przebywała na wakacjach. Niewykluczone jest także ustalenie urządzeń, przy użyciu których logowano się na profil, choćby przez analizę adresów MAC czy też plików temporary files (tzw. cookies).

Drugim z elementów, który należy wziąć pod uwagę, oceniając wiarygodność dowodu, jest możliwość umieszczenia wpisów przez inną osobę, za pomocą urządzenia należącego do właściciela profilu. W dzisiejszym świecie niemal każdy użytkownik Facebooka jest zalogowany na swoich urządzeniach (np. na laptopie, smartfonie) w sposób ciągły. Nie jest zatem wykluczone, że inna osoba, używając czyjegoś laptopa, zamieściła pewną informację na nieswoim profilu.

Po trzecie, do części danych należy podchodzić z dystansem, ze względu na powszechne umieszczanie nieprawdziwych informacji przez samego użytkownika profilu (np. zaznaczenie uczestnictwa w koncercie mimo rzeczywistej absencji).

Nieco więcej pewności dają treści multimedialne, które ujawniają lokalizację urządzenia, z którego umieszczono wpis. Bazując na przywołanym już przykładzie aplikacji Endomondo, można uznać za w pełni wiarygodne, że smartfon, z którego umieszczono wynik „biegania”, w istocie pokonał daną trasę w określonym czasie i tempie. Wówczas jedyną wątpliwością pozostaje, czy był on wówczas w faktycznym posiadaniu jego właściciela. W przypadku oznaczania obecnej lokalizacji przez samego użytkownika („Ja z Jan Kowalski w Blue Cafe”) prawdziwość wpisu może zostać zweryfikowana także poprzez ustalenie adresu IP, z którego go umieszczono – może okazać się nim sieć WiFi kawiarni.

Z pewną dozą ostrożności należy podchodzić do danych dotyczących znajomych (powszechne jest pochapne przypisywanie danej osoby do tego kręgu) czy informacji o miejscu pracy, zamieszkania, poglądach, upodobaniach itp. Nie jest bowiem wykluczone, że mimo publicznych deklaracji rzeczywistość rysuje się w odmienny sposób.

Jednakże, o ile samodzielnie występujące ww. dowody mogą nie prowadzić do definitywnego ustalenia faktów, o tyle najlepsze efekty daje łączenie ich z innymi dowodami cyfrowymi lub tradycyjnymi. Przykładowo wpis dotyczący przebywania w określonym miejscu i czasie z daną osobą

może być poparty uzyskanymi w inny sposób zdjęciami czy filmami, a także lokalizacjami GPS, monitoringiem CCTV budynków czy też zeznaniami świadków lub dokumentacją transakcji handlowych (wyciągi z banku, paragony). Takie kombinacje mogą prowadzić do sytuacji, w której wiele poszlakowych dowodów doprowadza do pewności w zakresie faktów ubocznych czy nawet faktu głównego.

Podsumowanie

Ze względu na wysoką popularność portalu Facebook, każdego dnia w sądach są przedstawiane dowody uzyskane z tego serwisu. Coraz więcej istotnych okoliczności może zostać potwierdzonych dzięki tym plikom. Znajdują się tam bowiem nie tylko wpisy treściowe, lecz również zdjęcia, filmy, dane lokalizacyjne, multimedialne i metadane. Są to jednocześnie dowody, które może uzyskać sama strona, choć niewykluczone jest również złożenie wniosku o zobowiązanie Facebooka przez sąd do wydania danych. Wiadome jest jednak, że zabezpieczenie dowodów w tym trybie jest powolne, a przez to niejednokrotnie nieskuteczne. Należy zatem rozważyć wprowadzenie instytucji przyspieszających wykonanie tych czynności poprzez utworzenie wyspecjalizowanych komórek w sądach albo organach ścigania, które zwracałyby się o wydanie danych niezwłocznie, a nawet – w szczególnie uzasadnionych, wyjątkowych sytuacjach – miałyby możliwość pozyskania dowodu w sposób charakterystyczny dla postępowania karnego. Obecnie strony uzyskują zazwyczaj dowód samodzielnie. W takiej sytuacji powinny natomiast zadbać o właściwe utrwalenie takiego materiału i prawidłowe wprowadzenie go do procesu. Za wadliwe należy uznać przedstawianie w sądzie wydruków komputerowych. Ustawodawca, w mojej ocenie, powinien w tym zakresie wprowadzić normę prawną nakazującą zabezpieczanie dowodów cyfrowych w formie elektronicznej (nie zaś papierowej). Uważam przy tym, że niewskazane byłoby, aby przepis przewidywał sankcję dyskwalifikacji dowodu utrwalonego w formie wydruku, niemniej sądy powinny w takiej sytuacji podchodzić do takich środków dowodowych ostrożnie i poważnie traktować każde podważenie jego wiarygodności przez stronę przeciwną. Należałoby rozważyć również wprowadzenie regulacji przenoszącej ciężar dowodu po zgłoszeniu takiego zarzutu. Uczestnicy procesu zadbaliby wówczas o prawidłowe zabezpieczenie dowodu, zlecając tę czynność profesjonalnemu podmiotowi albo też wykonując ją samodzielnie w sposób bardziej staranny i minimalizujący ryzyko zniekształcenia czy manipulacji.

Ingerencja ustawodawcy zdaje się być nieunikniona, gdyż popularność tego rodzaju dowodów będzie nieustannie rosła, ponieważ okoliczności udowadnianie danymi z Facebooka stanowią we współczesnych procesach jedy-

nie ułamek możliwości, które daje serwis. Jakkolwiek dowody z Facebooka mają zazwyczaj charakter poszlakowy, a oceniając ich wiarygodność, należy zachować szczególną ostrożność, poprzez umiejętne łączenie faktów, a przede wszystkim tworzenie kombinacji z innymi dowodami cyfrowymi i tradycyjnymi, możliwe jest udowodnienie danej okoliczności w stopniu graniczącym z pewnością. Niewątpliwie pomocna w tym względzie jest cecha znacznej części treści uzyskiwanych z Facebooka, jaką jest ich obiektywność (np. lokalizacja urządzenia, z którego dokonano wpisu multimedialnego, materiał zdjęciowy, filmowy).

Współcześni prawnicy powinni być świadomi możliwości uzyskiwania takich dowodów i wykorzystywania ich w postępowaniu. Istotne jest również, by potrafili za-

dbać o odpowiednie utrwalenie dowodu. Szeroka wiedza o funkcjonowaniu, wadach i zaletach środków dowodowych z Facebooka może zostać wykorzystana zarówno do wykreowania dowodu w sposób niemożliwy do obalenia, jak i do zdyskredytowania dowodu przedstawionego przez stronę przeciwną.

Życie człowieka XXI w. w coraz większym stopniu przenosi się do trybu online, co oznacza, że liczba dowodów elektronicznych będzie rosła. Prawnicy biegłe poruszający się na gruncie dowodów cyfrowych, w tym także dowodów z Facebooka, będą zyskiwali zatem coraz większą przewagę nad tymi, którzy pozostaną bierni na zmiany współczesnego świata.

Słowa kluczowe: dowody cyfrowe, dowody elektroniczne, dowody z Facebooka, Facebook, postępowanie dowodowe w procesie cywilnym, inne środki dowodowe, zabezpieczanie dowodów cyfrowych, zabezpieczanie dowodów elektronicznych, wiarygodność dowodów cyfrowych, wiarygodność dowodów elektronicznych, poszukiwanie dowodów cyfrowych, poszukiwanie dowodów elektronicznych, uzyskiwanie dowodów cyfrowych, uzyskiwanie dowodów elektronicznych.

Facebook digital evidence in civil lawsuit

Nearly 10 million people – Poles – have an active account on Facebook. This means that one person in four in our country regularly leaves trace which could be used as a digital evidence. Therefore, it is not odd that in most civil proceedings the parties present evidence from Facebook. In view of huge popularity of presenting in court content from Facebook, this article is devoted to data acquired from the very social networking service. The author especially pays attention to the matter of acquiring and preserving the evidence (however, in civil proceedings these actions are taken by a party itself) and data which may be elicited from the website, and at the same time circumstances which may be proved using such data.

Key words: digital evidence, electronic evidence, Facebook evidence, Facebook, hearing of evidence in civil lawsuit, other evidence sources, securing digital evidence, securing electronic evidence, credibility of digital evidence, credibility of electronic evidence, digital evidence searching, electronic evidence searching, gathering digital evidence, gathering electronic evidence.

Rozporządzenie o otwartym Internecie z perspektywy ochrony konsumentów – główne postanowienia i wybrane problemy

Katarzyna Araczeńska¹,
Łukasz Wroński²

Artykuł omawia główne postanowienia rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 2015/2120 z 25.11.2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego Internetu oraz zmieniającego dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) Nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii³ z perspektywy konsumentów. Szczegółowo przedstawione zostały zagadnienia dotyczące dopuszczalności stosowania przez dostawców usług narzędzi zarządzania ruchem oraz ich obowiązki informacyjne względem użytkowników końcowych. Omówiono również pojęcie usług specjalistycznych. Artykuł przedstawia także wybrane słabości rozporządzenia.

Uwagi wstępne

Od 30.4.2016 r. w UE stosowane jest rozporządzenie 2015/2120 o otwartym Internecie. Akt ten miał stanowić odpowiedź ustawodawcy unijnego na problemy, które pojawiły się na rynku usług dostępu do Internetu wraz z rozwojem technologicznym. Wzrost możliwości oferowanych użytkownikom końcowym online przełożył się bowiem na większe zapotrzebowanie po ich stronie na posiadanie łącza o dużej przepustowości, a po stronie dostawców usług dostępu do Internetu (ISP) – na potrzebę bardziej efektywnego gospodarowania posiadanymi zasobami. Dla ISP zwiększony popyt na ich usługi oznacza nie tylko rozwój, lecz także wzrost konkurencji. Internet – wykorzystywany niedawno do przesyłania prostych informacji – dziś jest narzędziem do komunikacji głosowej czy oglądania telewizji online, co czyni dostawców treści w Internecie konkurentami przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Po stronie dostawców pojawiła się więc potrzeba, aby w jak największym stopniu wykorzystywać możliwości związane z zarządzaniem ruchem w sieci polegającym na wykorzystywaniu technologicznych narzędzi do regulowania przepływu wysyłanego lub odbieranego ruchu w sieci. Zarządzanie ruchem pozwala na spowalnianie, przyspieszanie czy blokowanie transmisji danych albo jakiegokolwiek inny sposób preferencyjnego bądź dyskryminacyjnego traktowania określonych kategorii ruchu. Poszczególne rodzaje ruchu rozpoznawane mogą być nie tylko przez pryzmat informacji zawartych w nagłówku danego pakietu przenoszącego dane, lecz także przez analizę transmitowanych treści. Tego rodzaju działania mogą być wykorzystywane zarówno do optymalizacji działania sieci czy poprawy jakości usług świadczonych użytkownikom, jak i w celach biznesowych.

Raport BEREC

Analizę narzędzi zarządzania ruchem stosowanych przez europejskich ISP zawiera raport Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) z 2012 r.⁴ Bazę do jego opracowania stanowiły dane zebrane od wybranych dostawców usług przez regulatorów w państwach UE. Raport pozwala orientacyjnie określić, jakie praktyki były w tym czasie stosowane przez ISP.

Raport wskazuje, że najczęściej stosowane narzędzia zmierzają do degradacji usług VoIP i P2P – w wielu przypadkach z wykorzystaniem metody głębokiej inspekcji pakietów, która umożliwia analizę treści przekazywanych w sieci. Z raportu wynika, że na 266 europejskich dostawców usług dostępu do Internetu stacjonarnego, którzy uczestniczyli w badaniu, 40 stosowało blokowanie lub degradowanie ruchu w modelu P2P w stosunku do wszystkich swoich abonentów, natomiast dziewięciu w stosunku do części abonentów (w sumie 18,5%). W przypadku dostawców usług Internetu mobilnego blokowanie lub degradowanie ruchu w modelu P2P wobec wszystkich swoich abonentów stosowało 28 na 115 ISP, w stosunku zaś do części abonentów – 13 dostawców (w sumie 36,5%). Z kolei jeżeli chodzi o blokowanie lub degradowanie pakietów korzystających z protokołu VoIP, to w przypadku dostawców Internetu stacjonarnego tego rodzaju działania podejmowane były przez jednego ISP w stosunku do wszystkich abonentów oraz jeszcze jednego względem części abonentów (w sumie

¹ Doktorantka w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

² Radca prawny OIRP Warszawa.

³ Dz.Urz. UE L Nr 310, s. 1; dalej jako: rozporządzenie 2015/2120.

⁴ BEREC. *A View of Traffic Management and other Practices Resulting in Restrictions to the Open Internet in Europe*, BoR 2012, (12)30.

niecały 1% wszystkich dostawców biorących udział w badaniu). Statystyki te wyglądają jednak zupełnie inaczej, jeśli wziąć pod uwagę dostawców Internetu mobilnego – liczba ISP stosujących ograniczenia wobec wszystkich abonentów to cztery, natomiast wobec części abonentów to 23 (w sumie 23% wszystkich ISP)⁵.

Degradowanie wymienionych kategorii ruchu nie we wszystkich przypadkach musi być jednak decyzją biznesową czy przejawem nieuczciwej konkurencji. Z informacji przekazanych przez dostawców usług wynika bowiem, że ograniczenia w ruchu, np. P2P, dotyczą jedynie „godzin szczytu”, co jest związane z przeciwdziałaniem przeciążeniu sieci⁶.

W niektórych przypadkach działania ISP jednoznacznie zmierzają jednak do ograniczenia uprawnień użytkowników końcowych. Przykładem praktyk, które w 2015 r. doprowadziły do nałożenia przez holenderski organ antymonopolowy na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kary w wysokości 250 tysięcy euro, było działanie KPN (dostawcy Internetu), który blokował swoim użytkownikom możliwość korzystania z głosowych komunikatorów internetowych⁷.

Innym ważnym źródłem sygnałów dotyczących problemów na rynku usług dostępu do Internetu są również skargi użytkowników końcowych. Jak wynika z Komunikatu KE, większość krajowych organów regulacyjnych otrzymała skargi konsumentów dotyczące różnicy między deklarowaną a rzeczywistą szybkością połączenia internetowego⁸.

Z danych posiadanych przez Urząd Komunikacji Elektronicznej wynika, że w okresie od stycznia 2015 r. do stycznia 2016 r. odnotowano 1528 spraw (tj. zapytań, wniosków o interwencję, wniosków o przeprowadzenie postępowania mediacyjnego) dotyczących usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu. Nieco ponad 10% z nich (156 spraw) dotyczyło problematyki prędkości (parametrów) usługi dostępu do Internetu⁹.

Wagę problematyki jakości świadczonych usług dostępu do Internetu potwierdzają również badania opinii przeprowadzane na zlecenie KE. Wynika z nich, że 57% badanych nie zna maksymalnej prędkości dostępu do Internetu, natomiast blisko 25% z tych użytkowników, którzy deklarują znajomość prędkości dostępu do Internetu, twierdzi, że ta, którą uzyskują, jest niezgodna z warunkami określonymi w umowie. Jednocześnie parametry usługi dostępu do Internetu stanowią jedno z podstawowych kryteriów wyboru oferty przez użytkownika. 29% badanych twierdzi, że czasami mają do czynienia z blokowaniem dostępu do określonych treści lub aplikacji. Natomiast nieco ponad 40% respondentów twierdzi, że czasami doświadczają problemów z dostępem do określonych treści bądź aplikacji spowodowanych niewystarczającą prędkością dostępu do Internetu lub przepustowością ściągania danych¹⁰.

Opinie prezentowane przez użytkowników końcowych potwierdzają, że ważnym elementem regulacji dotyczących neutralności sieci jest przejrzystość w zakresie jakości usług, gdyż tylko uzyskanie adekwatnych informacji dotyczących charakterystyki świadczonej usługi i zarządzania ruchem umożliwia konsumentom dokonanie świadomego wyboru, a w przypadku nieprawidłowości skuteczne dochodzenie roszczeń.

Obowiązywanie rozporządzenia i zapewnienie jego skuteczności

Rozporządzenie 2015/2120 zostało przyjęte 25.11.2015 r., weszło w życie 29.11.2015 r. i stosuje się je w państwach członkowskich UE od 30.4.2016 r. Na podstawie art. 10 ust. 3 tego rozporządzenia Polska powiadomiła KE o utrzymaniu do końca 2016 r. stosowanych przed 29.11.2015 r. środków krajowych, w tym systemów samoregulacyjnych, które nie są zgodne z art. 3 ust. 2 lub 3 rozporządzenia. Jak wynika z komunikatu¹¹ towarzyszącego podpisaniu 29.3.2016 r. pomiędzy Ministrem Cyfryzacji a pięcioma przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi¹² „Memorandum na rzecz podejmowania świadomych wyborów przez użytkowników końcowych usługi dostępu do Internetu w publicznych sieciach telekomunikacyjnych”, Minister Cyfryzacji uznał, iż doprecyzowanie ówczesnie funkcjonujących zasad samoregulacji w oczekiwaniu na zapowiedziane na koniec sierpnia 2016 r. wytyczne BEREC dotyczące interpretacji i sposobu wdrożenia rozporządzenia umożliwi przedsiębiorcom telekomunikacyjnym sprawne oraz spójne wdrożenie nowych przepisów, regulatorom zaś spójne ich egzekwowanie.

Przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy podpisali memorandum, zadeklarowali:

- posiadanie w bieżącej sprzedaży każdego z przedsiębiorców co najmniej jednej oferty „na próbę” w zakresie usługi dostępu do Internetu;
- publiczne komunikowanie powyższych ofert;

⁵ BEREC. *A View of Traffic Management...*, s. 15.

⁶ *Ibidem*, s. 22.

⁷ Por. www.acm.nl/en/publications/publication/13765/Fines-imposed-on-Dutch-telecom-companies-KPN-and-Vodafone-for-violation-of-net-neutrality-regulations (dostęp z 6.7.2017 r.).

⁸ Komunikat KE. Otwarty Internet i neutralność sieci w Europie, KOM 2011, 222, s. 8.

⁹ Informacja uzyskana w trybie dostępu do informacji publicznej.

¹⁰ KE. Special Eurobarometer 396. E-Communications Household Survey Report, Wave EB 2013, 79.1, s. 8.

¹¹ Zob. <https://mc.gov.pl/aktualnosci/memorandum-na-rzecz-podejmowania-swiadomych-wyborow-przez-uzytkownikow-koncowych-uslugi> (dostęp z 6.7.2017 r.).

¹² Cyfrowym Polsatem S.A., Orange Polska S.A., P4 Sp. z o. o., Polkomtel Sp. z o. o., T-Mobile Polska S.A.

– posiadanie w bieżącej sprzedaży przystępnych cenowo zestawów startowych przedpłaconych w okresie od dnia podpisania memorandum nie później niż od 30.4.2016 r. do 31.12.2016 r.

Dopuszczalność skorzystania przez Polskę z ww. klauzuli może jednak budzić wątpliwości, gdyż przed datą podpisania memorandum nie były w naszym kraju przewidziane rozwiązania samoregulacyjne, o których mowa w dokumencie. Ponadto przedmiotowe rozwiązania, tj. oferowanie przez przedsiębiorców ofert „na próbę” czy w systemie przedpłaconym, pozostają bez związku z zasadami wynikającymi z art. 3 ust. 2 i 3 rozporządzenia 2015/2120. Zawarcie memorandum pozostaje zatem bez wpływu na stosowanie w Polsce tego rozporządzenia, co powinno mieć miejsce od 30.4.2016 r. Jak jednak wynika z przeglądu stron internetowych największych dostawców usług i portali branżowych, ISP poinformowali użytkowników o wprowadzaniu zmian wynikających z rozporządzenia 2015/2120 dopiero na przełomie 2016 i 2017 r.¹³

Zgodnie z zasadami wynikającymi z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 2009 r.¹⁴ rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Rozporządzenie wiąże nie tylko co do celu, który należy osiągnąć, lecz także w zakresie wyboru formy działania i środków jego osiągnięcia. Rozporządzenie bezpośrednio staje się częścią krajowego porządku prawnego, co do zasady bez potrzeby dokonywania transpozycji, i wywiera skutki bezpośrednie w stosunku do wszystkich jego adresatów.

Jak wynika z art. 5 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120, spójnemu stosowaniu tego rozporządzenia służą wytyczne wydane 30.8.2016 r. przez BEREC¹⁵. Zgodnie tym z przepisem wytyczne dotyczą realizacji obowiązków krajowych organów regulacyjnych w zakresie nadzoru i egzekwowania obowiązków dostawców usług wynikających z rozporządzenia. W tym celu wytyczne zawierają szczegółową interpretację przepisów rozporządzenia, wskazując najbardziej efektywne sposoby ich wykonania, a także identyfikują zakazane praktyki dostawców usług.

Efektywność stosowania rozporządzenia 2015/2120 mają zapewnić krajowe organy regulacyjne oraz inne właściwe organy. Na podstawie art. 5 ust. 1 tego aktu krajowe organy regulacyjne (NRA) ściśle monitorują i zapewniają zgodność z art. 3 i 4 oraz wspierają dalszą dostępność niedyskryminacyjnego dostępu do Internetu z zachowaniem poziomów jakości, które odzwierciedlają postęp techniczny. Stosownie natomiast do art. 5 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 powołany art. 5 pozostaje bez uszczerbku dla zadań powierzonych przez państwa członkowskie NRA lub innym właściwym organom, zgodnie z prawem UE. Takie obowiązki mogą wynikać przede wszystkim z prawa

ochrony konsumentów i konkurencji. Jako ich źródło wymienić należy chociażby:

- dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/22/WE z 23.4.2009 r. w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów¹⁶;
- dyrektywę Rady 93/13/EWG z 5.4.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich¹⁷;
- dyrektywę 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.5.2005 r. dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającą dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady¹⁸.

W polskim porządku prawnym kompetencje władcze z zakresu ochrony konsumentów przed zakazem stosowania przez przedsiębiorców praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, zakazem stosowania nieuczciwych postanowień wzorców umowy lub zakazem stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych posiada Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który to organ będzie uprawniony do podjęcia działań, w sytuacji gdy naruszenie któregoś z ww. zakazów będzie miało swoje źródło w nieprzestrzeganiu rozporządzenia 2015/2120. Jednocześnie takie zadania mogą pokrywać się z obowiązkami krajowych organów regulacyjnych (lub innych właściwych organów) określonymi w art. 5 rozporządzenia 2015/2120.

¹³ Zob. <http://www.telepolis.pl/wiadomosci/t-mobile-zmienia-regulamin-swadczenia-uslug-telekomunikacyjnych-od-1-01-2017,2,3,37661.html> (dostęp z 11.7.2017 r.); ¹⁴ <http://gsmonline.pl/artykuly/plus-regulamin-swadczenia-uslug-2017-zmiany>, ¹⁵ www.multimedia.pl/Strefa-produktowa/Strefa-Klienta/AktualnosciKonkursy/Aktualnosci/Zmiany-w-Regulaminach-i-Cennikach-stacjonarnego-In (dostęp z 11.7.2017 r.) oraz ¹⁶ <http://www.cyfrowypolsat.pl/oferta/aktualnosci/zawiadomienie-o-zmianie-regulaminow-swadczenia-uslug-telekomunikacyjnych.cp> (dostęp z 11.7.2017 r.).

¹⁴ Dz.Urz. UE C z 2012 r. Nr 326, s. 47.

¹⁵ Zgodnie z art. 3 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1211/2009 z 25.11.2009 r. ustanawiającego Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) oraz Urząd (Dz.Urz. UE L Nr 337, s. 1) krajowe organy regulacyjne i Komisja w najwyższym stopniu uwzględniają wszelkie opinie, zalecenia, wytyczne, rady lub najlepsze praktyki regulacyjne przyjęte przez BEREC. Dodatkowo motyw 19 preambuły do rozporządzenia 2015/2120 wskazuje, że prowadząc działania na podstawie rozporządzenia, krajowe organy regulacyjne powinny w jak największym zakresie uwzględniać stosowne wytyczne opracowane przez BEREC.

¹⁶ Dz.Urz. UE L Nr 110, s. 30.

¹⁷ Dz.Urz. UE L Nr 95, s. 29.

¹⁸ Dz.Urz. UE L Nr 149, s. 22.

Pojęcie neutralności sieci i założenia rozporządzenia

Rozporządzenie 2015/2120 ma stanowić odpowiedź na ww. występujące na rynku telekomunikacyjnym problemy związane z blokowaniem czy spowalnianiem pewnych kategorii ruchu czy niedotrzymywaniem deklarowanych poziomów jakości transmisji. Jego przyjęcie stanowi konsekwencję rozpoczętej w ramach UE dyskusji na temat neutralności sieci, którą to kwestię po raz pierwszy próbowano uregulować już w 2009 r.¹⁹ Neutralność sieci w dużym uproszczeniu jest rozumiana jako obowiązek traktowania przez dostawców usług internetowych transmisji w Internecie w sposób równy²⁰, bez różnicowania ruchu ze względu na rodzaj przesyłanych danych, ich nadawców lub odbiorców czy wykorzystywanych przez nich urządzeń lub aplikacji itp. Tak rozumiana zasada zakłada więc, że dostawcy usług w sposób bierny będą podchodzić do transmitowanych treści, nie faworyzując żadnych z nich ani nie tworząc utrudnień w ich rozpowszechnianiu.

Definicja ta budzi jednak wątpliwości z powodów praktycznych, choćby ze względu na różne wymagania poszczególnych rodzajów danych, np. inne będą wymagania dla osiągnięcia zadowalającej jakości transmisji poczty elektronicznej, a inne dla wideo transmitowanego na żywo. W pierwszym z przypadków np. opóźnienie kilku pakietów składających się na wiadomość elektroniczną będzie dla użytkownika niezauważalne, natomiast w drugim może skutkować zacięciami obrazu, opóźnieniem transmisji czy nawet jej przerwaniem. Nie ulega również wątpliwości, że dostawca usług internetowych w niektórych sytuacjach nie tylko może, lecz wręcz powinien ingerować w ruch w sieci pakietowej, np. w momencie wykrycia zagrożenia dla jej użytkowników, jakim jest chociażby atak hakerski. Z drugiej strony ISP nie powinni dysponować możliwością filtrowania przesyłanych treści czy spowalniania transmisji ich konkurentów. Zasada neutralności sieci powinna zatem zostać zdefiniowana w sposób umożliwiający ISP ingerencję w ruch w sieci w celu zapewnienia poprawnego jej funkcjonowania, a jednocześnie uniemożliwiający cenzurę Internetu, której obawiają się niektóre środowiska²¹, co w praktyce jest dużym wyzwaniem.

Biorąc pod uwagę powyższe problemy, nie dziwi brak jednolitego stanowiska co do definicji omawianego pojęcia. Również w rozporządzeniu 2015/2120 nie znalazło się pojęcie neutralności sieci, choć z preambuły można wywnioskować, w jaki sposób rozumie je ustawodawca unijny. Zgodnie z motywem 1 celem rozporządzenia jest ustanowienie wspólnych zasad mających na celu zagwarantowanie równego i niedyskryminacyjnego traktowania transmisji danych w ramach świadczenia usług dostępu do Internetu oraz związanych z tym praw użytkowników

końcowych. Zgodnie z ww. motywem rozporządzenie ma na celu ochronę użytkowników końcowych oraz równocześnie zagwarantowanie nieprzerwanego funkcjonowania ekosystemu internetowego. W motywie 6 ustawodawca unijny określa, jakie prawa powinni mieć użytkownicy końcowi, tj. prawo dostępu do informacji i treści oraz ich rozpowszechniania oraz prawo do korzystania i udostępniania, bez dyskryminacji, aplikacji i usług. Motyw 8 precyzuje zaś, że w ramach świadczenia usług dostępu do Internetu dostawcy tych usług powinni traktować każdy ruch równo, bez dyskryminacji, ograniczeń czy ingerencji, bez względu na nadawcę lub odbiorcę, treść, aplikację lub usługę lub urządzenie końcowe. Obowiązek ten powtarza również art. 3 ust. 3 akapit 3 rozporządzenia 2015/2120.

Ustawodawca unijny wywodzi zasadę neutralności sieci z ogólnych zasad prawa UE, wskazując w końcowej części motywu 8, że zgodnie z zasadami ogólnymi prawa Unii i utrwalonym orzecznictwem porównywalnych sytuacji nie należy traktować w różny sposób, a różnych sytuacji – w taki sam sposób, chyba że takie postępowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Rozporządzenie 2015/2120 głównym beneficjentem zasady neutralności sieci czyni zatem użytkownika końcowego usług dostępu do Internetu. Zasada neutralności sieci stanowi w tym kontekście sposób zagwarantowania mu możliwości korzystania z podstawowych praw przysługujących konsumentom usług internetowych w społeczeństwie informacyjnych, tj. prawa dostępu do informacji oraz prawa do ich rozpowszechniania. Rozporządzenie duży nacisk kładzie również na prawo do prywatności użytkowników Internetu, wykluczając dopuszczalność stosowania narzędzi zarządzania ruchem umożliwiających monitorowanie konkretnych treści przesyłanych przez użytkownika (por. art. 3 ust. 3 akapit 2 rozporządzenia 2015/2120, motyw 10). W razie wątpliwości co do treści rozporządzenia jego postanowienia należy interpretować przez pryzmat ww. założeń.

¹⁹ W dyrektywie 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.3.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.Urz. UE L Nr 108, s. 33) w 2009 r. wprowadzono art. 8 ust. 4 lit. g przewidujący dla krajowego organu regulacyjnego obowiązek wspierania zdolności użytkowników do dostępu do informacji oraz ich rozpowszechniania lub korzystania z dowolnych aplikacji i usług.

²⁰ Por. S. Piątek, Nowe warunki prawne świadczenia usług dostępu do Internetu, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2016, Nr 6(5), s. 55.

²¹ C.T. Marsden, Network neutrality: a research guide, [w:] I. Brown, Research Handbook on Governance of the Internet, Northampton 2013, s. 434.

Główne postanowienia rozporządzenia

Rozporządzenie 2015/2120 w art. 3 wdraża w praktyce zasadę neutralności sieci oraz zawiera katalog dodatkowych (w stosunku do już przewidzianych dyrektywą 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.3.2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników²²) elementów umowy obejmującej usługę dostępu do Internetu, wymienionych w art. 4 ust. 1. Rozporządzenie przewiduje również uszczelnienie przysługujących konsumentom środków ochrony prawnej przez wskazanie wprost, że stałe lub regularnie powtarzające się istotne rozbieżności pomiędzy faktycznym wykonaniem usługi dostępu do Internetu pod względem prędkości lub innych parametrów jakości usługi a wykonaniem opisanym przez ISP w umowie – w przypadku gdy odnośne fakty zostały ustalone przy pomocy mechanizmu monitorowania certyfikowanego przez krajowy organ regulacyjny – są uznawane za nienależyte wykonanie do celów uruchomienia środków ochrony prawnej przysługujących konsumentowi zgodnie z prawem krajowym (art. 4 ust. 5). Na tle usług dostępu do Internetu rozporządzenie 2015/2120 wyodrębnia także ich nowy rodzaj – usługi specjalistyczne (art. 3 ust. 5).

Rozporządzenie 2015/2120 nie zmienia więc w istotny sposób modelu, w jakim obecnie są oferowane konsumentom usługi dostępu do Internetu. W dalszym ciągu możliwe jest oferowanie przez ISP usług internetowych o różnych szybkościach czy o różnych wielkościach transferu (limitów danych). Artykuł 3 ust. 2 rozporządzenia 2015/2120 nie zakazuje tego rodzaju praktyk rynkowych, o ile nie naruszają praw użytkowników końcowych. Na inne praktyki dopuszczalne w świetle rozporządzenia wskazują wytyczne BEREC, zgodnie z którymi akceptowalne jest oferowanie przez dostawców usług specjalnych pakietów danych, np. nocnych czy weekendowych, a także sprzedaż dodatkowych pakietów danych po wyczerpaniu pakietu danych w ramach umowy²³. Wydaje się, że rozporządzenie nie stoi również na przeszkodzie rozwiązaniu, w ramach którego po osiągnięciu przez użytkownika określonego pułapu konsumpcji danych spada szybkość transmisji danych (zastosowanie znajduje tzw. lejek).

1. Zakaz stosowania środków zarządzania ruchem innych niż odpowiednie

Zasada neutralności sieci jest realizowana w rozporządzeniu 2015/2120 poprzez wprowadzenie zakazu stosowania przez dostawców usług internetowych środków zarządzania ruchem innych niż odpowiednie (art. 3 ust. 3 akapit 2). Aby te rozwiązania technologiczne mogły być uznane za odpo-

wiednie, muszą być one przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne oraz nie mogą być podyktowane względami handlowymi, lecz mają się opierać na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu. Środki takie nie obejmują monitorowania konkretnych treści i nie mogą być utrzymywane dłużej, niż jest to konieczne.

Rozporządzenie 2015/2120 nie określa zatem absolutnego zakazu stosowania narzędzi zarządzania ruchem, określając jedynie przesłanki, które muszą być spełnione przez takie środki, o ile mają one być uznane za dopuszczalne w świetle tego aktu prawnego. Pierwsze trzy przesłanki mają utrwalone znaczenie w legislacji unijnej i nie budzą większych wątpliwości interpretacyjnych.

Wymóg przejrzystości przekłada się na obowiązek jasnego informowania przez dostawców usług o stosowanych narzędziach zarządzania ruchem oraz rządzących nimi zasadach (w tym zakresie komplementarne postanowienia zawiera art. 4 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120 nakładający na ISP obszerne obowiązki informacyjne). Niedyskryminowanie stanowi sedno zasady neutralności sieci i dotyczy zakazu różnicowania transmisji danych ze względu na okoliczności związane z użytkownikiem, tj. nadawcą lub odbiorcą przekazu (w tym również jego lokalizacją), treścią przekazu, wykorzystywanymi aplikacjami, usługami lub urządzeniami końcowymi (por. art. 3 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120). Wszelkie różnicowanie w sposobie traktowania transmisji danych powinno bowiem bazować na obiektywnych różnicach w przynależności do określonych kategorii ruchu. Co istotne w tym kontekście, zgodnie ze stanowiskiem BEREC²⁴ za wystarczającą podstawę do różnicowania transmisji danych nie można uznać samego faktu szyfrowania transmisji. Działania proporcjonalne to natomiast takie, które są podejmowane w uzasadnionym celu. Motyw 9 rozporządzenia 2015/2120 określa je jako wspieranie efektywnego wykorzystywania zasobów sieciowych i optymalizacji ogólnej jakości transmisji. Działania te muszą być niezbędne i odpowiednie do osiągnięcia tego celu²⁵.

Zgodnie z czwartą przesłanką dopuszczalne zarządzanie ruchem w sieci musi znajdować oparcie w obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu, a jednocześnie nie może być podyktowane względami handlowymi, a więc nie może zmierzać do generowania dodatkowego zysku dla dostawcy usług. Kategorie ruchu, zgodnie z wytycznymi BEREC, należy oceniać według wymogów ja-

²² Dz.Urz. UE L Nr 108, s. 51.

²³ BEREC. Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules, BoR (16) 127, pkt 35.

²⁴ *Ibidem*, pkt 60.

²⁵ *Ibidem*, pkt 61.

kościowych²⁶ dla poszczególnych rodzajów ruchu²⁷. Sama przynależność do określonej kategorii ruchu (np. transmisji P2P lub VoIP) nie jest wystarczającym uzasadnieniem do traktowania danego rodzaju transmisji w inny sposób. Konieczne jest bowiem spełnienie wszystkich omówionych powyżej przesłanek.

Rozporządzenie 2015/2120 określa również dwa dodatkowe wymogi dla odpowiednich narzędzi zarządzania ruchem – środki takie nie obejmują monitorowania konkretnych treści i nie mogą być utrzymywane dłużej, niż jest to konieczne (art. 3 ust. 3 akapit 2). Określając ww. ograniczenie czasowe, ustawodawca unijny przesądza więc o wyjątkowym charakterze narzędzi zarządzania ruchem, które nie powinny być stosowane w sposób ciągły. Przepis ten podkreśla także nadrzędność prywatności użytkownika nad potrzebą optymalizacji funkcjonowania sieci.

Rozporządzenie 2015/2120 dopuszcza jednak sytuacje, w których stosowanie odpowiednich środków zarządzania ruchem może się okazać niewystarczające dla zapewnienia ciągłego i bezpiecznego funkcjonowania sieci. W art. 3 ust. 3 lit. a–c przewidziane są mianowicie trzy sytuacje, w których dopuszczalne jest zastosowanie bardziej restrykcyjnych od ww. narzędzi zarządzania ruchem, aby:

- a) zapewnić zgodność z aktami prawodawczymi Unii lub zgodnymi z prawem Unii przepisami prawa krajowego, którym podlega dostawca usług dostępu do Internetu, lub ze zgodnymi z prawem Unii środkami służącymi wykonaniu takich aktów prawodawczych Unii lub przepisów krajowych, w tym z orzeczeniami sądowymi lub decyzjami organów publicznych dysponujących odpowiednimi uprawnieniami;
- b) utrzymać integralność i bezpieczeństwo sieci, usług świadczonych za pośrednictwem sieci oraz urządzeń końcowych użytkowników końcowych;
- c) zapobiec grożącym przeciążeniom sieci oraz złagodzić skutki wyjątkowego lub tymczasowego przeciążenia sieci, o ile równoważne rodzaje transferu danych są traktowane równo.

Katalog wyjątków przewiduje zatem możliwość stosowania „nieodpowiednich” środków zarządzania ruchem obejmujących np. blokowanie, spowalnianie, zmianę, ograniczanie, pogarszanie jakości czy faworyzowanie określonych treści, aplikacji lub usług, lub szczególnych ich kategorii, jak również ingerowanie w nie. Wymienione wyjątkowe narzędzia nie wyczerpują jednak wszystkich działań, które w jednej z sytuacji określonych w art. 3 ust. 3 lit. a–c rozporządzenia 2015/2120 mogą zostać podjęte przez dostawców usług. W zakresie objętym ww. wyjątkami będą się bowiem mieścić wszystkie środki zarządzania ruchem, które spełniają określone w tym przepisie warunki.

Mając na uwadze treść motywu 11, wymienione wyjątki należy interpretować w sposób ścisły, z poszanowaniem

wymogów proporcjonalności. Jako niedopuszczalne należy zatem uznać wszelkie przypadki ich rozszerzającej wykładni. Zastosowanie ww. wyjątków jest możliwe tylko w razie konieczności i jedynie przez ograniczony czas (por. art. 3 ust. 3 akapit 3 rozporządzenia 2015/2120, motyw 12).

W ramach pierwszego wyjątku rozporządzenie 2015/2120 nie określa, jakie treści dostępne w Internecie – pod kątem ich rodzaju czy charakteru – powinny być uznawane za bezprawne, podkreślając w tym zakresie kompetencje posiadane przez państwa członkowskie (por. art. 3 ust. 1 akapit 2). W praktyce narzędzia objęte pierwszym wyjątkiem wykorzystuje się w wielu celach – rozpoczynając od walki z pornografią, kończąc na zwalczaniu naruszeń praw autorskich. Aby narzędzia takie były efektywne, w wielu przypadkach muszą mieć one możliwość przeprowadzenia analizy treści transmitowanych danych, wpływając w ten sposób na prywatność użytkowników Internetu.

Drugi z wyjątków od nakazu stosowania odpowiednich narzędzi zarządzania ruchem obejmuje konieczność zapewnienia integralności i bezpieczeństwa sieci. Wyjątek ten jest sformułowany w sposób bardzo ogólny, co nie pozwala na precyzyjne określenie zachowań dopuszczalnych na jego gruncie. Rozporządzenie 2015/2120 w szczególności nie zawiera definicji integralności czy bezpieczeństwa sieci. Z motywu 14 można wywieść jedynie, że zagrożenia dla integralności i bezpieczeństwa sieci obejmują m.in. cyberataki przeprowadzane poprzez rozpowszechnianie złośliwego oprogramowania lub kradzież tożsamości użytkowników końcowych dokonywaną przy użyciu programów szpiegujących. W wytycznych BEREC wskazano typowe zagrożenia, które mogą być objęte wyjątkiem ustanowionym w art. 3 ust. 3 lit. b rozporządzenia 2015/2120 (np. ataki hakerskie na poszczególne elementy sieci, dystrybucja złośliwego oprogramowania), a także typowe sposoby radzenia sobie z takimi sytuacjami przez dostawców usług (np. blokowanie adresów IP będących źródłem ataków, blokowanie określonych portów)²⁸. Wytyczne wskazują również na możliwość korzystania przez ISP w ramach tego wyjątku z ciągłego (pracującego w tle) systemu monitorowania ruchu²⁹. Ani rozporządzenie 2015/2120, ani wytyczne BEREC nie precyzują, w jakiej sytuacji można mówić o zagrożeniu dla bezpieczeństwa całej sieci, tj. ilu użytkowników musi być dotkniętych zagrożeniem, jak poważne musi ono być itp. Tym samym dostawcom usług pozostawiona jest pewna swoboda co do sposobu zapewnienia bezpieczeństwa we własnej sieci. Zasada konieczności na gruncie tego wyjątku

²⁶ Parametry wpływające na jakość transmisji danych obejmują m.in. opóźnienie, wahania opóźnienia, utratę pakietów i przepustowość (por. motyw 9 rozporządzenia 2015/2120).

²⁷ BEREC. Guidelines..., pkt 62.

²⁸ *Ibidem*, pkt 84.

²⁹ *Ibidem*, pkt 85.

wymaga jednak, aby – o ile to możliwe – eliminowanie zagrożenia następowało przez zastosowanie mniej uciążliwego dla użytkownika narzędzia zarządzania ruchem (np. spowolnienie ruchu zamiast jego zablokowania).

Trzeci wyjątek (art. 3 ust. 3 lit. c rozporządzenia 2015/2120) odnosi się do przeciążeń sieci, którym ISP mogą zapobiegać lub których skutki mogą ograniczać. Przeciążenia, których skutki ISP mogą łagodzić, mają być wyjątkowe i tymczasowe, a zatem nie powinny wynikać ze sposobu, w jaki sieć została zaprojektowana. Przepis ten nie może być bowiem traktowany jako sposób na radzenie sobie przez dostawców usług z deficytem przepustowości sieci wynikającym z ograniczeń związanych z architekturą sieci czy architekturą świadczonych usług. Choć art. 3 ust. 3 lit. c rozporządzenia 2015/2120 nie wskazuje wprost, iż przeciążenia, którym dostawcy usług mogą zapobiegać, również powinny mieć wyjątkowy lub tymczasowy charakter, nie ulega wątpliwości, że taka ma być wykładnia tego przepisu. Jeśli bowiem dostawcy usług w sytuacji wystąpienia przeciążenia mogą podejmować nadzwyczajne działania, jedynie jeżeli przeciążenie ma wyjątkowy lub tymczasowy charakter, to tym bardziej w sytuacji poprzedzającej wystąpienie przeciążenia podejmowanie działań wykraczających poza odpowiednie powinno być dopuszczalne jedynie, o ile przeciążenie ma wyjątkowy charakter.

Podobnie jak w poprzednim przypadku i w tym brak jest definicji przeciążenia sieci w art. 3 ust. 3 lit. c rozporządzenia 2015/2120. Odpowiedzi w tym zakresie dostarcza jednak motyw 15 omawianego aktu prawnego, zgodnie z którym: „Przez tymczasowe przeciążenia należy rozumieć konkretne krótkotrwałe sytuacje, w których nagły wzrost liczby użytkowników w stosunku do liczby użytkowników regularnych lub nagły wzrost zapotrzebowania na określone treści, aplikacje lub usługi, może doprowadzić do przekroczenia zdolności przesyłowej niektórych elementów sieci (...). Tymczasowe przeciążenia mogłyby pojawić się szczególnie w sieciach ruchomych (...). Chociaż takie tymczasowe przeciążenia w niektórych punktach sieci mogą być przewidywalne – a zatem nie można ich uznawać za wyjątkowe – mogą one nie zdarzać się na tyle często lub trwać tak długo, aby zwiększenie przepustowości było ekonomicznie uzasadnione. Przez wyjątkowe przeciążenie należy rozumieć nieprzewidziane i nieuniknione przypadki przeciążenia zarówno w sieciach ruchomych, jak i stacjonarnych. Możliwe przyczyny takich sytuacji obejmują awarie techniczne, takie jak przerwania w świadczeniu usługi z powodu uszkodzenia kabla lub innych elementów infrastruktury, nieplanowane zmiany w routingu danych lub duży wzrost transmisji danych w sieci ze względu na sytuacje nadzwyczajne lub inne okoliczności poza kontrolą ISP”. W zakresie, w jakim art. 3 ust. 3 lit. c rozporządzenia 2015/2120 odnosi się do groźących przeciążeń sieci, którym dostawcy usług do Internetu mogą

zapobiegać z wykorzystaniem środków zarządzania ruchem wykraczających poza odpowiednie, motyw 15 wskazuje jedynie, że przeciążenia takie powinny być nieuchronne.

Należy podkreślić, że wyjątek ten nie pozwala na nierówne traktowanie równoważnych rodzajów ruchu, a więc np. na blokowanie aplikacji konkretnych producentów. Podobnie jak w przypadku poprzedniego wyjątku, i na gruncie art. 3 ust. 3 lit. c rozporządzenia 2015/2120 dostawcy usług powinni stosować rozwiązania jak najmniej uciążliwe dla użytkowników, tak długo jak pozwalają one na osiągnięcie zakładanego celu (zapobieżeniu groźącemu przeciążeniu sieci lub usunięciu jego skutków).

2. Świadczenie usług specjalistycznych

Zgodnie z art. 3 ust. 5 rozporządzenia 2015/2120 dostawcy łączności elektronicznej dla ludności, w tym dostawcy usług dostępu do Internetu oraz dostawcy treści, aplikacji i usług, mają swobodę oferowania usług niebędących usługami dostępu do Internetu (tzw. usługi specjalistyczne), które są zoptymalizowane dla określonych treści, aplikacji lub usług, lub ich połączenia, w przypadku gdy optymalizacja jest niezbędna do spełnienia wymogów określonego poziomu jakości treści, aplikacji lub usług. Oferowanie takich usług lub pośredniczenie w tym jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku, gdy przepustowość sieci jest wystarczająca do świadczenia tych usług, oprócz ewentualnie świadczonych usług dostępu do Internetu. Usługi te nie mogą być oferowane ani wykorzystywane jako substytut usług dostępu do Internetu oraz nie mogą ograniczać dostępności lub wpływać negatywnie na ogólną jakość usług dostępu do Internetu dla użytkowników końcowych.

Stosownie do motywu 16 rozporządzenia ze strony dostawców treści, aplikacji i usług istnieje zapotrzebowanie na możliwość świadczenia usług łączności elektronicznej innych niż usługi dostępu do Internetu, w przypadku których niezbędne są określone (wyższe) poziomy ich jakości. Usługi specjalistyczne to usługi, które muszą być świadczone na określonym poziomie jakości usługi transmisyjnej, jakiego nie można zapewnić przy pomocy standardowej usługi niegwarantowanego dostarczania danych (transmisja na zasadzie najlepszego starania – best effort delivery).

Dostawcy usług specjalistycznych mają swobodę ich oferowania tylko wtedy, gdy spełnione są następujące wymagania wynikające z art. 3 ust. 5 rozporządzenia 2015/2120, a opisane szczegółowo w wytycznych BEREC (pkt 101–127):

- 1) Są one odrębną kategorią usług niż usługi dostępu do Internetu.
- 2) Są one zoptymalizowane dla konkretnych treści, aplikacji lub usług bądź ich kombinacji. Przy analizie zagadnienia optymalizacji jakości zasadnicze znaczenie ma nie tyle

bezwzględna różnica między jakością usługi dostępowej a jakością usługi wyspecjalizowanej, ile optymalizacja poziomu jakości, która powinna być dostosowana do świadczonej konkretnej treści, usługi lub aplikacji i jednocześnie wyższa niż jakość możliwa do osiągnięcia w ramach usługi dostępu do Internetu w danej sieci.

- 3) Optymalizacja jest obiektywnie niezbędna i konieczna w celu spełnienia wymagań dla określonego poziomu jakości świadczenia określonej treści, aplikacji lub usługi. Przy świadczeniu usług specjalistycznych dostawcy tych usług są zobowiązani do doprecyzowania ad casu „określonego poziomu jakości”, czyli parametrów usługi, takich jak np. prędkość, opóźnienie, utrata pakietów, wykazując, że dany poziom jakości nie może zostać obiektywnie zapewniony w ramach usługi dostępu do Internetu oraz że wymogi jakości są obiektywnie niezbędne dla zapewnienia jednej lub więcej kluczowych cech danej aplikacji lub usługi. Innymi słowy, optymalizacja oznacza ustanowienie parametrów usługi dostosowanych do dostarczania określonej treści, aplikacji lub usługi, a które to parametry są niemożliwe do zagwarantowania na odpowiednim poziomie w ramach usługi dostępu do Internetu.
- 4) Ich świadczenie jest dopuszczalne, w wypadku gdy przepustowość sieci jest wystarczająca do świadczenia usługi specjalistycznej oprócz jakiegokolwiek świadczonej usługi dostępu do Internetu, tak aby jakość usługi dostępu do Internetu nie ulegała pogorszeniu w wyniku dodania usług specjalistycznych (np. na skutek zwiększonego opóźnienia). Zarówno w krótkim, jak i w długim okresie usługi specjalistyczne nie powinny prowadzić do pogorszenia ogólnej jakości usługi dostępu do Internetu dla użytkowników końcowych.
- 5) Usługi specjalistyczne nie mogą być wykorzystane ani oferowane zamiast usługi dostępu do Internetu. Przepisy dotyczące usług specjalistycznych nie powinny służyć do obchodzenia regulacji rozporządzenia dotyczących dostępności i ogólnej jakości usługi dostępu do Internetu, a usługa specjalistyczna nie może być wykorzystywana jako substytut usługi dostępowej.
- 6) Usługi specjalistyczne nie mogą powodować uszczerbku dla dostępności lub ogólnej jakości usługi dostępu do Internetu dla użytkowników końcowych. Zasadniczym bowiem celem rozporządzenia jest zapewnienie nieprzerwanej dostępności i ogólnej jakości usługi dostępu do Internetu według jak najlepszych starań (best effort service). Usługi specjalistyczne nie są dopuszczalne, jeśli powodują szkodę dla dostępności i ogólnej jakości usługi dostępu do Internetu.

Gdy świadczenie usługi specjalistycznej równoległe do usługi dostępu do Internetu bez szkody dla drugiej z nich jest technicznie niemożliwe, krajowe organy regulacyjne nie

powinny uznawać takiego konkurowania o przepustowość za naruszenie art. 3 ust. 5 rozporządzenia 2015/2120 akapit drugi, o ile użytkownik końcowy jest informowany zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c rozporządzenia o oddziaływaniu na jego usługę dostępu do Internetu oraz może nadal uzyskiwać uzgodnione w umowie prędkości dla dowolnej usługi dostępu do Internetu³⁰.

3. Obowiązki informacyjne dostawców usług dostępu do Internetu

Jako dopełnienie zakazu stosowania przez dostawców usług dostępu do Internetu środków zarządzania ruchem innych niż odpowiednie rozporządzenie 2015/2120 w art. 4 ust. 1 nakłada na nich wiele obowiązków informacyjnych w zakresie stosowanych środków zarządzania ruchem oraz innych parametrów wpływających na jakość usługi. Obowiązki te muszą być spełnione zarówno w stosunku do umów zawartych po wejściu w życie rozporządzenia, jak i obowiązujących w momencie jego wejścia w życie, które w tym zakresie powinny być zostać przez dostawców usług zmienione. Nie ma znaczenia, czy usługi dostępu do Internetu są jedynymi usługami telekomunikacyjnymi świadczonymi w ramach umowy, czy też ISP świadczy w ramach tej samej umowy inne usługi (usługi telefonii komórkowej lub stacjonarnej, usługi dostępu do telewizji). Wynika to z brzmienia art. 4 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120, w którym ustawodawca unijny wskazuje, że obowiązki informacyjne dotyczą każdej umowy, która obejmuje usługę dostępu do Internetu. Dodatkowo informacje o parametrach usług świadczonych przez konkretnych dostawców usług dostępu do Internetu oraz stosowanych przez nich narzędziach zarządzania ruchem powinny być również przez dostawców usług publikowane. W tym zakresie, choć wymóg taki nie może być wywiedziony z rozporządzenia 2015/2120, uzasadnionym oczekiwaniem byłoby publikowanie przez ISP tego rodzaju informacji na ich stronach internetowych.

W art. 4 ust. 1 lit a–e rozporządzenia 2015/2120 wprowadza się kategorie informacji, które dostawcy usług muszą zawrzeć w umowach ze swoimi abonentami³¹. I tak, ISP muszą informować abonentów usług dostępu do Internetu o:

- a) sposobie, w jaki środki zarządzania ruchem stosowane przez danego dostawcę mogłyby wpłynąć na jakość usług dostępu do Internetu, prywatność użytkowników końcowych i ochronę ich danych osobowych;
- b) sposobie, w jaki limity ilości danych, prędkość oraz inne parametry jakości usług mogą w praktyce wpłynąć na

³⁰ *Ibidem*, pkt 122.

³¹ Biorąc pod uwagę, że rozporządzenie odnosi się do świadczenia usługi dostępu do Internetu w oparciu o umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych, której stronami są przedsiębiorca telekomunikacyjny i abonent, w niniejszej publikacji pojęcia użytkownika końcowego i abonenta traktowane są jako synonimiczne.

usługi dostępu do Internetu, a w szczególności na korzystanie z treści, aplikacji i usług;

- c) sposobie, w jaki usługi specjalistyczne, z których korzysta użytkownik końcowy, mogłyby w praktyce wpłynąć na usługi dostępu do Internetu świadczone na rzecz tego użytkownika końcowego;
- d) minimalnych, zwykle dostępnych, maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych w ramach usług dostępu do Internetu – w przypadku sieci stacjonarnych – lub szacunkowych maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych w ramach usług dostępu do Internetu – w przypadku sieci ruchomych – oraz o sposobie, w jaki znaczne odstępstwa od odpowiednich deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych mogłyby wpływać na korzystanie przez użytkowników końcowych z jego praw do dostępu do informacji i ich rozpowszechniania;
- e) środkach ochrony prawnej przysługujących konsumentowi zgodnie z prawem krajowym w przypadku jakichkolwiek stałych lub regularnie powtarzających się rozbieżności pomiędzy faktycznym wykonaniem usługi dostępu do Internetu pod względem prędkości lub innych parametrów jakości usługi a wykonaniem opisanym zgodnie z lit. a–d.

Redakcja art. 4 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120 prezentuje pewną niespójność terminologiczną. Ustawodawca unijny (lit. a) posługuje się bowiem pojęciem informacja, w pozostałej części tego przepisu zobowiązując natomiast dostawców usług do przekazywania użytkownikom „jasnych i zrozumiałych wyjaśnień”. Wydaje się, że przyjęte rozbieżności terminologiczne nie wynikają jednak z różnicy co do stopnia „jasności” przekazywanych konsumentom informacji – w tym zakresie w motywie 18 jednoznacznie wskazano, że przekazywane konsumentom informacje o świadczonych usługach powinny być jasne – lecz ze stopnia szczegółowości i skuteczności przekazywania informacji. Posłużenie się sformułowaniem „wyjaśnienie” zakłada bowiem po stronie odbiorcy osiągnięcie skutku w postaci „zrozumienia” przekazywanych informacji (a przynajmniej dążenie do osiągnięcia takiego skutku), co może wymagać ze strony dostawców usług większej dbałości o praktyczne przedstawienie omawianych zagadnień.

Również wytyczne BEREC wskazują, że wszystkie informacje przewidziane w art. 4 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120 powinny spełniać kryterium jasności i zrozumiałości. Przy ocenie spełnienia ww. przesłanki powinno się uwzględniać w szczególności następujące okoliczności: dostępność i łatwość identyfikacji informacji dla użytkownika, jej dokładność i aktualność, jednoznaczność i relewantność, możliwość ewentualnego wprowadzenia użytkownika

w błąd na jej podstawie, a także możliwość jej porównania z innymi tego rodzaju informacjami³².

W zakresie obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 4 ust. 1 lit. a rozporządzenia 2015/2120 mieści się wskazanie w umowach abonenckich stosowanych konkretnych narzędzi zarządzania ruchem (niewystarczający będzie tu podział na środki odpowiednie i wyjątkowe) oraz zawarcia w nich informacji o okolicznościach ich stosowania. Zgodnie z wytycznymi BEREC wpływ na jakość usług powinien zostać określony w ogólności oraz w odniesieniu do poszczególnych aplikacji, przy użyciu praktycznych przykładów³³. W omawianym przepisie po raz kolejny podkreśla się znaczenie prywatności użytkowników końcowych i ochrony ich danych osobowych, zobowiązując ISP do przekazywania informacji o tym, w jaki sposób stosowane narzędzia wykorzystują dane użytkowników. W treści umowy powinny być zatem wskazane konkretne narzędzia, które wykorzystują dane użytkowników, oraz konkretne dane, które są wykorzystywane. Podkreślenia wymaga, że informacje te powinny obejmować nie tylko dane osobowe, lecz także inne dane, które nie spełniają przesłanek danych osobowych, lecz które stanowią dane prywatne użytkowników (np. odwiedzane strony internetowe).

Z punktu widzenia użytkowników końcowych usług dostępu do Internetu najistotniejszym parametrem determinującym jakość usługi jest szybkość transmisji danych. W celu określenia innych istotnych parametrów usługi należy się odwołać do motywu 9 rozporządzenia, który wśród ww. parametrów wymienia: opóźnienie, wahania opóźnień, utratę pakietów i przepustowość. W ramach obowiązków wynikających z art. 4 ust. 1 lit. b rozporządzenia 2015/2120 dostawcy usług oprócz szybkości powinni więc informować użytkowników końcowych co najmniej o wpływie ww. parametrów na usługi dostępu do Internetu. Wyjaśnienia te powinny być osadzone w praktycznym kontekście, tj. w odniesieniu do możliwości korzystania ze skonkretyzowanych treści, aplikacji i usług. Przepisu tego nie należy rozumieć jako obowiązku odniesienia się do konkretnych dostępnych na rynku produktów (wymienienia ich z nazwy), lecz jako konieczność wskazania grup produktów lub usług (obejmujących np. komunikatory internetowe, streaming multimedialny). W odniesieniu do limitu danych umowa powinna jednoznacznie wskazywać jego wielkość oraz konsekwencję jego wyczerpania (np. spadek szybkości transmisji). Wytyczne BEREC wskazują dodatkowo, że umowa powinna również określać szacunkowy czas korzystania z popularnych rodzajów usług, który prowadzi do wyczerpania limitu danych³⁴.

³² BEREC. Guidelines..., pkt 128–130.

³³ *Ibidem*, pkt 136.

³⁴ *Ibidem*, pkt 138.

Obowiązki informacyjne przewidziane w art. 4 ust. 1 lit. c rozporządzenia 2015/2120 dotyczą usług specjalistycznych. Tym samym do ich przekazania zobowiązani będą jedynie ci dostawcy usług, którzy będą świadczyć takie usługi. Podobnie jak w przypadku informacji objętych lit. a i b, także informacje dotyczące usług specjalistycznych powinny mieć praktyczny kontekst. Ich kluczowe znaczenie z perspektywy indywidualnego użytkownika wiąże się z przekazaniem mu jasnej i zrozumiałej informacji o wpływie świadczonej mu usługi specjalistycznej na usługę dostępu do Internetu, z której ten użytkownik korzysta. Jest to bowiem swojego rodzaju wyjątek od ogólnej zasady wynikającej z art. 3 ust. 5 rozporządzenia 2015/2120, zgodnie z którą usługi specjalistyczne nie powodują uszczerbku dla dostępności lub ogólnej jakości usługi dostępu do Internetu dla użytkowników końcowych.

Kluczowe z punktu widzenia użytkowników końcowych obowiązki przewidziane zostały w art. 4 ust. 1 lit. d rozporządzenia 2015/2120. Omawiany przepis wprowadza szczegółowe rodzaje prędkości transmisji danych (deklarowaną, zwykle dostępną, maksymalną i minimalną), nieprzewidziane dotychczas w legislacji regulującej usługi dostępu do Internetu. Rozporządzenie uzależnia jednak zakres obowiązków informacyjnych przewidzianych przepisem od rodzaju świadczonych usług – stacjonarnych lub mobilnych.

W obu przypadkach dostawcy usług powinni podawać zarówno szybkości wysyłania, jak i pobierania danych (w bitach na sekundę, np. Mb/s). Zgodnie ze stanowiskiem BEREC należy również wskazywać, jakie czynniki, zależne i niezależne od dostawcy usług, mogą mieć wpływ na szybkość transmisji danych³⁵. Informacje dotyczące poszczególnych rodzajów szybkości dostępnych użytkownikom końcowym będą jednak bardziej szczegółowe w przypadku usług stacjonarnych niż mobilnych. Dostawcy usług stacjonarnych powinni bowiem określać w umowach wszystkie rodzaje prędkości, natomiast dostawcy usług mobilnych mogą się ograniczyć jedynie do szacunkowych prędkości maksymalnych i deklarowanych.

Rozporządzenie 2015/2120 w preambule zawiera jedynie definicję zwykle dostępnej prędkości, przez którą należy rozumieć – zgodnie z motywem 18 – szybkość, jakiej użytkownik końcowy może oczekiwać w większości przypadków podczas korzystania z usługi. Większość przypadków należy przy tym rozumieć w sposób uwzględniający typowe obciążenie sieci. Za niedopuszczalną na gruncie rozporządzenia należałoby uznać interpretację, zgodnie z którą szybkość zwykle dostępna jest dla użytkownika dostępna jedynie poza godzinami szczytu.

Jednocześnie w tym samym motywie wskazuje się, że ISP powinni być w stanie faktycznie zapewnić szybkość wskazaną w umowie. Tym samym należy przyjąć, że nie tylko

szybkość minimalna, lecz także maksymalna powinna być dla konsumenta osiągalna. Wymogi te są doprecyzowane w wytycznych BEREC, z których wynika, że możliwość osiągnięcia szybkości maksymalnej w przypadku sieci stacjonarnych powinna występować regularnie (np. raz dziennie). W przypadku sieci ruchowych „szacunkowość” prędkości maksymalnej należy odczytywać w ten sposób, że powinna być dla użytkownika realnie osiągalna przy sprzyjających warunkach świadczenia usługi (występujących jednak w rzeczywistości), tym niemniej bez wymogu osiągania jej w sposób regularny. Szybkość minimalna stanowi natomiast granicę należytego wykonywania zobowiązania przez ISP. Szybkość transmisji danych przy normalnym świadczeniu usług (wymóg zapewnienia minimalnej szybkości nie dotyczy bowiem sytuacji, w których następuje przerwa w świadczeniu usług) nie powinna bowiem spaść poniżej tej granicy.

Wytyczne BEREC wskazują na możliwość procentowego powiązania przez krajowe organy regulacyjne wartości szybkości minimalnej i maksymalnej, a także zwykle dostępnej (np. możliwe byłoby przyjęcie, że szybkość minimalna nie może stanowić mniej niż 50% szybkości maksymalnej, prędkość zwykle dostępna nie powinna zaś spadać poniżej 75% szybkości maksymalnej)³⁶.

Prędkość deklarowaną należy natomiast interpretować w odniesieniu do wszelkich przekazów marketingowych wykorzystywanych przez ISP (reklama telewizyjna, treści dostępne na stronie internetowej dostawcy usług, nazwa oferty). Rozporządzenie 2015/2120 w żaden sposób nie obciąża jednak dostawców usług do podawania szybkości w komunikacji marketingowej. Tym samym obowiązek informacyjny w zakresie prędkości deklarowanej aktualizuje się jedynie w sytuacji, w której dostawca wykorzystuje dane dotyczące szybkości np. w reklamie. Choć rozporządzenie wprost tego nie wskazuje, szybkość deklarowana nie powinna przekraczać maksymalnej. Tego rodzaju działania mogłyby zostać uznane za wprowadzające w błąd na gruncie ustawy z 23.8.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym³⁷.

Dodatkowo zarówno dostawcy usług stacjonarnych, jak i ruchomych mają obowiązek informować konsumentów o sposobie, w jaki znaczne odstępstwa od odpowiednich deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych mogłyby wpływać na korzystanie przez użytkowników końcowych z jego praw do dostępu do informacji i ich rozpowszechniania. Również w tym wypadku informacja powinna być dla konsumenta użyteczna, a zatem odnosić się do konkretnych nieprawidłowości przy korzystaniu z Internetu (np. długie oczekiwanie na załadowanie się treści

³⁵ *Ibidem*, pkt 141.

³⁶ *Ibidem*, pkt 148.

³⁷ T.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 3 ze zm.

stron internetowych, zakłócenia przy streamingu multi-mediów itp.).

Informacje, do których przekazania zobowiązuje dostawców usług art. 4 ust. 1 lit. e rozporządzenia 2015/2120, obejmują wszelkie środki przysługujące użytkownikom będącym konsumentami na gruncie przepisów krajowych (w polskim prawie w przypadku niewykonania usługi lub nienależytego wykonania usługi będą to środki przewidziane na gruncie prawa cywilnego oraz prawa telekomunikacyjnego, m.in. odszkodowanie, żądanie wykonania umowy, wypowiedzenie umowy, odstąpienie od umowy), włączając w to również polubowne sposoby rozwiązywania sporów. Przepis ten ma węższy zakres przedmiotowy niż wymienione w lit. a–d, ogranicza bowiem obowiązki dostawców usług jedynie do umów zawieranych z konsumentami.

Wykonując dyspozycję art. 4 ust. 1 lit. e rozporządzenia 2015/2120, stosownie do wytycznych BEREK³⁸, dostawca usług powinien również realizować dobre praktyki dotyczące procedur rozpatrywania skarg, takie jak m.in.:

- informowanie użytkowników końcowych o wdrożonych procedurach reklamacyjnych, w tym o zwykłym lub maksymalnym czasie, jaki zajmuje rozpatrzenie skargi;
- udostępnienie opisu sposobu rozpatrywania skargi;
- umożliwienie użytkownikom końcowym łatwego złożenia skargi przy pomocy różnych środków, w tym online;
- umożliwienie użytkownikowi zadawania pytań na temat statusu jego skargi w taki sam sposób, w jaki skarga została wniesiona;
- informowanie użytkowników o wyniku skargi w stosunkowo krótkim czasie, z uwzględnieniem złożoności danej sprawy.

Słabości rozporządzenia 2015/2120 z punktu widzenia konsumentów

Rozporządzenie 2015/2120, pomimo swojego prokonsumenckiego charakteru, nie odpowiada jednak w pełni na potrzeby konsumentów. Pierwsze słabości rozporządzenia ujawniają się już w jego warstwie językowej. Ustawodawca unijny posługuje się bowiem wieloma pojęciami nieostrymi czy sformułowaniami ocennymi, niekiedy odwołując się również do technicznych szczegółów związanych z funkcjonowaniem Internetu, których zrozumienie może wymagać posiadania pewnego poziomu wiedzy specjalistycznej. W rezultacie rozporządzeniu 2015/2120 można zarzucić nadmierny poziom ogólności. Brak precyzyjnego określenia zakresu obowiązków dostawców usług dostępu do Internetu prowadzi natomiast do powstania po ich stronie pewnej swobody w kształtowaniu swoich działań w zakresie objętym rozporządzeniem, a po stronie użytkowników – problem z oceną, jakie przysługują im uprawnienia.

Już samo pojęcie „odpowiednich” środków zarządzania ruchem może budzić wątpliwości interpretacyjne, które jedynie częściowo rozwiewają przesłanki, jakie spełniać muszą owe „odpowiednie” narzędzia (art. 3 ust. 3 akapit 2 rozporządzenia 2015/2120). Ingerencję dostawców w ruch w sieci należy oceniać przez pryzmat zasad proporcjonalności, przejrzystości czy zakazu dyskryminacji, a w przypadku środków wykraczających poza odpowiednie – pod kątem zasady konieczności. Zasady te podlegają doprecyzowaniu na gruncie orzecznictwa czy w świetle prac doktryny, co nie gwarantuje jednak jednoznacznego ich rozumienia, a dla konsumenta usług dostępu do Internetu wiąże się z dodatkową trudnością sięgnięcia do innych materiałów, które pozwalałyby mu ocenić zakres jego uprawnień względem dostawcy usług.

Przy określaniu wyjątków od zakazu stosowania środków zarządzania ruchem innych niż odpowiednie autorzy rozporządzenia posługują się pojęciami, które nie posiadają jednoznacznej definicji, takimi jak „integralność sieci” czy „groźące przeciążenia” (art. 3 ust. 3 lit. b–c rozporządzenia 2015/2120). W tym kontekście użytkownikowi niezbędne jest posiadanie pewnej wiedzy technicznej, która choćby w podstawowym zakresie pozwoliłaby mu na interpretację ww. pojęć i określenie, w jakich sytuacjach może spodziewać się pogorszenia jakości swoich usług. Jest to szczególnie problematyczne, jeśli wziąć pod uwagę, że w innym miejscu rozporządzenia 2015/2120 ustawodawca unijny wskazuje, że zawarte w umowie informacje dotyczące wpływu parametrów jakości usług na usługę dostępu do Internetu mają być „jasne i zrozumiałe” (art. 4 ust. 1 lit. b–d). W ten sposób to na dostawców usług przerzuca się prawo (i obowiązki) doprecyzowania w drodze umownej, jakie sytuacje będą uprawniały ich do zastosowania narzędzi zarządzania ruchem, w jaki sposób wpłyną one na poszczególne parametry usługi, a w konsekwencji na korzystanie z Internetu przez użytkownika. Samo bowiem skopiowanie do umowy przepisów rozporządzenia 2015/2120 nie będzie stanowiło dla konsumentów usług internetowych „jasnego i zrozumiałego” wyjaśnienia ww. kwestii.

Podobnie trudne do jednoznacznego zinterpretowania sformułowania pojawiają się w art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120, który przewiduje uszczelnienie ochrony prawnej przysługującej konsumentom. Zgodnie z rozporządzeniem dodatkowa ochrona prawna – która może obejmować nawet, w zależności od przyjętych rozwiązań krajowych, wypowiedzenie umowy bez konieczności ponoszenia przez abonenta konsekwencji finansowych z tym związanych czy wręcz za odszkodowaniem ze strony dostawcy usług – przysługuje użytkownikom Internetu w sytuacji występowania „stałych lub regularnie powtarzających się istotnych rozbieżności” pomiędzy faktycznym wykonaniem usługi

³⁸ *Ibidem*, pkt 159.

dostępu do Internetu w zakresie parametrów jej jakości a postanowieniami umowy³⁹. Jest to zatem nowy instrument ochrony prawnej dotyczący możliwości dowodzenia okoliczności nienależytego wykonania umowy za pomocą certyfikowanego mechanizmu monitorowania. Rozporządzenie 2015/2120 nie precyzuje jednak ani poziomu „istotności”, ani „regularności” odstępstw od poziomu jakości, które umożliwiają uznanie, że doszło do nienależytego wykonania umowy. Konsekwencją ogólnej redakcji omawianego przepisu będzie utrudnienie użytkownikom dochodzenia na jego podstawie roszczeń oraz pozostawienie ciężaru jego doprecyzowania orzecznictwu.

Kolejnym problemem z punktu widzenia użytkowników Internetu jest brak realnej, tj. dostępnej dla przeciętnego konsumenta niedysponującego specjalistyczną wiedzą technologiczną, możliwości weryfikacji czynności technicznych dokonywanych przez dostawców Internetu. W większości przypadków użytkownicy nie zdają sobie bowiem sprawy z tego, że są obiektem zarządzania ruchem, o ile praktyki te nie przyjmą ekstremalnej formy. Rozporządzenie wymienia wprost następujące możliwości: blokowanie, spowalnianie, zmianę, ograniczanie, pogarszanie jakości czy faworyzowanie określonych treści, aplikacji lub usług, lub szczególnych ich kategorii, jak również ingerowanie w nie. Użytkownicy mogą podejrzewać, że część ich ruchu jest blokowana, jeśli zupełnie nie mogą korzystać z określonego rodzaju transmisji. Również w przypadku dużego spowolnienia transmisji użytkownik dostrzeże problem, jednakże nie będzie w stanie określić, co jest powodem i źródłem nieprawidłowości. Użytkownik może podejrzewać, że za obserwowane przez niego zakłócenia w transmisji odpowiedzialny jest jej nadawca bądź producent oprogramowania (np. komunikatora głosowego). W wielu przypadkach użytkownicy nie mają jednak możliwości nawet zorientowania się, że ich dane podlegają ingerencji. Taka sytuacja będzie miała miejsce np. w przypadku monitorowania transmisji użytkownika pod kątem przesyłanych przez nich treści. Użytkownicy Internetu nie mają bowiem możliwości wykrycia, czy jest w stosunku do nich stosowana np. technologia głębokiej inspekcji pakietów lub inne rozwiązania, które pozwalają ISP na monitorowanie, na jakie strony internetowe wchodzi użytkownik, jakie dane pobiera z Internetu, a jakie udostępnia innym użytkownikom.

Pewne parametry jakości usługi dostępu do Internetu, przede wszystkim szybkość transmisji danych, są jednak dla użytkowników mierzalne⁴⁰. Przykładowo, dostępne za darmo w Internecie tzw. speed-testy dostarczają ich użytkownikom informacji o rzeczywistych możliwościach ich łącza w danym momencie dnia (w chwili wykonania pomiaru). Jest to istotne w kontekście ww. mechanizmu ochrony prawnej przewidzianego w art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120. Przepis ten uzależnia jednak możliwość

skorzystania z domniemania nienależytego wykonywania umowy od potwierdzenia nieprawidłowości przy pomocy mechanizmu monitorowania certyfikowanego przez NRA. Tym samym konsumenci, nawet jeśli mogą podejrzewać, że ich usługa dostępu do Internetu nie spełnia określonych parametrów jakości, a informacje te są potwierdzone przez publicznie dostępne narzędzia informatyczne, nie mogą liczyć na zastosowanie mechanizmu przewidzianego w art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120, o ile ich ustalenia nie zostaną potwierdzone przez mechanizm monitorowania certyfikowany przez krajowy organ regulacyjny. Rozwiązanie to, które co do kierunku – zapewniającego niezależną od ISP weryfikację poziomu jakości usług przez mechanizm, którego zasady funkcjonowania będą takie same dla całego rynku – ocenić należy pozytywnie, ma jednak pewne wady. Przede wszystkim nie zapewnia ono konsumentom należytej ochrony w sytuacji braku mechanizmu monitorowania, którego certyfikacja leży w wyłącznej gestii krajowych organów regulacyjnych. W praktyce NRA – w pewnym uproszczeniu – mają dwie możliwości w zakresie certyfikacji mechanizmu monitorowania. Mogą one bądź certyfikować mechanizm już istniejący i utrzymywany przez podmiot, który zagwarantuje prawidłowe jego funkcjonowanie, bądź utworzyć własny mechanizm (ewentualnie zlecić jego utworzenie podmiotowi trzeciemu). W pierwszym z ww. przypadków NRA są uzależnione od istnienia podmiotu trzeciego posiadającego mechanizm zdalny do realizacji zadań przewidzianych w art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120, którego działanie musiałoby zostać następnie zweryfikowane przez dany organ. W drugim przypadku krajowe organy regulacyjne musiałby posiadać odpowiednie zaplecze technologiczne umożliwiające stworzenie takiego mechanizmu. Oba rozwiązania wymagają czasu i można się spodziewać, że w początkowym okresie obowiązywania rozporządzenia mechanizmy takie nie będą dostępne we wszystkich państwach członkowskich⁴¹. W tej sytuacji uprawnienia przewidziane w rozporządze-

³⁹ Art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 przewiduje możliwość zakwalifikowania takiej sytuacji jako nienależyte wykonanie umowy. Przepis ten stanowi: „Wszelkie stałe lub regularnie powtarzające się istotne rozbieżności pomiędzy faktycznym wykonaniem usługi dostępu do Internetu pod względem prędkości lub innych parametrów jakości usługi, a wykonaniem opisanym przez dostawcę usług dostępu do Internetu zgodnie z ust. 1 lit. a)–d) – w przypadku gdy odnośne fakty zostały ustalone przy pomocy mechanizmu monitorowania certyfikowanego przez krajowy organ regulacyjny – uznawane są za nienależyte wykonanie do celów uruchomienia środków ochrony prawnej przysługujących konsumentowi zgodnie z prawem krajowym”.

⁴⁰ Szerzej o dostępnych produktach pozwalających na weryfikację zakresu zarządzania ruchem w raporcie przygotowanym na zlecenie brytyjskiego organu regulacyjnego OFCOM – A Study of Traffic Management Detection Methods & Tools, czerwiec 2013, https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0024/71682/traffic-management-detection.pdf (dostęp z 11.7.2017 r.).

⁴¹ Według stanu na 1.8.2017 r. mechanizm taki nie jest dostępny w Polsce.

niu mogą być zatem dla użytkowników Internetu nie do wyegzekwowania.

Omawiana regulacja opiera się na założeniu, iż ustalenie faktów dotyczących parametrów jakości usługi przy wykorzystaniu certyfikowanego mechanizmu monitorowania oznacza domniemanie, iż wynik takiego pomiaru jest zgodny ze stanem rzeczywistym. Jest to rozwiązanie korzystne dla konsumentów, jednakże tego rodzaju domniemanie jest wzruszalne i może zostać obalone za pomocą dowodu przeciwnego, np. wyników pomiarów przeprowadzonych przy użyciu innego mechanizmu certyfikowanego.

Choć z art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 wynika, że szczególne skutki dowodowe związane z ustaleniem faktów dotyczących parametrów jakości usługi przy wykorzystaniu certyfikowanego mechanizmu monitorowania są ograniczone jedynie do konsumentów w zakresie korzystania przez nich ze środków ochrony prawnej zgodnie z prawem krajowym, nie stoi to na przeszkodzie wykorzystywaniu certyfikowanego mechanizmu monitorowania do dochodzenia roszczeń związanych z jakością świadczonej usługi dostępu do Internetu przez podmioty inne niż konsumenci (jednak bez waloru domniemania wyników pomiaru jako zgodnych z rzeczywistością i sankcji automatycznego uznania świadczenia poniżej deklarowanych poziomów jakości jako nienależytego wykonywania zobowiązania).

Możliwość dowodzenia parametrów jakości usługi przy użyciu certyfikowanego mechanizmu monitorowania znajdzie zastosowanie do umów zawartych lub przedłożonych po 29.11.2015 r. Przez pojęcie zawarcia umowy należy rozumieć złożenie zgodnych oświadczeń woli stron w zakresie ustalenia warunków świadczonej usługi. Natomiast przez pojęcie przedłużenia umowy należy rozumieć przedłużenie obowiązywania umowy i uprzednio ustalonych warunków w niej określonych.

Kolejne rozwiązanie przewidziane w rozporządzeniu, które rodzi pewne wątpliwości praktyczne, obejmuje sposób spełniania przez ISP obowiązków informacyjnych, o których mowa w art. 4 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120. Przepis ten stanowi bowiem jedynie, że ISP zapewniają, aby każda umowa, która obejmuje usługę dostępu do Internetu, zawierała informacje wskazane w przepisie. Rozporządzenie nie precyzuje zatem, gdzie w umowie, tj. w którym z dokumentów składających się na umowę, powinny znaleźć się stosowne informacje ani jaką powinny przyjąć formę.

W polskiej praktyce na umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych (w szerokim rozumieniu tego pojęcia) składa się wiele dokumentów. Są to umowa *sensu stricto*, zawierająca zindywidualizowane do konkretnego stosunku prawnego podstawowe dane dotyczące danego kontraktu i podstawowe obowiązki stron, z reguły obser-

ny regulamin świadczenia usług, nieco bardziej zwięzły, zazwyczaj kilkustronicowy, regulamin oferty, którą wybrał abonent (dokument ten często nosi nazwę regulaminu promocji), cennik oraz w niektórych przypadkach regulaminy i cenniki dotyczące usług niebędących głównym świadczeniem przedsiębiorcy (np. usług o podwyższonej opłacie, usług dodatkowych). W sumie pakiet dokumentów wręczany abonentowi przy zawieraniu umowy obejmuje kilkadziesiąt stron tekstu. Jeśli zastrzeżenie w art. 4 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120, że stosowne informacje muszą się znaleźć w umowie, interpretować szeroko, należałoby przyjąć, że informacje te mogą znaleźć się w którymkolwiek z wymienionych dokumentów lub stanowić dodatkowy załącznik do umowy. Tymczasem podstawowe informacje o parametrach jakości usługi, na którą decyduje się abonent, czyli przede wszystkim informacje o szybkości Internetu, powinny być dobrze wyeksponowane, tak aby umożliwiać użytkownikowi Internetu szybkie do nich dotarcie.

W tym kontekście BEREC proponuje podział informacji na ogólne, które obejmowałyby podstawowe wyjaśnienia dotyczące szybkości usługi w kontekście jej funkcjonowania, w tym informację o możliwości korzystania z poszczególnych aplikacji przy określonych parametrach usługi, oraz informacje szczególne⁴².

Biorąc jednak pod uwagę istniejące rozbieżności w ramach świadczenia usług przez jednego ISP nawet w ramach jednej technologii, w praktyce spełnienie wymogów informacyjnych wynikających z rozporządzenia 2015/2120 przynajmniej w odniesieniu do usług stacjonarnych (w tym zakresie dostawcy usług mobilnych dysponują większą elastycznością) w wielu przypadkach będzie możliwe jedynie poprzez zamieszczenie postanowień dotyczących prędkości w części głównej umowy (ewentualnie w regulaminie promocji, o ile jego terytorialny i „technologiczny” zakres obowiązywania nie będzie zbyt rozległy). Prędkości faktyczne (które w umowie powinny zostać wskazane jako zwykle dostępne) będą się bowiem różnić u konsumentów korzystających z różnych technologii świadczenia usług czy – nawet w ramach tej samej technologii – mieszkających w różnych miejscach jednego miasta (istotnym czynnikiem będzie tutaj np. odległość od urządzenia DSLAM). W tym kontekście przyjęcie przez ISP uniwersalnych prędkości (np. poprzez wskazanie ich w regulaminie świadczenia usług obowiązującym wszystkich abonentów danego ISP) może prowadzić do naruszenia art. 4 ust. 1 lit. d rozporządzenia 2015/2120.

⁴² BEREC. Guidelines..., pkt 131.

Podsumowanie

Wszystkie ww. okoliczności sprawiają, że postanowienia rozporządzenia są dla konsumenta trudne do zinterpretowania, co przekłada się na brak możliwości określenia, jakich zachowań w zakresie uregulowanym rozporząd-

niem może oczekiwać od swojego dostawcy usług Internetu. W konsekwencji część przepisów rozporządzenia będzie w praktyce miało raczej charakter miękkich postulatów niż twardych rozwiązań gwarantujących konsumentom korzystanie z usług dostępu do Internetu o określonej jakości.

Słowa kluczowe: usługi dostępu do Internetu, dostawcy usług (ISP), użytkownicy końcowi, zarządzanie ruchem, szybkość transmisji danych.

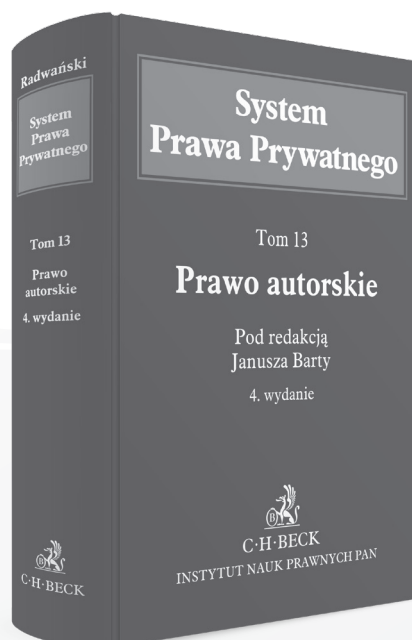
Regulation on the open Internet from the perspective of consumer's protection. Main provisions and chosen problems

The article discusses main provisions of the European Parliament and European Council regarding regulation no. 2015/2120 of 25 November 2015 enacting funds in regard to access to open Internet and changing the directive 2002/22/EEC in the matter of universal service and rights of users connected with networks and electronic communication services, and also regulation no. 531/2012 regarding roaming in public land mobile network in the European Union from a consumer's perspective. The authors discuss in detail problems concerning admissibility of the use of traffic management measures by Internet service providers and their obligations to include information concerning the Internet access service in contracts with end-users. The article also presents chosen weaknesses of the regulation.

Key words: Internet access services; Internet service providers (ISP); end-users; traffic management; speed of data transmission.



Prawo autorskie



Zamów: tel. 22 31 12 222
www.ksiegarnia.beck.pl

Nowelizacja formy czynności prawnej w prawie cywilnym

dr hab. Dariusz Szostek¹

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie zakresu oraz celów nowelizacji Kodeksu cywilnego z 8.9.2016 r. w zakresie formy czynności prawnych i skutków tychże zmian na prawo prywatne.

Uwagi wstępne

W 2016 r., po wielu latach przygotowań i prac legislacyjnych, weszło w życie wiele przepisów prawnych w zakresie informatyzacji prawa prywatnego, w szczególności w zakresie dokumentu (nowe jego ujęcie na gruncie Kodeksu cywilnego, jak również prawa administracyjnego), formy czynności prawnej (w tym pojawienie się nowej nieistniejącej legalistycznie wcześniej formie – dokumentowej), zmiany w postępowaniu cywilnym, m.in. w zakresie postępowania dowodowego z dokumentu, czy przepisy dotyczące prawa o notariacie wprowadzające elektroniczne poświadczenie dokumentu. Nowe regulacje zostały wprowadzone ustawą z 10.7.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw².

Regulacje te są konsekwencją wejścia w życie 1.7.2016 r. 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 elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE³.

Zmiany w polskim prawie prywatnym są konsekwencją i dostosowaniem do rozporządzenia „eIDAS” i nowych, nieznanych w polskim prawie, narzędzi wprowadzonych tym aktem w całej UE. Co istotne, interpretując zmienione przepisy Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego, należy uwzględnić obowiązujące wprost i bezpośrednio przepisy rozporządzenia „eIDAS”, a także domniemania z nich wynikające⁴.

Forma dokumentowa

Od wielu lat w polskiej doktrynie podnoszono konieczność liberalizacji przepisów dotyczących czynności prawnych⁵. Nowelizacja wychodzi temu na przeciw, wprowadzając nową formę czynności prawnej, a mianowicie formę dokumentową. Zmieniły się przy tym przepisy dotyczące formy w przypadku jej zastrzeżenia pod rygorem *ad solemnitatem* lub *ad probationem*, a także reguły dotyczące formy pisma potwierdzającego. Należy nieco żałować, iż ustawodawca nie odważył się równocześnie na przegląd przepi-

sów prawa materialnego odnośnie do formy i ich większej liberalizacji. Poza zmianą w umowie pożyczki (art. 720 § 2 KC), zgodnie z którą umowa pożyczki, której wartość przekracza 1000 zł, wymaga zachowania formy dokumentowej, nie dokonano innych zmian w obowiązujących przepisach dotyczących formy.

Forma dokumentowa w praktyce nie jest nową, nieznaną w prawie formą czynności prawnych. Od wielu lat funkcjonowała ona w obrocie gospodarczym w ramach swobody formy czynności prawnej. Należy przy tym zauważyć, iż nowoczesne technologie w znacznym stopniu od lat wykorzystują mechanizmy określone w tej formie. Praktycznie w zakresie nowych, powiązanych z nowymi technologiami, umów nienazwanych odsuwają inne formy czynności prawnych, w tym formę elektroniczną. Wskazuje na to też Uzasadnienie Komisji Kodyfikacyjnej: „O potrzebie jej uregulowania zadecydowały dwie podstawowe przyczyny. Po pierwsze, w niektórych przypadkach może ona zastąpić formę pisemną, liberalizując nadmierny rygoryzm prawny. Po drugie, wprowadzenie tej regulacji prowadzi do stworzenia prawnych ram funkcjonowania formy, która obecnie jest już w obrocie stosowana, a z uwagi na coraz bardziej dynamiczny rozwój nowych technologii, stale zyskuje na znaczeniu”⁶.

Nowa forma jest najsłabszą w znaczeniu prawnym formą czynności prawnych. Jest czymś pośrednim pomiędzy formą pisemną i równoważną jej elektroniczną oraz ulot-

¹ Autor jest profesorem nadzwyczajnym Uniwersytetu Opolskiego. Partner w Kancelarii Szostek-Bar i Partnerzy. Członek Izby eCommerce Polska, Członek PAN oddział Katowice.

² Dz.U. poz. 1311; dalej jako: nowelizacja z 10.7.2015 r.

³ Dz.Urz. UE L Nr 257, s. 73; dalej jako: rozporządzenie „eIDAS”.

⁴ Szerzej na temat eIDAS J. Gołaczyński, Wpływ eIDAS na polskie prawo prywatne. Wybrane zagadnienia, s. 3; D. Szostek, Pieczęć elektroniczna i możliwość jej wykorzystania w polskim prawie, s. 14; A. Kościółek, Wpływ rozporządzenia eIDAS na skuteczność elektronicznych pism procesowych w postępowaniu cywilnym, s. 23; G. Sibiga, Ewolucja identyfikacji elektronicznej w postępowaniu administracyjnym ogólnym s. 34 i n. – wszystkie [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Media Elektroniczne. Współczesne problemy prawne, Warszawa 2016, *passim*.

⁵ Zob. uzasadnienie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego dla wprowadzenia formy dokumentowej – W. Kocot, Wpływ Internetu na prawo umów, Warszawa 2004, s. 318 i n.

⁶ *Ibidem*.

ną, niezarejestrowaną wypowiedzią ustną. Pozostawia ona niejako pewnego rodzaju ślad, dowód (wprawdzie słaby, ale jednakże znacznie silniejszy od ulotnej wypowiedzi ustnej), taki jak: wiadomość poczty elektronicznej, sms, portal internetowy, bankowość elektroniczna. Praktycznie większość obrotu elektronicznego opiera się na tej formie, chyba że rygoryzm prawny wymusza inne, „silniejsze” wymogi, np. znacznik czasu lub formę elektroniczną, pieczęć elektroniczną itd.

Pierwowzorem dla formy dokumentowej była niemiecka forma tekstowa, która po liberalizacji z 2013 r.⁸ w niewielkim stopniu różni się od regulacji polskiej. Zgodnie z art. 126b BGB dla zachowania formy tekstowej wystarczy złożenie czytelnego oświadczenia woli, w sposób umożliwiający identyfikację osoby je składającej, na trwałym nośniku, którym może być każde medium umożliwiające odbiorcy zachowanie tego oświadczenia poprzez zapis lub poprzez dostęp do niego w rozsądnym terminie lub wynikającym z celu złożenia tego oświadczenia, i jest możliwe do odtworzenia w sposób niezmienny.

Zgodnie z nowym art. 77² KC do zachowania dokumentowej formy czynności prawnej wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu (będącego nośnikiem informacji umożliwiającym jej odtworzenie) w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie. Co oznacza, iż w związku z nowym ujęciem dokumentu w prawie europejskim (rozporządzenia „eIDAS”) oraz polskim (art. 77³ KC)⁹ postać tego oświadczenia może przybrać postać tekstu, ale także może być w postaci audio, audio wideo, multimedialnej, pod warunkiem że jest możliwe do odtworzenia.

Jednym z koniecznych wymogów dla formy dokumentowej jest możliwość identyfikacji składającego oświadczenie. Może ona być bezpośrednia (np. poprzez wysłuchanie nagrania audio-wideo, na którym wypowiada się oświadczający), lecz także pośrednia, gdy są wymagane dalsze działania w celu ustalenia, chociażby w sposób pośredni, tożsamości oświadczającego (np. weryfikacja autora SMS, wiadomości na poczcie elektronicznej dane na portalu elektronicznym itd.). Wystarczająca jest możliwość przeprowadzania tego przez adresata, chociaż warto pamiętać, iż w niektórych sytuacjach wartość dowodowa w postępowaniu sądowym takiego oświadczenia może nie być zbyt duża.

Wraz z wprowadzeniem formy dokumentowej polski ustawodawca znówelizował art. 73 oraz 74 KC. Zgodnie z art. 73 § 1 KC zastrzeżenie formy pisemnej, elektronicznej, a także dokumentowej pod rygorem nieważności (*ad solemnitatem*) jest wyłącznie wtedy, jeżeli ustawa przewiduje rygor nieważności. Podobnie jest, gdy strony na podstawie umowy zastrzegły, że określona czynność prawna między nimi ma być dokonana w szczególnej formie – czynność ta dochodzi do skutku tylko przy zachowaniu zastrzeżonej

formy. Jednakże gdy strony zastrzegły dokonanie czynności w formie pisemnej, dokumentowej albo elektronicznej, nie określając skutków niezachowania tej formy, w razie wątpliwości poczytuje się, że była ona zastrzeżona wyłącznie dla celów dowodowych (art. 76 KC w nowym brzmieniu).

Najczęściej zastrzeżenie formy dokumentowej będzie następowało w *pactum de forma*. Technologia, a także systemy teleinformatyczne często uniemożliwiają inny niż w formie dokumentowej sposób składania oświadczeń woli, poprzez faktyczną niemożność odmiennego sposobu składania oświadczeń woli niż ustalony w *pactum de forma*. Tak więc to nie tylko kwestia umowy, lecz także faktycznego, informatycznego ograniczenia takiej możliwości, co często jest nawet dla nieświadomej strony (np. konsumenta) istotniejsze niż uregulowania prawno-umowne. Współcześnie coraz bardziej dostrzegamy wpływ technologii na funkcjonowanie prawa, a wręcz wymuszanie odpowiedniego zachowania (dopełnienie technicznych wymogów) oraz faktyczne i techniczne ograniczenia innego działania, niż przewidziała strona korzystająca np. z formularza zamówienia¹⁰. Forma dokumentowa w porównaniu do innych form czynności prawnych uregulowanych w prawie cywilnym jest formą bardzo „szeroką” i mieści się w niej wiele sposobów składania oświadczeń. Zastrzeżenie samej tylko formy dokumentowej bez jej dookreślenia może wywoływać liczne trudności, gdyż strony będą mogły w różny sposób, niekoniecznie oczekiwany przez drugą stronę, składać oświadczenia woli (np. w miejsce maila wysłanego na adres podany na stronie internetowej zostanie wysłany SMS, też będący w formie dokumentowej, lub tradycyjne pismo). Z tego powodu sugeruje się, w miarę możliwości oraz potrzeb, doszczegółowienie w *pactum de forma* formy dokumentowej (np. oświadczenie pod rygorem nieważności powinno być złożone poprzez portal internetowy na adres elektroniczny... pod rygorem...). Samo ograniczenie techniczne, w znaczeniu skutków prawnych, nie jest tu wystarczające. A *per facta concludentia* raczej nie będzie tu miało zastosowania.

Istotną kwestią w zakresie postępowania dowodowego w odniesieniu do dokumentu sporządzonego w formie

⁸ Bundesgesetzblatt 2013 Teil I Nr 58 z 27.9.2013 r.

⁹ Szerzej zob. K. Górski, zachowanie zwykłej formy pisemnej, Warszawa 2007, *passim*; B. Kaczmarek-Templin, Dowód z dokumentu w procesie cywilnym, Warszawa 2012, *passim*; D. Szostek, Nowe ujęcie dokumentu w polskim prawie prywatnym, ze szczególnym uwzględnieniem dokumentu elektronicznego, Warszawa 2012, *passim*; J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja postępowania cywilnego, Komentarz, Warszawa 2016, *passim*.

¹⁰ Przykładem mogą być interaktywne formularze, które wymagają wypełnienia pól obowiązkowych (niekoniecznie wymaganych przepisami prawa) do ich złożenia.

¹¹ Z. Radwański, [w:] Z. Radwański (red.), System Prawa prywatnego, t. II, Warszawa 2008, s. 166 i n.; Z. Kocot, Wpływ Internetu..., s. 318 i n.; D. Szostek, Czynność prawna a środki komunikacji elektronicznej, Kraków 2003, s. 215, i cytowana tam literatura.

dokumentowej jest brak domniemania prawnego z art. 245 KPC. Zgodnie z tym przepisem dokument prywatny, zawierający oświadczenie woli w formie pisemnej lub elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Forma elektroniczna, o której mowa w tym przepisie, jest spełniona wyłącznie wtedy, gdy oświadczenie woli jest opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (nowy art. 78¹ KC), a co za tym idzie – domniemanie z art. 245 KPC dotyczy wyłącznie formy pisemnej oraz elektronicznej i nie ma zastosowania do dokumentowej. Oznacza to konieczność zastosowania ogólnych reguł dowodowych, a więc pełnego przeprowadzenia dowodu. Ponieważ forma dokumentowa może przybierać zarówno postać tekstu (np. e-mail, SMS), jak i obrazu oraz dźwięku (np. dokument będący nagraniem audio-wideo), różne będą podstawy prawne w zakresie postępowania dowodowego. W przypadku oświadczeń w formie dokumentowej zawierających tekst wprost mają zastosowanie przepisy tytułu VI działu III rozdziału 2 oddziału 2 KPC. Natomiast w przypadku oświadczeń w formie dokumentowej w postaci obrazu lub dźwięku poprzez art. 308 KPC stosuje się te przepisy odpowiednio oraz przepisy o dowodzie z oględzin.

Elektroniczna formy czynności prawnej

Nowa regulacja dotycząca formy elektronicznej (nowy art. 78¹ KC) jest odpowiedzią na doktrynalny spór¹¹ w zakresie istnienia formy elektronicznej oraz dostosowaniem do rozporządzenia „eIDAS”. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 78¹ § 1 KC). Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, chyba że ustawa lub czynność prawna zastrzega inaczej. Przepis ten niejako jest wtórny w odniesieniu do art. 25 ust. 2 rozporządzenia „eIDAS”, zgodnie z którym kwalifikowany podpis elektroniczny wywołuje skutek podpisu własnoręcznego, w konsekwencji czego pozwala zastępować jeden podpis drugim, chyba że ustawodawca krajowy przesądzi inaczej. Polski ustawodawca w pełni dopuszcza taką możliwość, zrównując ze sobą formę pisemną i formę elektroniczną. Przepisy rozporządzenia „eIDAS” i Kodeks cywilny nie wykluczają się. Czym innym jest zrównanie podpisów (które nie tylko są składane dla wywołania skutku formy), a czym innym zrównanie formy pisemnej oraz elektronicznej. Zrównanie i zamiennność form powoduje, iż mogą być one stosowane zamiennie¹¹. Nic nie stoi także na

przeszkodzie, aby jedna strona złożyła oświadczenie w formie pisemnej, a druga w elektronicznej.

Postępowanie dowodowe

Istotne zmiany w aspekcie nowych technologii i formy czynności prawnych nastąpiły w art. 74 KC, w szczególności w § 2, zgodnie z którym mimo niezachowania formy pisemnej przewidzianej dla celów dowodowych dowód ze świadków lub dowód z przesłuchania stron jest dopuszczalny, jeżeli obie strony wyrażą na to zgodę, jeżeli żąda tego konsument w sporze z przedsiębiorcą albo jeżeli fakt dokonania czynności prawnej będzie uprawdopodobniony za pomocą dokumentu (dotychczas było „pisma”). W związku z nowym ujęciem dokumentu dowód ze świadków może być przeprowadzony, nie tylko kiedy zaczątek dowodu jest na piśmie (tak jak było dotychczas), lecz także w przypadku uprawdopodobnienia w dokumencie będącym nagraniem, filmem, multimediami, zapisem dźwięku lub obrazu. Wystarczy np. nagranie rozmowy telefonicznej czy też obraz z kasy sklepowej z nagraniem np. zakupu przez klienta, aby móc uruchomić art. 74 § 2 KC. Takie rozwiązanie należy uznać za słuszne, gdyż w znakomicie szerszym zakresie pozwala na wykorzystanie zdobyczy nowoczesnej techniki w postępowaniu dowodowym.

Zachowanie wymogów daty pewnej

Nowe technologie pojawiają się także w zakresie zachowania wymogów daty pewnej w znaczeniu art. 81 § 2 KC. Dotychczasowe, tradycyjne ujęcie praktycznie uniemożliwiało korzystanie z elektroniki. Obecnie data pewna jest zachowana w przypadku uzyskania na dokumencie kwalifikowanego znacznika czasu. Jest to nowe narzędzie wprowadzone i uregulowane w rozporządzeniu „eIDAS”. W art. 3 pkt 33 tego aktu wprowadzono legalną definicję znacznika oraz kwalifikowanego znacznika czasu. Tym pierwszym są dane w postaci elektronicznej, które wiążą inne dane w postaci elektronicznej z określonym czasem, stanowiąc dowód na to, że dane istniały w danym czasie. Kwalifikowany znacznik czasu został natomiast uregulowany w art. 3 pkt 34 rozporządzenia „eIDAS” i jest nim elektroniczny znacznik czasu spełniający następujące wymogi: wiąże on datę i czas z danymi, tak aby w wystarczający sposób wykluczyć możliwość niewykrywalnej zmiany danych, oparty jest na precyzyjnym źródle czasu powiązany z uniwersalnym czasem koordynowanym oraz jest podpisany przy użyciu zaawansowanego podpisu elektronicznego lub opatrzone zaawansowaną pieczęcią elektroniczną kwalifikowanego dostawcy usług zaufania. Nie może być kwestionowany

¹¹ Z. Radwański, [w:] Z. Radwański (red.), System..., s. 169.

prawny skutek takiego znacznika ani jego dopuszczalność w postępowaniu sądowym wyłącznie z tego powodu, iż ma postać elektroniczną (art. 41 rozporządzenia „eIDAS”). Wprowadza się przy tym ogólnoeuropejską uznawalność kwalifikowanych znaczników czasu wydanych w państwach członkowskich. Może on być powiązany z kwalifikowanym podpisem elektronicznym bądź zostać uzyskany niezależnie od podmiotu zaufanego. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby polski podmiot przesłał dokument do np. chorwackiego bądź czeskiego podmiotu zaufanego, aby po uzyskaniu kwalifikowanego znacznika czasu spełnić wymogi art. 81 § 2 KC.

Nowelizacja prawa o notariacie

Odrębnym zagadnieniem, dotyczącym nie tyle formy czynności prawnej, ile dokumentu, a właściwie jego poświadczenia, jest nowelizacja ustawy z 14.2.1991 r. – Prawa o notariacie¹², a dokładnie jej art. 97 § 2, zgodnie z którym dopuszcza się elektroniczne poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem poprzez opatrzenie takiego poświadczenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Co istotne, poświadczenia w postaci elektronicznej nie opatruje się pieczęcią notariusz (mimo wprowadzenia pieczęci elektronicznej rozporządzeniem „eIDAS” do polskiego systemu prawnego). Dokumenty, które mogą być poświadczane przez notariusza, dzielimy na: będące pierwotnie w postaci elektronicznej oparte o tekst, pierwotnie elektroniczne opierające się o obraz, dźwięk, multimedia, ale niezawierające tekstu, pierwotnie papierowe zdigitalizowane do postaci elektronicznej. Problem jednakże obecnie w tym, iż większość kwalifikowanych podpisów elektronicznych opatruje wyłącznie dokumenty w formacie PDF, co praktycznie uniemożliwia poświadczanie dokumentów innych niż tekstowe lub zdigitalizowane. W doktrynie¹³ wskazano na brak przepisów wykonawczych oraz delegacji do ich wydania w aspekcie sposobu poświadczania elektronicznego przez notariuszy, co obecnie skutku-

je powstrzymywaniem się przez nich przed dokonywaniem takiej czynności.

Podsumowanie

Zmiany w prawie cywilnym, w zakresie formy były od lat wyczekiwanie zarówno przez doktrynę, jak i praktykę. Wprowadzenie nowej formy czynności prawnej uregulowało już istniejący w praktyce stan, doszczegóławiając kwestie związane ze skutkami zastrzeżenia tej formy. Należy żałować, iż ustawodawca nie zdecydował się na przegląd przepisów dotyczących formy czynności prawnej i poza umową pożyczki nie zliberalizował w większym zakresie regulacji dotyczących formy. Istotna jest liberalizacja art. 74 § 2 KC dopuszczająca w większym zakresie niż dotychczas możliwość przeprowadzenia dowodu ze świadków w przypadku naruszenia wymogów dotyczących formy zastrzeżonej pod rygorem *ad probationem*. Za korzystną należy także uznać nowelizację art. 81 § 2 KC umożliwiającą nowoczesne, nieskomplikowane oraz niedrogię pozyskanie skutków daty pewnej z wykorzystaniem nowoczesnych technologicznie narzędzi (kwalifikowany znacznik czasu). Co istotne, nowelizacji w Kodeksie cywilnym towarzyszy zmiana w procedurze cywilnej w zakresie postępowania dowodowego – zsynchronizowana z wprowadzonymi w prawie materialnym zmianami oraz rozporządzeniem „eIDAS”. Wprowadzone zmiany należy uznać za bardzo pozytywne, sprzyjające obrotowi gospodarczemu opartemu o nowe technologie. Z jednej strony uwzględniają nowoczesne narzędzia (utrzymując neutralność technologiczną), z drugiej – wpisują się ewolucyjnie w dotychczasowe ujęcie zagadnienia formy czynności prawnej.

¹² T.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1796 ze zm.

¹³ Szerzej zob. D. Szostek, Wpływ rozporządzenia eIDAS i nowej definicji dokumentu na praktyczne aspekty elektronicznego poświadczenia kopii dokumentu w znaczeniu znówelizowanego art. 97 prawa o notariacie, Rejent 2016, Nr 11, s. 29 i n.

Słowa kluczowe: forma czynności prawnych, forma dokumentowa, forma elektroniczna, podpis elektroniczny, kwalifikowany podpis elektroniczny.

Amendment of the form of legal action in civil law

The aim of the present study is to show the scope and aims of the Civil Code amendment of 8.9.2016 in regard to the form of legal actions and consequences of these changes in private law.

Key words: form of legal actions, documentary form, electronic form, electronic signature, qualified electronic signature.

Business Communication Techniques for Lawyers

assoc. prof. dr. Daniela Ilieva-Koleva¹

The dynamic business environment and the changes in the perception of and sensitivity to time, affect also the business communication skills needed for the successful business people. Nowadays, particular trends exist in how business people communicate and these become applicable to corporate lawyers and to the law industry as well. One of the trends is that successful communication in business is the communication in which people are left with positive feelings after communicating with one another.

The article aims to use as grounds Mehrabian's communication research and to provide time-sensitive improvement possibilities through neuro-linguistic programming techniques and coaching tools for verbal and non-verbal communication. These are valid and proven to be effective in the corporate law sector as well. The article's limitations come from the fact that it creates a general discussion on business communication for lawyers without going into the specifics of the law profession and the variety of manifestations.

Introduction

Effective and meaningful communication is vital to lawyers. It is important that messages are conveyed in the most effective way possible, in a timely manner, and having verbal and non-verbal signals aligned. Effective communication is crucial when lawyers are participating in a request for proposal, networking with prospects or partners, communicating with staff, associates, other lawyers and vendors, or having a one-to-one sit-down with an existing or a potential client².

Most successful law firms have ongoing educational programs to improve and maintain superior legal skills. Drafting skills, oral advocacy skills, trial skills, being few of the many streams, are all very important. Beyond them though, more and more emphasis is placed on the lawyers' soft skills³. People are in general time-sensitive, all forms of messages get shorter, clients are more demanding, competition is intensive, and this creates an emerging need for the development of important skills, like communication rapport, relationship building, service orientation, networking, and understanding of the human nature and acknowledgment of people's differences.

Professor A. Mehrabian is most well-known for his publications on the relative importance of verbal and nonverbal messages, resulting from a study he conducted in 1967. In this study, still recognized as valid by many researchers in the field, Mehrabian comes to two main conclusions:

- 1) there are basically three elements in any face-to-face communication – words, tone of voice and non-verbal behavior;
- 2) the non-verbal elements are particularly important for communicating feelings and attitude, especially when they are inconsistent, i.e. if words disagree with the tone of voice and nonverbal behavior, people tend to believe the tonality and nonverbal behavior.

The study resulted in the following statistical representation:

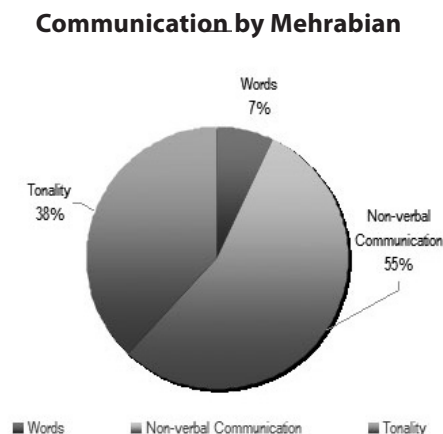


Figure 1. Communication Research by A. Mehrabian⁴

To be able to represent the above in an effective manner, the lawyer could use a variety of tools and techniques. And yet, we come again to time-sensitivity. Time has become the most highly valued currency and a luxury to many.

¹ Author is a certified trainer in Neuro-Linguistic Programming (NLP) and coaching, and a professional trainer-consultant on Business Etiquette and International Protocol, certified by EUROPROTOCOL – The European School of Protocol. Her background includes a wealth of expertise in business communication, presentation skills, business coaching, business processes management, inter-cultural communication.

Author is the Executive director of Law and Internet Foundation – a renowned non-governmental organization working in the field of information and communication technologies law. She is also a lecturer at the International Faculty of the University of Sheffield and at VUZF University in Bulgaria.

² Top must-haves for succession planning, Law Office Management & Administration Report 2005, Vol. 5 No. 2, p. 11–12

³ M. Becker-Avin, Developing Lawyers' "Soft Skills" – a Challenge for the New Era in Legal Services, Law Practice Today 2014, <http://www.lawpracticetoday.org/article/developing-lawyers-soft-skills-a-challenge-for-the-new-era-in-legal-services/> (access 2.8.2017).

⁴ C. David Mortensen, Communication Theory, Transaction Publishers 2011, Dec 31, p. 193.

Therefore, lawyers do not have extensive time disposal and cannot engage in long-term soft skills trainings and educational programs.

Among the rapid methods which could be helpful in improving verbal competencies, non-verbal communication and the understanding of tonality, are neuro-linguistic programming (NLP) techniques and coaching tools. Captivating some techniques for direct use, and others – from the relationship building between the coach and the client, or between the NLP expert and the client, could bring many benefits to the lawyers' soft skills development.

Neuro-Linguistic Programming

NLP was created in the early 70s of the 20th century in the United States by *R. Bandler* and *J. Grinder*, with the cooperation of a large group of professionals, including *M. Erickson*, *V. Satir*, *R. Dilts* and *J. Delozie*. The basis of NLP stands in retrieving the successful model of high professionals in their field and establishing how they do what they do (even if the person in question does not know what they actually do and how they do it), further called „modelling”.

According to the NLP understanding, everyone has a model for perception of the world based on their values, beliefs, behavior, experience, etc. This is an individual model which differs from the others in certain aspects, or completely. The reason is that the experience acquired by each person is different, and therefore the ways in which they interpret the world differs. Even people who shared the same experience, perceive and remember things differently. A song or a picture can create totally different feelings, moods, emotions and reactions in different people because of the individual response to them.

The institute of Neuro-Linguistic Programming gives the following definition of the term: „Neuro-Linguistic Programming (NLP) is an exploration and change in the real-life behavior through a set of principles, techniques and behavioral techniques. It allows people to change, adopt or eliminate habits and offers a choice for everyone's rational, emotional and physical status”. NLP has also often been called a „science of excellence”. NLP is a model that explores the links between the way the physiology and the brain work (neuro), how the words are used (linguistic), and the accepted patterns of behavior (programming). In other words, NLP is a set of models that make up the approach to success that can be applied in every sphere of reality and most importantly – in business. For the purpose of this article, the benefits of NLP will be discussed further in the context of law practice.

Having accepted the NLP presupposition that everyone's perception is based upon their differences, there is a call for understanding different capacity for problem solving, build-

ing interpersonal relations, leadership, self-improvement, establishing strategies and skills to influence⁵. Therefore, lawyers should adapt their communication skills and shape their messages accordingly, so that the meaning is conveyed in such a way, that it creates understanding and respective feedback.

NLP techniques: modeling

Neuro-Linguistic Programming (NLP)⁶ is based on a methodology called modelling. Modelling means detecting and describing the basic elements and processes through which people do something. The process begins with the identification and study of a human model. This is an individual who does something in a particular, usually highly skilled manner. This is a very good method for the study of people and how they do things. For example, if a lawyer wants to know how to be very successful in networking, they have to find a proven expert who knows how to do networking extremely well. Then they ask a lot of questions about what the networker does, what they are doing that works and what does not, etc. At the same time as the object of modelling is observed, this often leads to new and more relevant questions to be asked in the process of operation. The addition of NLP techniques makes it possible to determine much of what makes this human model an expert even when they are not even aware of that.

When the whole process is done properly, using the time and technology and applying logic, the outcome is a new model. This new model results in a set of instructions⁷. If it is good, it can be used by anyone who wants to duplicate the skills and abilities of the human model used as an initial subject. In other words, anyone can be as good and professional in presentations as the model is. Of course, this requires effort and practice, but both are lessened when compared to a scenario in which the training is applied in more traditional ways⁸.

Modelling involves a process of observation:

- 1) monitoring the physiology of the model;
- 2) studying the language used (words, linguistic structure);

⁵ D. Ilieva-Koleva, *Neuro-linguistic Programming Techniques for Perfecting Presentation Skills*, M-Sphere, Zadar, Croatia 2014, https://www.researchgate.net/publication/283346614_Neuro-linguistic_Programming_Techniques_for_Perfecting_Presentation_Skills. (access 2.8.2017).

⁶ R. Dilts, *Neuro-linguistic Programming: The study of the structure of subjective experience*, Meta Publications, 1980.

⁷ N. Galtsova, *Основные принципы эффективной презентации учебного материала с позиций нейролингвистического программирования* (Basic Principles of effective presentations – study materials with NLP), *Vestnik Tomskogo gosudarsvtvennogo universiteta* 2004, p. 282.

⁸ J. Richardson, *The magic of Rapport*, Meta Publications 2000.

3) studying the thinking of the model⁹.

Modelling is an approach that involves the use of sensory acuity and flexibility in terms of change. Moreover, the approach is based on the differences – what makes someone different and affects their behavior, success or failure. In other words, what the difference that makes the difference is? This model does not attempt to answer the question why, but rather the question how.

So, how does someone communicate successfully in their law practice. This technique could be used by finding a model of excellence in the communication areas that one aims to improve and extracting the model through observation, questioning or by inviting the person to be a mentor. Everyone needs a role model. If done properly, copying another's way of doing things and phrasing is also an effective form of flattery. However, attention must be paid to not being obvious or obsequious about it. Role models, mentors, such as senior associates, could be used as a sounding board¹⁰.

NLP techniques: representative systems

Each person uses sensory organs to perceive the outside world, to study and to witness its transformation: to see pictures – visual, to hear sounds – auditory, to move – kinesthetic, to talk to themselves – auditory digital. Eyes, mouth, nose, ears, skin are the only points of contact with reality. The world offers an infinite variety of sensory events, but observers can see only a small part of this diversity. And the part that is seen is filtered by a unique experience, culture, language, beliefs, values and assumptions of each individual. Everyone lives in a unique reality based on individual experiences and acts accordingly, relying on this reality, and on their own model of the world described previously.

The methods for obtaining, maintaining and coding the information in the mind into pictures, sounds, feelings, smells and tastes are known as representative systems.

Everyone uses all (visual, auditory and kinesthetic) representative systems constantly while not realizing it and tends to favor one over the other. For example, many people have an inner voice that arises in the auditory system and creates internal dialogue.

In business and corporate law environment, communication occurs at all levels and one should develop knowledge and understanding of people's representative systems. Whether there is a strongly visual person to communicate with, or one who is primarily auditory, effective communication skills require adaptation and shifting to the language and perceptual preferences of the other. Below are some of

the basic signs to observe when scanning the other party in communication, in order to adapt to their preferred communication style.

Visual people maintain eye contact during meetings, seek and present visual materials such as business cards, brochures, their appearance shows attention to detail, they talk using words related to the visual representation (see, observe, look, picture, focus, etc.), prefer larger distance from the person they communicate with, and stand still and organized in their position.

Auditory people might not maintain eye contact which should not be perceived as a sign of disrespect. Auditory representation is also shown by a slower response due to the need to hear the received message in one's own mind. Auditory people are easily distracted by noise and surrounding sounds, and the typical words used are listen, hear, tone, say, talk, etc.

Kinesthetic people seek comfort and therefore do not follow strictly the formality in dress code and non-verbal communication. Kinesthetic preferred representation makes people maintain closer distance as there is large comfort in touching and being touched even during first time meeting. The typical words are feel, touch, smell, grab, handle, catch, contact, etc.

In using the representative system technique for successful communication, lawyers should neglect their own preferred representation and act as chameleons, thus adapting to the other person's style and reaching rapport much faster than waiting for a natural liking to occur.

Coaching

Coaching is a developmental ongoing interaction between two people – the coach and the client. Coaches assist their clients in developing their capabilities, achieving their goals and objectives and producing successful results. The coach facilitates change through verbal and non-verbal communication (questions, reflections, explanations, metaphors, tasks, guided focus, exercises, etc.). The coach promotes and supports the client's growth, learning, professional and personal development. The coach creates and facilitates change, elicits, selects, trains, asks meaningful questions, motivates, creates insights, explains, sets tasks, evokes, challenges, stimulates, supports and encourages the client's self-expression.

⁹ D. Ilieva-Koleva, *Methods for Perfecting Presentation Skills*, 2014, 13th international scientific conference Economy and Business, Elenite, Bulgaria, https://www.researchgate.net/publication/298727844_Methods_for_perfecting_presentation_skills (access 2.8.2017).

¹⁰ N.J. Dilloff, *Effective Communication Tips for Young Lawyers*, American Bar Association Young Lawyers Division, *The Young Lawyer*, 2009, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/young_lawyer/yld_tyl_oct09_commtips.authcheckdam.pdf (access 2.8.2017).

There are numerous areas in which coaching can be used. The following list is detailed but not exhaustive: accepting change, adaptability, anger management, career development, change of position, commitment issues, communicating emotions, communication issues, company/business or personal positioning, conflicts and conflict resolution, cultural differences, decision making, emotional intelligence, feeling left out or left behind, gender communication, job selection, language precision, leadership competences, learning issues, mediation, modeling for excellence, motivation (self and others), negotiation skills, nervousness, organizational issues, performance enhancement, personal organization, presentation skills, process coaching, procrastination, project planning, relationship issues, role issues, self-esteem issues, social skills, stage fright or negative emotions, stress management, test anxiety, time management, work-life balance, etc.¹¹.

Coaching tools: rapport

Rapport is a natural human process in which the participants of communication process learn what the difference is that makes the difference, so it can be used effectively and consciously. Rapport is the ability to relate to others in a way that creates a climate of trust and understanding. The basis of rapport is that when people are like each other, they like each other. Rapport is the process of responsiveness, not necessarily liking. In the context of law practice, it is important to point out that rapport can be useful in face-to-face meetings or in digital interactions, as long as the participants have a visual connection.

Through rapport people create a relationship of trust and responsiveness, refine and extend the natural skill of communication. Communication seems to flow when two people are in rapport, their body language and their words match. Body language and tonality are the most important elements in the process of building rapport¹².

The most interesting outcome of *Mehrabian's* research into the process of understanding communication, especially in interpreting the feelings and attitude of the other person, was that if the body language of communicators did not match what they were saying (a phenomenon known in psychology as incongruence), it was the body language that was the deciding factor.

It should be noted that there have been many subsequent studies of *Mehrabian's* work calling into question these percentages, such as that by *Argyle*¹³. Nevertheless, even as psychologists argue over the exact ratios, the significance of body language in the context of understanding and comprehension must invariably be recognized and acknowledged.

The words employed might be what the lawyer wishes to present, but how they are delivered conveys the real meaning of the speaker¹⁴.

People who are in rapport tend to mirror and match each other in posture, gesture and eye contact. They are engaged in mutual responsiveness and their body language is complementary. When people are not in rapport, their bodies reflect it – whatever they are saying, their bodies will not be matching.

Common experiences bond people together, even when the experience is not their own. All opportunities to find a common theme on the basis of which to create a bond can be employed to make the rapport stronger¹⁵.

Successful communicators create rapport, rapport creates trust, and trust is essential in the law practice. By matching and mirroring body language and tonality, lawyers can gain rapport very quickly. Matching eye contact is an obvious rapport skill and usually the only one that is consciously taught in English culture. To create rapport, communicators can attempt to match each other's body language, sensitively and with mutual respect. This helps to build a „bridge“ between their models of the world and assist them into uniting their background and overcoming the barriers. It should be noted, however, that matching does not constitute an obvious and exaggerated mimicry of copying other person's movements.

Rapport is established by matching and mirroring, wherein mirroring is the replication of the mirror image of a person's physiology, and matching is the replication of the same aspects of a person's physiology. Cross-over matching and mirroring is when one aspect of a person's physiology is matched and mirrored with a different aspect of our own physiology, such as breathing with a finger movement.

The time taken to create and build rapport pays back in the influencing process between the lawyer and the other party of communication. Lasting rapport requires sincerity, integrity and receptivity.

Coaching tools: sensory acuity

Sensory acuity is a powerful technique used to gain awareness of another person's subconscious responses. Lawyers are rarely trained to perceive another person's subconscious feedback. By close observation through the visual, auditory

¹¹ D. Ilieva-Koleva, *Mentoring – Process, Guidelines and Programs* 2015.

¹² J. O'Connor, J. Seymour, *Introducing NLP: Psychological Skills for Understanding and Influencing People*, London 2002.

¹³ M. Argyle, J. Dean, *Eye Contact, Distance and Affiliation*, *Sociometry* 1965, September, No. 3, vol. 28, p. 289–304.

¹⁴ M. Eggert, *Brilliant Body Language*, Harlow 2010.

¹⁵ D. Molden, P. Hutchinson, *How to be Confident with NLP. Powerful Techniques to Boost your Self-confidence*, Harlow 2008.

and kinesthetic senses, law practitioners can benefit through the accumulation of a tremendous amount of information.

Sensory awareness helps to establish rapport and to determine the response of the other person we communicate with. When communicators are more sensory aware, they are able to notice when something is not working in the process of communication and to change the direction to reach the desired outcome. By learning to gather information through the senses, lawyers will be able to take note of information during communication of which they were previously unaware. Using sensory specific language, based on observations of change, can prevent the practice of mind reading and guessing about the other person's behavior¹⁶.

Having presented the NLP techniques and coaching tools in help for enhancing business communication skills for lawyers, we should also draw attention to some facts which have changed and will continue to change the law practice interactions.

According to an article¹⁷ by *David Maister*, a former Harvard Business School professor who has made a specialty in law firms, and is the author of several books, lawyers are professional skeptics. They place the worst possible construction on the outcome of any idea or proposal, and on the motives, intentions, and likely behaviors of those they are dealing with. In the same article, he states further that lawyers lack intimacy and sociability, they rarely adhere to principles or values, they are inherently distrustful.

In terms of communication and doing business in the legal environment, the above tendency in profiling could create danger in understanding communication of the 21st century and the overlapping of generation perceptions. The older generations of lawyers have to be taught how to use or at least respect the tools of the internet age, but the Millennials have to learn to look at each other (eye contact maintenance and observation), discuss rather than speak to each other (listening and hearing), communicate and collaborate (rapport building). Lawyers are no strangers to challenging the ideas of others, but to challenge ideas

constructively is not inherent in the lawyer personality or lawyer training¹⁸.

The use of technology impacts three of the lawyer's most fundamental obligations – the lawyer's duties to communicate with the client, to protect the confidentiality of that communication, and to provide competent representation. Even though it is now universally accepted that lawyers can use technology for client communication, the prevalence of technology does not dictate that its use is always appropriate¹⁹.

Conclusions

This article aimed to present useful, affordable and time-sensitive techniques and tools for better communication as effective communication is the most important skill for a lawyer to develop. From the initial job interview to the courtroom or conference room, almost everything a lawyer does involves some form of communication. Even when not speaking, there is still communication through body language. To communicate effectively and to create a positive impression on listeners, whether they are partners, judges, clients, opposing party, or assistants, lawyers should leave them with a clear understanding of what has happened, conveying a clear message and getting the expected feedback, as well as summing up networking events. This creates a significant competitive advantage and fosters a positive and professional image.

¹⁶ D. Ilieva-Koleva, *Mentoring – Process, Guidelines and Programs* 2015.

¹⁷ D. Maister, *Are Law Firms Manageable*, 2006, <http://davidmaister.com/articles/are-law-firms-manageable/> (access 2.8.2017).

¹⁸ M. Becker-Avin, *Developing Lawyers' "Soft Skills" – a Challenge for the New Era in Legal Services*, *Law Practice Today* 2014, <http://www.lawpracticetoday.org/article/developing-lawyers-soft-skills-a-challenge-for-the-new-era-in-legal-services/> (access 2.8.2017).

¹⁹ K. Hazelwood, *Technology and Client Communications: Preparing Law Students and New Lawyers to Make Choices that Comply with the Ethical Duties of Confidentiality, Competence, and Communication*, *Mississippi Law Journal* 2014, No. 2, vol. 83.

Keywords: *business communication for lawyers, NLP in business communication, coaching for lawyers, law practice communication.*



Beck Akademia

seminaria • szkolenia • e-learning

www.akademia.beck.pl



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 30 000 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. Igrak, 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 przywołaniu 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).

Harmonogram publikacji:

Nr 1 – teksty do końca stycznia, druk luty/marzec

Nr 2 – teksty do końca kwietnia, druk maj/czerwiec

Nr 3 – teksty do końca lipca, druk sierpień/wrzesień

Nr 4 – teksty do końca października, druk listopad/grudzień

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 30,000 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, p. 12–13.

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

Ibidem, p. 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..., p. 28–29.

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

P. Igrak, Citing, [in:] *J. Kowalski* (ed.), How to do references?, Vol. 2, Warszawa 2006, p. 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).

Publication schedule (deadlines):

No. 1 – submitting manuscripts – end of January (print – February/March)

No. 2 – submitting manuscripts – end of April (print – May/June)

No. 3 – submitting manuscripts – end of July (print – August/September)

No. 4 – submitting manuscripts – end of October (print – November/December)

Contact Person: Aleksandra Klich PhD, e-mail: pme@beck.pl