



Redakcja:

Redaktor naczelny – prof. dr hab. Jacek Gołaczyński,

Sekretarz redakcji – dr Marek Leśniak-

Redaktor numeru – dr Dariusz Szostek

dr Dariusz Adamski

Rada programowa:

dr hab. prof. nadzw. UMK Andrzej Adamski

dr hab. prof. UKSW Grażyna Szpor

dr Marek Świerczyński, UKSW

dr Wojciech Wiewiórowski, UG

dr Grzegorz Sibiga, INP PAN

adwokat Xawery Konarski

dr hab. prof. nadzw. UW. Włodzimierz Gromski

dr hab. prof. nadzw. UW. Krzysztof Wójtowicz

prof. dr hab. Ryszard Jaworski, UW

radca prawny Jacek Wilczewski

adwokat Artur Kmiecik

Recenzent numeru:

prof. dr hab. Jacek Gołaczyński

Korekta językowa:

Halina Gewalt

Okadka, skład i łamanie:

Kamil Ligienza

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

ISSN 1899-1513

Adres redakcji:

Uniwersytet Wrocławski Wydział Prawa,

Administracji i Ekonomii,

Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych

Komunikacji Elektronicznej,

ul. Uniwersytecka 22/26, 51-145 Wrocław

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

Publikacja jest dostępna na stronie internetowej:

<http://cbke.prawo.uni.wroc.pl>

Produkcja:

VNT Law & Communications Sp. z o.o.

ul. Norblina 84, 40-748 Katowice,

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

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

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

www.vnt.com.pl

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,
Z przyjemnością przekazuję Państwu pierwszy numer czasopisma Kwartalnik Naukowy Prawo Mediów Elektronicznych. Czasopismo to stanowi kontynuację wydawanego przez Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego Elektronicznego Biuletynu (E-Biuletynu CBKE). Obecnie czasopismo będzie wydawane w wersji papierowej i elektronicznej (cbke.prawo.uni.wroc.pl). Przedmiotem publikacji będą artykuły odnoszące się w szczególności do rodzącego się na naszych oczach prawa nowych technologii, w szczególności prawa prywatnego, publicznego materialnego, informatyzacji postępowań sądowych i administracyjnych, informatyzacji rejestrów publicznych, przestępczości elektronicznej i innych.

Chciałbym jednocześnie zachęcić wszystkich autorów, którzy interesują się tą problematyką do publikowania na łamach niniejszego czasopisma, co pozwoli upowszechnić wiedzę o problemach, które wyrastają ze stosowania prawa nowych technologii.

Czasopismo będzie zawierało działy: aktualności, prawo prywatne, prawo publiczne, prawo karne, finansowe, orzecznictwo sądowe oraz recenzje.

Zapraszam do lektury pierwszego numeru Kwartalnika Naukowego Prawo Mediów Elektronicznych. W tym numerze prezentujemy artykuły: **dotyczące prawa prywatnego:** dra Marka Świerczyńskiego – „Prawo właściwe a nieuczciwa konkurencja w Internecie”, dr Justyny Balcarczyk – „Prasa internetowa – rejestracja?”, mgr Agaty Majchrowskiej – „Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu świadczenia usług elektronicznych z użyciem elektronicznych instrumentów płatniczych”, sędziego Łukasza Dyląga – „Elektroniczna forma oświadczenia woli”, **z zakresu prawa publicznego:** dra Dariusza Szostka – „Zmiany w kodeksie postępowania administracyjnego w aspekcie e-administracji”, dra Witolda Srokosza – „Zakres stosowania dyrektywy PSD (Payment Services Directive)”, dra Andrzeja Michóra – „Komisja nadzoru finansowego jako gwarant stabilności systemu finansowego w Polsce”, mgra Łukasza Goździaszka – „Podpis elektroniczny w prawie amerykańskim” oraz **z zakresu prawa karnego:** dra Michała Bernaczyk, mgr Anny Presz – „Karnoprawna ochrona dostępu do informacji publicznej w działalności prokuratury i sądów powszechnych”.

Mam nadzieję, że przedstawiona problematyka znajdzie u Państwa zainteresowanie, dotyczy bowiem aktualnych problemów prawnych związanych z prawem mediów elektronicznych.

Prof. dr hab. J. Gołaczyński

Zasady publikacji:

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

AKTUALNOŚCI

KONFERENCJA: ELEKTRONICZNE POSTĘPOWANIE UPOMINAWCZE. REWOLUCJA W PROCEDURZE CYWILNEJ?



W dniu 4.11.2009 r. odbyła się w Warszawie Konferencja z cyklu Informatyzacja Wymiaru Sprawiedliwości: „Elektroniczne postępowanie upominawcze. Rewolucja w procedurze cywilnej?”. Patronat nad konferencją objęli: Minister Sprawiedliwości, Krajowa Rada Adwokacka, Krajowa Izba Radców Prawnych, Krajowa Rada Komornicza. Patronat medialny objęło Wydawnictwo C.H. Beck oraz „Monitor Prawniczy”, partnerami konferencji byli Unizeto oraz Currenda. Całość została zorganizowana przez VNT Law & Communications sp. z o.o. (podmiot organizujący dedykowane, specjalistyczne konferencje, seminaria i szkolenia z zakresu prawa, w tym prawa nowych technologii, prawa farmaceutycznego, ubezpieczeń, prawa prywatnego itp. współpracujący z wybitnymi specjalistami z tego zakresu).

Uczestnikami konferencji byli prezesi sądów okręgowych, sędziowie, adwokaci, radcowie prawni, komornicy z czołowych polskich kancelarii, a także bankowcy oraz pełnomocnicy największych podmiotów firm windykacyjnych oraz telekomunikacyjnych. Swoją obecnością zaszczylicili uczestników konferencji m.in.: wiceminister sprawiedliwości **Jacek Czaja**, prezes Krajowej Rady Radców Prawnych **Maciej Bobrowicz**, wiceprezes Naczelnej Rady Adwokackiej **Andrzej Michałowski**, wiceprezes Krajowej Izby Komorników **Michał Redelbach**, wicedyrektor Departamentu Sądów Powszechnych Ministerstwa Sprawiedliwości **Grzegorz Wałęjko**.

Wykłady dotyczące informatyzacji wymiaru sprawiedliwości, ze szczególnym uwzględnieniem elektronicznego postępowania upominawczego wygłosili: wiceminister sprawiedliwości **Jacek Czaja** oraz członkowie zespołu Ministra Sprawiedliwości, pod kierownictwem prof. dr hab. **Jacka Gołaczyńskiego**, przygotowujący projekt ustawy. Konferencję zakończyła debata przy okrągłym stole dotycząca informatyzacji nie tylko wymiaru sprawiedliwości ale także korporacji prawniczych i ich członków.



KONFERENCJA: NOWELIZACJA USTAWY O INFORMATYZACJI



W dniu 27 stycznia w Warszawie odbyła się organizowana przez VNT Law & Communications oraz CBKE konferencja „Nowelizacja ustawy o informatyzacji”. Uczestnikami jej byli przedstawiciele naczelnych organów państwowych, reprezentanci samorządu, adwokaci, radcy prawni, naukowcy. Podczas konferencji przedstawiono zmiany jakie zostały przyjęte przez Sejm w zakresie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, oraz k.p.a. oraz ordynacji podatkowej. Uroczyste otwarcie konferencji nastąpiło przez **posła Marka Wójcika** – przewodniczącego Podkomisji nadzwyczajnej o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne, ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, który wygłosił wykład: Problematyka informatyzacji państwa. W dalszej kolejności **dr W. Wiewiórowski** (Dyrektor Departamentu Informatyzacji MSWiA) przedstawił konsekwencje wejścia w życie nowelizacji dla działalności administracji, **dr inż. K. Wojsyk** (Departament Informatyzacji MSWiA) wskazał na zmiany zakresu przedmiotowego ustawy o informatyzacji, a **dr D. Szostek**, **dr G. Sibiga** (eksperti w Zespole Zadaniowym ds. Uchylania Barrier Prawno-Proceduralnych e-Administracji Komitetu Rady Ministrów ds. Informatyzacji i Łączności (uczestniczący w pracach nad założeniami zmian ustawy o informatyzacji)), eksperci Sejmowej Podkomisji nadzwyczajnej o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy o informatyzacji) oraz **dr S. Kotecka** (Centrum Badań nad Komunikacją Elektroniczną Uniwersytetu Wrocławskiego) omówili zmiany w kodeksie postępowania administracyjnego oraz nowe ujęcie problematyki dokumentu elektronicznego.



NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE PRYWATNYM

DR MAREK ŚWIERCZYŃSKI¹

PRAWO WŁAŚCIWE A NIEUCZCIWA KONKURENCJA W INTERNECIE

Nowa regulacja ułatwiająca ustalenie prawa właściwego dla zobowiązań z czynów nieuczciwej konkurencji – również internetowych, które popełniono po 11 stycznia 2009 r. wynika z rozporządzenia WE nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych („Rzym II”)². Rozporządzenie to określa prawo właściwe dla zobowiązań pozaumownych (tj. z czynów niedozwolonych, bezpodstawnego wzbogacenia, prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia oraz z tytułu *culpa in contrahendo*) i wyłącza, poza nielicznymi przypadkami (na przykład w zakresie zniesławień i naruszenia prywatności), zastosowanie art. 31 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe³. Zmiany wprowadzone rozporządzeniem są istotne. Warto w szczególności wskazać, że rozporządzenie przewidywało odrębne regulacje kolizyjne dla zobowiązań ze „szczególnych” rodzajów deliktów, w tym także z czynów nieuczciwej konkurencji. Regulacja w tym ostatnim zakresie jest zawarta w art. 6 (wraz z regulacją dotyczącą zobowiązań z ograniczeń konkurencji, tj. odnoszącą się do tzw. prawa antymonopolowego).

Przepisy kolizyjne zawarte w art. 6 przewidują, że dla zobowiązań z czynu nieuczciwej konkurencji właściwe jest prawo państwa, w którym występuje lub jest prawdopodobne wystąpienie naruszenia stosunków konkurencyjnych, lub zbiorowych interesów konsumentów (ust. 1). Jednakże gdy czyn nieuczciwej konkurencji narusza wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta, stosuje się zasady ogólne określone w art. 4, włączając w to wybór prawa (ust. 2). Regulacja ta wyłącza zastosowanie reguł ogólnych rozporządzenia, w tym możliwości zastosowania wspólnego prawa personalnego stron przewidzianego w art. 4 ust. 2. Nie jest również dopuszczalne przez sąd uelastycznienie procesu wskazania prawa właściwego na podstawie klauzuli korekcyjnej (wymijającej) z art. 4 ust. 3⁴ ani wybór prawa właściwego przez strony na podstawie art. 14 rozporządzenia. Wyjątkiem

jest stosunkowo wąska kategoria czynów nieuczciwej konkurencji naruszających interes jedynie konkurencyjnego przedsiębiorcy, gdzie zastosowanie wspólnego prawa personalnego stron będzie możliwe w oparciu o art. 4 ust. 2 w zw. z art. 6 ust. 2.

W pkt 21 preambuły rozporządzenia wskazano, że art. 6 nie stanowi wyjątku od ogólnej zasady właściwości *legis loci damni* (prawa miejsca bezpośredniej szkody), wyrażonej w art. 4 ust. 1 rozporządzenia, ale stanowi jej doprecyzowanie, uwzględniające specyfikę naruszeń prawa konkurencji. Nie jest przy tym konieczne lokalizowanie szkody, co ma stanowić istotne ułatwienie dla sądu. Podkreślono też, że przyjęte rozwiązania chronią konkurentów, konsumentów i społeczeństwo oraz zapewniają prawidłowe funkcjonowanie gospodarki rynkowej. Założenia te skłaniają do wniosku, że nastąpiło odejście od tradycyjnego neutralnego charakteru regulacji kolizyjnej, natomiast uwzględniony został polityczny i ekonomiczny cel, który ma ona wypełniać⁵.

W związku z odrębnym uregulowaniem prawa właściwego dla zobowiązań z czynów nieuczciwej konkurencji oraz praktyk ograniczających wolną konkurencję powstaje problem ich rozróżnienia. Nie wszędzie bowiem rozróżnienie deliktów nieuczciwej konkurencji od praktyk naruszających konkurencję jest tak wyraźne, jak w prawie polskim⁶. Regulację prawa zapewniającego wolną konkurencję („prawo antymonopolowe”), sankcjonującego w szczególności zakazane porozumienia wertykalne ograniczające konkurencję oraz nadużycie pozycji dominującej, mają cele makroekonomiczne związane z zapewnieniem konkurencji na rynku. Przepisy dotyczące zwalczania nieuczciwej konkurencji mają cel skromniejszy, związany z ochroną uczciwości kupieckiej. Regulacja praktyk ograniczających swobodę konkurencji ma swoje źródło w regulacji wspólnotowej i znajduje nawet swoje miejsce w TFUE. W wielu państwach przewidziana jest właściwość organów administracyjnych, a nie sądów do rozstrzygania tego rodzaju spraw (np. w Polsce Urząd Ochrony Konkurencji, we Francji Rada Konkurencji – *Conseil de la concurrence*, a także Komisja Europejska), w konsekwencji przepisy w tym zakresie mają charakter publicznoprawny, nieuczciwa konkurencja podlega zaś przede wszystkim regulacji cywilnej⁷. Cywilnoprawny charakter nieuczciwej konkurencji uzupełniany jest co prawda o sankcje karne i administracyjne (np. we Francji

¹ dr Marek Świerczyński – autor oraz współautor kilkudziesięciu publikacji o tematyce prawa nowych technologii i prawa farmaceutycznego, w tym komentarza. adiunkta w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego WPIA UKSW, arbiter Sądu Polubownego ds. Domen Internetowych działającego przy PIIT.

² Dz.Urz. UE L 199 z 31 VII 2007 r., s. 40. Tekst rozporządzenia z krótkim omówieniem przedstawił J. Pisuliński, w: *Europejskie prawo cywilne, wybór i wprowadzenie Jerzy Pisuliński*, Warszawa 2009. Ogólny przegląd rozporządzenia przedstawiają publikacje: J. Pazdan, *Rozporządzenie Rzym II – nowe wspólnotowe unormowanie właściwości prawa dla zobowiązań pozaumownych*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”, Katowice 2009, t. 4, s. 13–35; M. Świerczyński, *Ujednolicenie reguł kolizyjnych dotyczących odpowiedzialności deliktowej (rozporządzenie Rzym II)*, „Monitor Prawniczy” (dalej: MoP) 2008, z. 8, s. 399–406 oraz M. Świerczyński, *Prawo właściwe dla zobowiązań deliktowych według rozporządzenia Rzym II*, „Edukacja Prawnicza” 2009, z. 3, s. 17–22. Na temat projektu rozporządzenia zob.: M. Fabjańska, M. Świerczyński, *Ujednolicenie norm kolizyjnych dotyczących zobowiązań pozaumownych*, KPP, R. XIII: 2004, z. 3, s. 717–766. Omówienie wstępnego projektu przedstawił P. Mostowik, *Prawo właściwe dla zobowiązań pozaumownych*, KPP, R. XI: 2002, z. 3, s. 733–753.

³ Dz.U. nr 46, poz. 290 ze zm. (dalej: p.p.m.).

⁴ A. Junker, *Die Rom II – Verordnung*, NJW 2007/51, s. 3679.

⁵ M. Pazdan, M. Szpunar, *Cross-border litigation of unfair competition over the Internet*, w: *International litigation in intellectual property and information technology* (red. A. Nuyts), Austin 2008, s. 135.

⁶ Przykładem jest „bardziej rozproszona” regulacja francuska, na co zwraca uwagę V. Pironon, *Concurrence déloyale et acte restreignant la libre concurrence*, w: *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (red. S. Corneloup and N. Joubert), Paris 2008, s. 112 w komentarzu do art. 6 rozporządzenia Rzym II

⁷ Zob. szerzej M. Szpunar, *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Kraków 2002.

nieuczciwe praktyki tego rodzaju są obłożone także sankcjami karnymi⁸), jednakże mają one charakter drugorzędny.

Nieuczciwą konkurencją (*unfair competition, concurrence déloyale*) są działania konkurencyjne sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Stosowanie norm prawa materialnego z zakresu zapobiegania i zwalczania nieuczciwej konkurencji zapewnia przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji przez uczestników rynku (zagwarantowanie „wolnej gry” konkurencji). Celem tych norm jest nie tylko ochrona poszkodowanych przedsiębiorców, ale również innych uczestników gry rynkowej (wśród nich konsumentów) oraz interesu publicznego. W konsekwencji prawo prywatne międzynarodowe powinno uwzględniać skutki czynów nieuczciwej konkurencji polegające na powstawaniu zakłóceń w prawidłowym funkcjonowaniu rynku danego państwa⁹.

Jak już wyżej wskazano, w prawie polskim rozróżnienie obu rodzajów regulacji (nieuczciwej konkurencji oraz praktyk przeciwdziałających konkurencji) jest wyraźne. Praktyki ograniczające wolną konkurencję są objęte regulacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁰ (u.o.k.k.) oraz aktami wykonawczymi do tej ustawy, natomiast deliktom nieuczciwej konkurencji poświęcona jest ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.)¹¹ (a także odrębne przepisy zawarte w innych ustawach, np. w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną). Oba te akty różnią się tym, iż pierwszy zakłada administracyjnoprawny sposób ochrony konkurencji, poprzez działanie Prezesa UOKiK oraz organów sądowych kolejnych instancji rozpatrujących odwołania od decyzji Prezesa UOKiK. Natomiast druga ustawa przewiduje dochodzenie roszczeń związanych z naruszeniem uczciwej konkurencji w drodze pozwów cywilnych przed sądami powszechnymi. To wyraźne rozróżnienie stopniowo jednak zacierza się (także w prawie polskim), co związane jest z procesem transpozycji prawa unijnego¹². Powstają wątpliwości co do charakteru regulacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk rynkowych¹³. To wyraźne rozróżnienie przyjęte w prawie polskim (oraz brak takiego rozróżnienia w niektórych innych systemach prawnych) ma o tyle mniejsze znaczenie w świetle art. 6 rozporządzenia „Rzym II”, że pojęcia w nim zawarte należy poddać wykładni autonomicznej, nie wiążąc się kwalifikacjami przyjmowanymi na gruncie prawa krajowego. Pozwala to również na rozwiązanie problemu terminologii z zakresu prawa konkurencji, gdzie używa się często zamiennych zwrotów, takich jak prawo: kartelowe, antymonopolowe, antytrustowe itp.¹⁴

W przypadku czynów nieuczciwej konkurencji nie jest dopuszczalny – z pewnymi wyjątkami, o czym poniżej – przewi-

dziany w art. 14 rozporządzenia „Rzym II” wybór prawa przez strony zobowiązania, zarówno następczy, jak i uprzedni. Regulacje z zakresu nieuczciwej konkurencji chronią bowiem interes publiczny (w tym interesy osób trzecich, w szczególności konsumentów)¹⁵, tak więc ze względu na potrzebę zapewnienia tej ochrony zadecydowano o wyłączeniu dopuszczalności wyboru prawa przez strony. Jeśli bowiem strony dokonałyby wyboru prawa mniej albo bardziej restrykcyjnego aniżeli obowiązujące na danym rynku, spowodowałoby to, że stosunki konkurencyjne istniejące na tym rynku mogłyby doznać uszczerbku¹⁶. W tej sytuacji wybór innego prawa niż prawo wskazane łącznikiem rynku (miejsca gospodarczych skutków czynu) powodowałby tworzenie na obcych rynkach „enklaw prawnych”. Wyłączenie wyboru prawa – jak się powszechnie przyjmuje¹⁷ – nie dotyczy czynów nieuczciwej konkurencji naruszających wyłącznie interesy określonego konkurenta, tj. określonych w art. 6 ust. 2).

Przed rozpoczęciem obowiązywania rozporządzenia „Rzym II” delikty nieuczciwej konkurencji w polskim prawie kolizyjnym podlegały ogólnej regulacji art. 31 ustawy p.p.m. z 1965 r. (wątpliwości mogły natomiast dotyczyć praktyk ograniczających wolną konkurencję, ze względu na ich publicznoprawny charakter; jednak kwestia ta miała marginalne znaczenie ze względu na brak wyspecjalizowanych instrumentów prywatnoprawnych dochodzenia roszczeń). Zastrzeżenia budziła możliwość zastosowania wspólnego prawa personalnego na podstawie art. 31 § 2 ustawy o p.p.m. Wraz z wejściem w życie rozporządzenia „Rzym II” naruszenia prawa konkurencji podlegają po raz pierwszy odrębnej regulacji, która uwzględnia ich specyfikę. Wyłącza ona zastosowanie reguł ogólnych, zarówno polskiej ustawy (art. 31), jak i rozporządzenia (art. 4).

Jak już wyżej wskazano, zgodnie z art. 6 ust. 1 rozporządzenia, prawem właściwym dla zobowiązania pozaumownego wynikającego z czynu nieuczciwej konkurencji jest prawo państwa, w którym występuje lub jest prawdopodobne wystąpienie naruszenia stosunków konkurencyjnych lub zbiorowych interesów konsumentów. Treść art. 6 ust. 1 – 2 rozporządzenia została jedynie nieznacznie zmieniona w stosunku do jego odpowiednika – art. 5 projektu rozporządzenia z 2003 r. Przepis ten spotkał się z bowiem z generalną aprobatą w piśmiennictwie¹⁸. Rozwiązanie przyjęte w rozporządzeniu „Rzym II” wydaje się być zgodne z zasadą, że podstawowym kryterium dla celu wskazania prawa właściwego w przypadku deliktów nieuczciwej konkurencji powinien być rynek państwa, w którym powstają gospodarcze skutki czynu (w skrócie łącznik rynku, „*règle du marché affecté*”, „*Auswirkungsprinzip*”, „*lieu du marché*”). Wskazuje się przy tym, że pojęcie „rynku” jest po prostu ekonomicznym odpowiednikiem pojęcia skutku czynu niedozwolonego. Uważa się, że łącznik rynku gwarantuje równe traktowanie konkurentów, zapewnia właściwość prawa regulującego „środowisko ekonomiczne” konsu-

⁸ J. Swajda, I. B. Mika, *Darmowe publikowanie ogłoszeń i reklamy a prawo konkurencji*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1999, z. 3, s. 559.

⁹ Zob. C. Honorati, *The Law applicable to unfair competition*, w: A. Malatesta: *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe. The “Rome II” Proposal*, Padova 2006, s. 127; W Explanatory Memorandum na s. 15 wskazuje się wprost: „This three-dimensional function of competition law must be reflected in a modern Conflict-of-laws instrument”.

¹⁰ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

¹¹ Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jednolity z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

¹² Przykładowo Dyrektywa 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej, która zastąpiła Dyrektywę 84/45/EWG.

¹³ Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z dnia 23 sierpnia 2007 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1206).

¹⁴ E. Figura, *Nieuczciwa konkurencja w świetle rozporządzenia „Rzym II”*, EPS lipiec 2009, s. 30.

¹⁵ A. Dyer, *Unfair Competition in Private International Law*, RCADI 1988, t. 211 (IV), s. 443; B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997*, s. 372 i 393; T. K. Graziano 2003, s. 91 – 92; A.-C. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, *L’acte illicite et l’enrichissement illicite dans le nouveau droit international privé suisse*, Zürich 1990, s. 82.

¹⁶ M. Szpunar, *Promocja towarów...*, s. 204.

¹⁷ Y. Nishitani, *La loi applicable à la responsabilité délictuelle — Le règlement « Rome II » du point de vue japonais*, w: *Revue internationale de droit comparé* 2008, s. 656; S. Leible, M. Lehmann, *Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)*, RIW 2007, s. 730; G. Wagner, *Die neue Rom II-Verordnung*, IPRax – Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2008/1-2, s. 8; V. Pironon, *Concurrence...*, s. 124.

¹⁸ Zaznacza to Komisja Europejska w dokumencie: Podsumowanie komentarzy do wstępnego projektu Rzym II.

mentów i umożliwia państwu ochronę instytucji konkurencji, stanowiącej integralną część ich polityki gospodarczej¹⁹. Przepisy art. 6 ust. 1 realizują zatem również postulat ochrony słabszej strony²⁰. W art. 6 ust. 1 rozporządzenia, mimo oczywistej inspiracji, nie posłużono się wprost pojęciem rynku, co tłumaczy się zamiarem precyzyjnego wskazania prawa właściwego, bez odwołania do pojęć nieostrych²¹. Obszar rynku zmienia się bowiem w zależności od produktu i nie jest tożsamy z terytorium danego państwa. Mógłby również nasuwać wątpliwości w odniesieniu do naruszeń internetowych. Miejsce naruszenia stosunków konkurencyjnych lub zbiorowych interesów konsumentów jest natomiast rozumiane jako obszar (niekoniecznie terytorium), na którym działa dwóch lub więcej konkurentów, z których jeden zachowuje się nieuczciwie, naruszając dotychczasowe stosunki oraz interesy innych uczestników gry rynkowej²².

Odrębne zasady ustalania prawa właściwego dotyczą sytuacji, gdy czyn nieuczciwej konkurencji narusza wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta. Rozróżnia się bowiem „delikty nieuczciwej konkurencji dotyczących rynku” od „deliktów nieuczciwej konkurencji dotyczących wyłącznie konkurentów”²³. W drugim przypadku zastosowanie znajdują zasady ogólne (wraz z możliwością zastosowania wspólnego prawa personalnego, reguły korekcyjnej albo wyboru prawa właściwego przez strony zobowiązania, zarówno uprzedniego, jak i następczego). Nie powstaje bowiem potrzeba szczególnej ochrony interesu publicznego (zbiorowych interesów konsumentów), ponieważ wpływ takich deliktów na istniejące na rynku relacje konkurencji jest znikomy. Do tej grupy deliktów zalicza się m.in. szpiegostwo przemysłowe, namawianie do naruszenia lub wypowiedzenia umów (pracownika lub kontrahenta), namawianie do strajku, przekupstwo, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa²⁴. Z kolei deliktami niepodlegającymi powyższemu wyłączeniu będą działania oddziałujące na funkcjonowanie całego rynku, np. stosowanie wprowadzających w błąd oznaczeń handlowych bądź prowadzenie niedozwolonych promocji wśród konsumentów, jak i przesyłanie niezamawianych informacji handlowych drogą elektroniczną (*spamu*). Zastrzeżenia może budzić użycie słowa „wyłącznie”, które może sprzyjać zawężającej interpretacji ust. 2. Dlatego też każdorazowo należy badać wpływ naruszenia na stosunki konkurencyjne, nie wiążąc się „nazwą” deliktu przyjętą w danym prawie krajowym.

Prawem właściwym dla zobowiązania pozaumownego wynikającego z czynu nieuczciwej konkurencji, naruszającego wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta (art. 6 ust. 2), jest zatem prawo państwa, w którym powstaje szkoda, niezależnie od tego, w jakim państwie miało miejsce zdarzenie powodujące szkodę, oraz niezależnie od tego, w jakim państwie lub państwach występują skutki pośrednie tego zdarzenia (art. 4 ust. 1). Jednakże w przypadku,

gdy osoba, której przypisuje się odpowiedzialność i poszkodowany mają, w chwili powstania szkody miejsce zwykłego pobytu w tym samym państwie, stosuje się prawo tego państwa (art. 4 ust. 2). Ponadto, jeżeli ze wszystkich okoliczności sprawy wyraźnie wynika, że czyn niedozwolony pozostaje w znacznie ściślejszym związku z państwem innym niż państwo wskazane na powyższych zasadach, stosuje się prawo tego innego państwa. Znacznie ściślejszy związek z innym państwem może polegać, w szczególności, na istnieniu wcześniejszego stosunku pomiędzy stronami, takiego jak umowa, ściśle związanego z danym czynem niedozwolonym. Ponadto, jak już wyżej wskazano, dla zobowiązania pozaumownego wynikającego z czynu nieuczciwej konkurencji, naruszającego wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta, strony mogą dokonać wyboru prawa właściwego w drodze porozumienia zawartego po wystąpieniu zdarzenia powodującego szkodę (art. 14 ust. 1 pkt a)²⁵. Powyższa kaskada łączników uelastycznia proces wskazania prawa właściwego, ale sprzyja niepewności prawa. Zastrzeżenia co do możliwości wyboru prawa właściwego w przypadku deliktów wskazanych w art. 6 ust. 2 rozporządzenia podnosi J. Von zart. 4, a nie do art. 14, natomiast art. 6 ust. 4 (wyłączający wybór prawa) odnosi się do wyłączenia dopuszczalności wyboru prawa we wszystkich przypadkach regulowanych w artykule („under this article”), a nie tylko ust. 1 i 3 (nie został zatem pominięty ust. 2, która dotyczy naruszeń wyłącznie interesów konkurenta)²⁶.

W przypadku zobowiązań z czynów nieuczciwej konkurencji popełnionych w Internecie, dla prawidłowego stosowania łącznika użytego w art. 6 ust. 1 wymagane jest uwzględnienie specyficznego dla obrotu elektronicznego charakteru stosunków konkurencyjnych i zbiorowych interesów konsumentów²⁷. Należy przyjąć, że istotne znaczenie ma ochrona interesów użytkowników sieci. Mniejsze znaczenie może mieć istnienie stosunku konkurencyjnego między powodem a pozwanym, jeśli roszczenie będzie zmierzać do ochrony zbiorowych interesów konsumentów²⁸. Z uwagi na niematerialny charakter obrotu prowadzonego przez Internet wskazanie rynku, na którym dochodzi do kolizji interesów konkurujących przedsiębiorców, może okazać się bardzo trudne²⁹. Z kolei niektóre praktyki z zakresu nieuczciwej konkurencji mogą negatywnie wpływać na stosunki konkurencyjne na rynkach wielu państw³⁰. Podobne trudności w lokalizacji właściwego rynku powstają jednak już wcześniej w odniesieniu do bardziej tradycyjnych środków masowego przekazu (radio, prasa, telewizja). Dlatego też rozwiązanie zawarte w art. 6 ust. 1 rozporządzenia, które odchodzi od nieostrego pojęcia rynku, należy ocenić pozytywnie również w kontekście „naruszeń elektronicznych”. Pozwala ono na podjęcie próby odszukania jednego prawa właściwego w ramach elastycznej wykładni łącznika. W mojej ocenie, omawiane prze-

¹⁹ Explanatory Memorandum, s. 16; Por. F.-J. Danthe, *Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale*, Genève 1998, s. 85–89 i 280; A.-C. Imhoff-Scheier, P.M. Patocchi, *L'acte illicite...*, s. 53.

²⁰ E. Lein, *The New Rome I/Rome II/Brussels I Synergy*, Yearbook of Private International Law 2008, nr 10, s. 187–188.

²¹ Zob. raport D. Wallis z 28.06.2007 r. w sprawie połączonych projektów rozporządzenia, dostępny na stronie internetowej pod adresem <http://www.dianawallismep.org.uk/pages/rome2.html>.

²² E. Figura, *Nieuczciwa...*, s. 32; M. Leistner, *Unfair Competition Law Protection Against Imitations: A Hybrid under the Future Art. 5 Rome II Regulation?*, w: *Intellectual Property ...* (red. J. Basedow, A. Kur, A. Metzger), s. 137 i n.

²³ Po raz pierwszy rozróżnienia tego dokonał K. Troller – cyt. za M. Szpunar, *Kolizyjnoprawne...*, s. 180; rozróżnienie to występuje np. w ustawie szwajcarskiej o p.p.m.

²⁴ T. K. Graziano, *Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle (règlement Rome II)*, RCDIP 2009, no 1, s. 492.

²⁵ Y. Nishitani, *La loi applicable...* s. 656; S. Leible, M. Lehmann, *Die neue EG-Verordnung...*, RIW 2007, s. 730; G. Wagner, *Die neue...*, s. 8; V. Pironon, *Concurrence...*, s. 124.

²⁶ J. Von Heim, *Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law*, *Rechts Zeitschrift: Special Issue on the Communitarisation of Private International Law 2009*, Vol. 73, No. 3, s. 500.

²⁷ M. Pertegas Sender, *Internet-based unfair competition: where to litigate? (w): A decade of research at the crossroads of Law and ICT*, Ghent 2000, s. 205 i n.; F. Leclerc, *Concurrence déloyale et droit international privé (w): La concurrence déloyale* (red. Y. Serra), Paris 2001, s. 79 i n., 89 i n.).

²⁸ P. Mankowski, *Particular Kinds of Unfair Competition on the Internet and Conflict of Laws*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 2001, vol. 32, nr 4, s. 390 i n.

²⁹ A. Thünken, *Multi-State Advertising Over The Internet And The Private International Law Of Unfair Competition*, *ICLQ* October 2002, s. 921.

³⁰ M. Szpunar, *Kolizyjnoprawne...*, s. 169.

pisy rozporządzenia należy stosować przy uwzględnieniu koncepcji „nakierowania” przekazu. Oznacza to, że nie wystarczy więc, przykładowo, sama dostępność strony internetowej na terytorium danego państwa, ale trzeba dokonać analizy całego stanu faktycznego dla stwierdzenia powiązania między działaniem przedsiębiorcy a terytorium danego państwa³¹. Jednym z istotniejszych kryteriów będzie skala przyjmowania zamówień za pomocą danej strony internetowej z terytorium tego państwa. Jeżeli działanie prowadzone za pomocą Internetu wpływa na rynki wielu państw, konieczne może okazać się zastosowanie prawa tych kilku państw. Zgodnie z postulatem M. Szpunara³², roszczenia niemające charakteru odszkodowawczego (np. roszczenie o zaprzestanie, o usunięcie skutków naruszenia, o ustalenie, o złożenie oświadczenia) powinny być przy tym ograniczone terytorialnie.

W przypadku zbiegu roszczeń z tytułu nieuczciwej konkurencji oraz praw na dobrach niematerialnych (naruszenie prawa z rejestracji znaku towarowego, patentu lub praw autorskich) należy dokonać odpowiednich zabiegów rozgraniczających. Zgodnie z podziałem przyjętym na gruncie prawa materialnego przez E. Traple³³, możliwe są trzy płaszczyzny relacji przepisów: 1) uzupełniająca lub kumulatywna ochrona dóbr niematerialnych chronionych prawami wyłącznymi na podstawie przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 2) ochrona dóbr niematerialnych, które nie są chronione prawami wyłącznymi; 3) kolizja przepisów ustaw. W pierwszym wypadku prawo właściwe będzie ustalane odrębnie na podstawie art. 6 w zakresie roszczeń związanych z nieuczciwą konkurencją oraz art. 8 lub 13 w zakresie roszczeń związanych z ochroną praw na dobrach niematerialnych. Konieczne może okazać się zastosowanie odpowiednich zabiegów dostosowawczych³⁴. Przykładowo wspólnotowy znak towarowy może podlegać ochronie zarówno w świetle prawa wskazanego na podstawie art. 8 ust. 2 (miejsce naruszenia), jak i prawa wskazanego na podstawie art. 6 ust. 1 rozporządzenia „Rzym II”. Zbieg roszczeń jest różnie regulowany w systemach prawnych, z reguły jednak łatwiej jest powodowi dochodzić roszczeń ze względu na naruszenie jego praw wyłącznych – w tym praw własności intelektualnej. W praktyce może się więc okazać, że roszczenie z tytułu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji zostanie wykorzystywane jedynie pomocniczo, w ostatniej kolejności³⁵. Niemniej jednak w dalszym ciągu konieczne będzie odrębne ustalenie prawa właściwego dla roszczeń powoda z tego zakresu.

Na koniec warto jeszcze wskazać na jedno zagadnienie – zasadę państwa pochodzenia, wynikającą z przepisów krajowych, dokonujących transpozycji niektórych dyrektyw – może ona na

podstawie art. 27 wyłączyć zastosowanie art. 6 ust. 1 – 2 rozporządzenia. Normy takie wynikają m.in. z Dyrektywy 2001/31 oraz – jak się wydaje – z Dyrektywy 2005/29.

³¹ Por. sprawa Yahoo! Inc. i Yahoo France – Trib.gde inst. Paris (réf) 20 listopada 2000 r. U.E.J.F. et L.I.C.R.A. c. Yahoo! Inc et Yahoo France! (TGI de Paris, référé, 22 mai 2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France, Rev. Lamy dr. aff. 2000, no 29, no 1844, obs. L. Costes; TGI de Paris, référé, 20 novembre 2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc, Journal des tribunaux no 6011 z 12 maja 2001 r. z glosą G. Stuer, Y. Deketelaere; Treść orzeczeń jest też dostępna na stronie www.droit-technologie.org w dziale „Jurisprudence”. Orzeczenia trybunału było szeroko dyskutowane w literaturze, zob. m.in.: J. P. Hugot, The Universal Jurisdiction of the French Courts in Civil and Criminal Cases: The Road to Digital Purgatory?, Ent.L.R. 2002, nr 3, s. 49 – 55; L. Determann, S. M. Ang-Olson, Recognition and Enforcement of Foreign Injunctions in the U.S. Yahoo!, Inc. v. La Ligne Contre Le Racisme et L'Antisemitisme – influential pretendent for Freedom of speech on the Internet or routin confirmation of long established principles regarding equitable relief?, CRI 2002, nr 5, s. 129-134; U. Kohl, Eggs, Jurisdiction, and the Internet, ICLQ 2003, s. 559, 577; J. Czekalska, Jurysdykcja w cyberprzestrzeni a teoria przestrzeni międzynarodowych, PiP 2004, z. 11, s. 75 -76).

³² M. Szpunar, Kolizyjnoprawne..., s. 192.

³³ E. Traple, Stosunek czynu nieuczciwej konkurencji do praw własności intelektualnej, ZNUJ PWOWI 2001, nr 77, s. 9.

³⁴ Zob. M. Pazdan, Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2008, s. 82-83.

³⁵ Por. M. Szpunar, Kolizyjnoprawne..., s. 170.

PRASA INTERNETOWA – REJESTRACJA?

Niniejszy artykuł, będący kontynuacją publikacji dotyczącej analizy pojęcia prasy internetowej oraz jego podstawy prawnej², ma za swój przedmiot zagadnienie rejestracji publikatorów elektronicznych. Celem rozważań jest przybliżenie stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wydanego na podstawie art. 20 ustawy z 26.1.1984 r. – Prawo prasowe³ (zw. *dal. PrPras*), jak również przedstawienie projektowanej nowelizacji PrPras w tym zakresie. Pytanie, na które, na bazie poczynionych obserwacji, poszukiwana będzie odpowiedź, dotyczy tego, czy stanowisko głoszące, iż prasa internetowa powinna być rejestrowana, jest faktycznie uzasadnione. Jako iż kwestia ta może budzić obiekcje i trudno jest ją jednoznacznie przesądzić – tytuł został oznaczony znakiem zapytania, mającym dodatkowo zaznaczać wątpliwości wiążące się z omawianą problematyką.

Na wstępie należy jednakże poczynić zastrzeżenie, które nie przez wszystkich jest dostrzegane. PrPras konstytuuje wymóg rejestracji, lecz ogranicza je wyłącznie do dzienników i czasopism, a nie rozciąga na całą prasę⁴. Termin „prasa” został przez ustawodawcę zdefiniowany w sposób otwarty⁵. Wśród przykładowo wymienionych publikacji prasowych znajdują się również „wszelkie istniejące i powstające w wyniku postępu technicznego środki masowego przekazywania”. Ta część definicji, w ocenie autorki niniejszego opracowania, pozwala więc objąć Internet terminem „prasy” jako „środka masowego przekazywania”⁶ pod warunkiem, iż za jego pośrednictwem następuje „upowszech-

nianie” publikacji periodycznych”, co wprost wynika z brzmienia art. 7 ust. 2 pkt. 1 PrPras. Z kolei dziennikiem jest ogólnoinformacyjny druk periodyczny lub przekaz za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu, ukazujący się częściej niż raz w tygodniu⁸, a czasopismem – druk periodyczny ukazujący się nie częściej niż raz w tygodniu, a nie rzadziej niż raz w roku; przepis ten stosuje się odpowiednio do przekazu za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu innego niż dziennik⁹.

Cechą wspólną zarówno dla prasy, jak i dla jej szczególnych postaci – dziennika i czasopisma, jest periodyczność. Jak było to już wskazane w analizie tyczącej się kwestii definicyjnych¹⁰ – w przypadku publikacji rozpowszechnianych elektronicznie, niezależnie od tego, czy występują one wyłącznie *on-line*, czy też są odpowiednikiem prasy drukowanej, wydaje się, że w przypadku codziennego zamieszczania nowego wydania określonego periodyku oraz następnie aktualizowania na bieżąco informacji tam zamieszczonych, taka praktyka nie powinna uniemożliwiać uznania go za publikację periodyczną, pod warunkiem, że aktualizacji towarzyszy oferowanie odbiorcy nowych egzemplarzy publikatora jako całości. Takie stanowisko, z którym należy się w pełni zgodzić, przedstawił Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, który wskazał, iż „wobec braku definicji ustawowej pojęcia „periodyczność” należy dokonać jego wykładni, mając na uwadze pozostałe elementy pojęcia prasy w zanczeniu przedmiotowym, które dotyczą również dzienników i czasopism, tj. wymóg posiadania przez te publikacje kolejnego numeru bieżącego i daty. Te dwa elementy dają podstawę do uznania, że intencją ustawodawcy było objęcie obowiązkiem rejestracji tylko tych publikacji, które ukazując się periodycznie, stanowią zamkniętą technicznie całość, do której można w przyszłości odnieść się jako do danego numeru dziennika (czasopisma), ukazującego się pod stałym tytułem”¹¹. W tym ujęciu periodyczność została zdefiniowana jako „sukcesywne, następujące w regularnych odstępach czasu ukazywanie się kolejnych nowych nośników informacji przynależnych do danego druku, przekazu audialnego czy też audiowizualnego”¹². Gdy więc aktualizacji nie towarzyszy dostarczanie czytelnikowi nowych egzemplarzy elektronicznych jako całości¹³, wniosek o rejestrację takiego publikatora, jako niespeł-

¹ dr Justyna Balcarczyk – adiunkt w Zakładzie Prawa Cywilnego i Prywatnego Międzynarodowego Wydziału Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, współpracownik Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej

² J. Balcarczyk, *Prasa internetowa (cz. 1) – próba przybliżenia pojęcia, podstawa prawna, Prawo Mediów Elektronicznych*, dodatek do Monitora Prawniczego nr 16/2008, s. 30-33.

³ Dz. U. nr 5 poz. 24 ze zm.; dalej jako PrPras; zgodnie z którym: „Wydawanie dziennika lub czasopisma wymaga rejestracji w sądzie wojewódzkim właściwym miejscowo dla siedziby wydawcy, zwanym dalej „organem rejestracyjnym”. Do postępowania w tych sprawach stosuje się przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym, ze zmianami wynikającymi z niniejszej ustawy”

⁴ Art. 20 ust. 1 PrPras.

⁵ O czym świadczy posłużenie się terminem „w szczególności” w definicji zawartej w art. 7 ust. 2 pkt. 1 PrPras.

⁶ Tak też: J. Barta, R. Markiewicz, *Postęp techniczny w mediach [w:] Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2005, s. 184. M. Lampart, *Internet a prasa – czy strony internetowe to prasa?*, *Edukacja Prawnicza* nr 2, 2008, s. 37, E. Ferenc – Szydło, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 78, J. Maciąg, S. Stanisławska, *Internet – prasa – prawo*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej*, 1997, z. 68, str. 89. Dodatkowo, wprowadzie art. 7 ust. 2 pkt. 1 PrPras posługuje się określeniem „środka masowego przekazywania”, lecz można na zasadzie analogii wykluczyć terminu „środki masowego komunikowania”, którym posługuje się art. 212 i 216 kk. Sąd Najwyższy zauważył, iż jest to termin, w którym ustawodawca akcentuje fakt, iż wiadomość przekazywana przez te środki dociera – bądź potencjalnie może docierać – do szerokiego rzesz odbiorców. W tej sytuacji środkami masowego komunikowania będą wszystkie środki, których działanie sprowadza się do masowego przekazywania rozmaitych treści. Czyli do środków tych wypadnie zaliczyć nie tylko prasę drukowaną, przekaz radiowy i telewizyjny, lecz także książkę, plakat, film oraz przekaz za pomocą Internetu (tak: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2008 r., III KK 234/07, OSNKW 2008 r., z. 9, poz. 69). Odmienne: E. Nowińska, *Prasa drukowana [w:] Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2005, s. 96. Wskazuje ona, iż Internet powinien być zaliczony do środków komunikacji indywidualnej, a nie masowej, choć o globalnym zasięgu. W konsekwencji – autorka nie uznaje go za prasę, lecz za możliwy techniczny środek rozpowszechniania informacji w postaci „klasycznej”.

⁷ Należy wyrazić wątpliwość, czy posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „upowszechnienie” jest prawidłowe. Bardziej zasadne wydawałoby się bowiem użycie określenia „rozpowszechnienie”, do którego w kontekście licencji ustawowej związanej z informacjami prasowymi nawiązuje art. 25 ustawy z 4.2.1994 o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej jako PrAut) i który przez tę ustawę jest definiowany jako publiczne udostępnienie (art. 6 ust. 1 pkt. 3 PrAut).

⁸ Art. 7 ust. 2 pkt. 2 PrPras.

⁹ Art. 7 ust. 2 pkt. 3 PrPras.

¹⁰ J. Balcarczyk, *Prasa internetowa (cz. 1)...*, s. 32.

¹¹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 9 kwietnia 2008 r., I ACA 259/08, niepubl.

¹² Ibidem.

¹³ Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w powołanym postanowieniu uznał, iż dla celów kwalifikacyjnych nie można interpretować pojęcia „numer bieżący” publikatora jedynie jako opatrzenie go cyfrą. Wymóg ten powinien być bowiem spełniony także wówczas, gdy kolejny numer dziennika lub czasopisma jest oznaczony w sposób identyfikujący go z danym

niający wymogów kwalifikacyjnych z art. 7 ust. 2 pkt. 2 lub 3 PrPras, powinien być oddalony¹⁴.

Powyższa wykładnia terminu „periodyczność” nie pozwala jednak uznać, iż w odniesieniu do periodyków internetowych określanie ich terminem „dziennika” lub „czasopisma” jest *explicite* usprawiedliwione. W przypadku pierwszego z nich, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 7 ust. 2 pkt. 2 PrPras, niezbędnym jest także ustalenie, iż ma on charakter ogólnoinformacyjny, przybiera postać druku lub ma charakter przekazu za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu, ukazującego się częściej niż raz w tygodniu. Natomiast dla objęcia terminem „czasopismo” wymagana jest periodyczność oparta na częstotliwości rzadszej, niż tygodniowa, lecz nie przekraczającej miesiąca oraz forma druku. Zgodnie z literalnym brzmieniem obu definicji legalnych można by wnioskować, że jedynie dziennik ma za cel rozpowszechnienie przekazów o charakterze informacyjnym. Mając jednak na uwadze wykładnię celowościową wydaje się, iż cechą tę należy przypisać obu publikatorom¹⁵. W tym kontekście zasadna będzie teza, iż przy wartościowaniu, czy dany przekaz może być ujmowany jako dziennik lub czasopismo, należy wziąć pod uwagę cel, jakiemu ma służyć. Zgodnie z tezą wyrażoną przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie „skoro rolą i zadaniem prasy jest rozpowszechnianie informacji, to periodyczność przekazu, czyli cyklicznego informowania opinii publicznej o określonych faktach społecznych, ekonomicznych, gospodarczych, politycznych, oświatowych, kulturalnych, z zakresu muzyki, filmu i sztuki, etc., pod oznaczonym tytułem, nazwą, adresem czy nawet linkiem, wskazywać będzie na cel, jaki realizuje redakcja, wydawca czy autor danej publikacji elektronicznej, na stworzonej specjalnie w tym celu stronie internetowej¹⁶”. Periodyki mają bowiem służyć rozpowszechnianiu informacji, myśli oraz poglądów dotyczących kwestii powszechnych¹⁷. Taka konstatacja pozwala na wyłączenie spod terminu dziennika lub czasopisma wszelkiego rodzaju blogi, witryny założone i prowadzone przez organizacje, instytucje, szkoły i tym samym niezawierające informacji ogólnego zainteresowania, choćby lokalnego.

Z definicji obu terminów należy dodatkowo wnioskować, iż dziennik wymaga bądź formy druku, bądź powinien dotyczyć przekazu za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu. Bez wątpienia publikator internetowy nie spełnia żadnych w tych wymogów. W tym wypadku jednak zasadne wydaje się odesłanie do wykładni dynamicznej i uznanie, iż jako że w dacie uchwalenia PrPras nie było możliwym uwzględnienie przez ustawodawcę publikatorów elektronicznych, terminowi „druk” należy przypisać szersze znaczenie, niż wynikałoby to z jego literalnego brzmienia. Historycznie wątpliwość taka już się pojawiła na tle wykładni terminu „druk” w znaczeniu przypisanemu temu określeniu w Dekre-

cie z dnia 5 lipca 1946 r. o utworzeniu Głównego Urzędu Kontroli Prasy, Publikacji i Widowisk¹⁸. Sąd Najwyższy w roku 1963 analizował, czy określenie to obejmuje także materiały powielane, czy też koniecznym jest odwoływanie się do dawnego jego rozumienia i uznanie, iż „drukować, tj. wyciskać, to wytłaczać litery jakiegoś pisma m. in. na papierze przy użyciu np. farb, taśmy do pisania na maszynie¹⁹”. Konkluzja była w tym wypadku oczywista – uznano, iż nie sposób nie uwzględnić postępu technicznego i obstarzać przy interpretacji znaczeniowej odnoszącej się do starej techniki. Wydaje się, iż na zasadzie analogii można tę argumentację zastosować również i w analizowanej sytuacji i objąć w konsekwencji przekazy rozpowszechniane za pomocą sieci Internet terminem „dziennika” lub „czasopisma” po ustaleniu, iż przekaz ten cechuje periodyczność oraz, iż ma on charakter ogólnoinformacyjny. Dodatkowo, w przypadku obowiązku rejestracji warto zauważyć, iż obowiązek ten dotyczy czynności polegającej na „wydawaniu”. Takie sformułowanie nie pozwala jednak na ograniczenie zastosowania art. 20 PrPras jedynie do prasy tradycyjnej, gdyż zgodnie z zaakceptowaną tezą, terminu tego nie można utożsamiać wyłącznie z wytworzeniem materialnych egzemplarzy periodyków, lecz należy go interpretować szerzej²⁰.

Mając na uwadze powyższe, należałoby wskazać, iż możliwości zastosowania art. 20 PrPras do internetowych dzienników lub czasopism, sprowadzająca się do oceny wypełnienia przesłanek z art. 7 ust. 2 pkt. 2 lub 3 PrPras leży w istocie na osobie prowadzącej witrynę. Problemy wiążące się z prezentowanym ujęciem wykraczają jednak poza tylko art. 20 PrPras. Należy bowiem zastanowić się nad wykładnią wyrażonej w art. 38 PrPras zasady solidarnej odpowiedzialności autora, redaktora naczelnego oraz wydawcy. Odnośnie redaktora naczelnego sytuacja jest o tyle prosta, iż nawet w przypadku nieujawnienia jego danych na stronie internetowej, jego wskazanie jest wymogiem wniosku rejestracyjnego. Wątpliwość dotyczy jednak wydawcy. Należy przy tym zauważyć, że terminu „wydawca” PrPras nie wyjaśnia, ograniczając się jedynie do wskazania podmiotów, które mogą występować w roli wydawcy (art. 8 ust. 1 i 2 PrPras)²¹. W doktrynie²² postuluje się przy tym, aby odwołać się do definicji tego określenia zawartej w ustawie o obowiązkowych egzemplarzach bibliotecznych²³, uzupełniając wyliczenie podmiotowe wskazaniem prowadzonej na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej działalności polegającej na publikowaniu dzieł. Norma ta wprowadza ponadto domniemanie, iż wydawcą jest osoba, której nazwę lub nazwisko uwidoczniono w tym charakterze na egzemplarzach publikacji²⁴. Z oczywistych względów domniemanie to nie może być zastosowane w przypadku prasy internetowej; problem przy tym komplikuje się przy uwzględnieniu regulacji ustawy o świad-

wydanem, np. w przypadku kwartalników może to oznaczać odwołanie się do pór roku. Tak: *ibidem*.

¹⁴ Tak m.in.: postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 4 lutego 2008 r., I NSRejPr 9/08, niepubl., postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 12 listopada 2008 r., I NSRejPr 42/08, niepubl., postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 5 marca 2008 r., I NSRejPr 8/08, niepubl., postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 13 lipca 2009 r., I NSRejPr 13/09, niepubl., postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 24 marca 2009 r., I NSRejPr 6/09, niepubl.,

¹⁵ Teza ta znajduje oparcie w art. 1 PrPras.

¹⁶ postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 października 2008 r., II SA/Wa 1885/07, dostępna na: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/ED398BBFA0>.

¹⁷ Analogicznie uznał Sąd Apelacyjny w Warszawie w postanowieniu z dnia 22 czerwca 2007 r., VI ACa 122/07, LEX nr 351797.

¹⁸ Dz. U. z. 34, poz. 210. Norma ta dotyczyła art. 2 pkt. 2, zgodnie z którym do zadań Głównego Urzędu Kontroli Prasy, Publikacji i Widowisk zaliczono kontrolę rozpowszechniania wszelkiego rodzaju utworów za pomocą druku, obrazu i żywego słowa oraz ogłoszeń, zawiadomień i plakatów.

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 1963 r., V K 317/63, OSNPG 1963 r., z. 11, poz. 157.

²⁰ Tak też: postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 czerwca 2007 r., VI ACa 122/07, LEX nr 351797.

²¹ J. Sobczak, Prawo prasowe. Komentarz, Warszawa 2008, s. 708.

²² Tak: E. Ferenc-Szydełko, Prawo prasowe. Komentarz, Warszawa 2008, s. 86.

²³ Ustawa z dnia 7 listopada 1996 r. o obowiązkowych egzemplarzach bibliotecznych, Dz. U. nr 152, poz. 722.

²⁴ Analogicznie: art. 15 PrAut.

czeniu usług drogą elektroniczną²⁵ i przewidzianej w niej odpowiedzialności za hosting²⁶. Pojawia się bowiem pytanie o to, czy w razie popełnienia deliktu w treści internetowego materiału prasowego art. 14 wspomnianej ustawy, po spełnieniu przesłanek w nim wskazanych i realizacji odpowiedzialności usługodawcy, ma zastosowanie niezależne od art. 38 PrPras, wzbogacając katalog podmiotów odpowiadających solidarnie²⁷? W świetle braku wyłączenia rozpowszechniania prasy w oparciu o PrPras w art. 3 UsElektrU²⁸ jedynie taka wykładnia wydaje się uzasadniona.

Na tle tak zarysowanego stanu prawnego należy powołać wyrok Sądu Najwyższego, który zapadł na tle analizy stanu faktycznego wiążącego się z brakiem rejestracji wydawanego on-line czasopisma²⁹. Sąd, po wywiedzeniu takiego wymogu z art. 7 ust. 2 pkt. 1 PrPras – a więc z definicji prasy – uznał, iż czyn taki wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 45 PrPras, jednak z powodu wcześniejszego prawomocnego oddalenia wniosku o rejestrację, powołując się na konstytucyjną zasadę ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, Sąd oddalił kasację prokuratora wniesioną od uniewinniającego orzeczenia sądu II instancji. W postanowieniu zostało przy tym wprost wskazane, iż „jest rzeczą bezsporną, że dzienniki i czasopisma przez to że ukazują się w formie przekazu internetowego, nie tracą znamion tytułu prasowego, i to zarówno wówczas, gdy przekaz internetowy towarzyszy przekazowi utrwalonemu na papierze, drukowanemu, stanowiąc inną, elektroniczną jego postać w systemie *on line*, jak i wówczas, gdy przekaz istnieje tylko w formie elektronicznej w Internecie, ale ukazuje się tylko periodycznie, spełniając wymogi, o których mowa w art. 7 ust. 2 PrPras”. Orzeczenie to spotkało się z krytyką przedstawicieli doktryny³⁰, do której autorka niniejszego opracowania przychyliła się³¹. Można jednak wskazać głosy opowiadające się za jego słusznością³². Bez wątpienia skutkiem wskazanego orzeczenia jest rozpoczęcie poważnej debaty publicznej nad jego zasadnością³³. Trudno

jednak przesądzić, czy przyczyniło się ono do ujednolicenia linii orzeczniczej³⁴.

Jak już wskazano, mocą art. 20 PrPras ustawodawca wprowadził do polskiego porządku prawnego system rejestracyjny. Analizując zagadnienie od strony historycznej, należy uznać, iż rozwiązanie to stanowi *novum* w porównaniu z konstrukcjami obowiązującymi w dotychczasowych regulacjach. W okresie międzywojnia, po ujednoliceniu przepisów zaborczych, działalność wydawnicza była ograniczona obowiązkiem zgłoszenia³⁵, który następnie został przekształcony w obowiązek uzyskiwania zezwoleń Głównego Urzędu Kontroli Prasy, Publikacji i Widowisk na wydawanie czasopism³⁶, który na początku lat 80-tych³⁷ w związku z panującą sytuacją polityczną przybrał postać wymogu uzyskiwania zgody okręgowego urzędu publikacji i widowisk na rozpowszechnienie poszczególnych wydań³⁸. Następnie, po wejściu w życie PrPras początkowo system zezwolenia udzielanego przez Główny Urząd Kontroli Prasy, Publikacji i Widowisk utrzymano³⁹, zlecając temu organowi także obowiązki rejestracyjne. W roku 1990 obowiązki te powierzono jednak sądom⁴⁰.

Obowiązujący system zgłoszeniowy oraz przewidziana w art. 45 PrPras odpowiedzialność karna za niedopełnienie wymogów z art. 20 PrPras wywołały sporo wątpliwości w kontekście zgodności z zasadą wolności prasy mającą swoje źródło w umowach międzynarodowych ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą⁴¹ oraz w Konstytucji⁴². Zagadnienie to było przedmiotem analizy Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z dnia 20 lutego 2007 r. nie dopatrzył się jednak niezgodności⁴³. Ustalił bowiem, iż wymóg rejestracyjny, będący w ocenie Trybunału przeciwieństwem sy-

²⁵ Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Dz. U. nr 144, poz. 1204, dalej jako: UsElektrU.

²⁶ Zgodnie z art. 14 ust. 1 UsElektrU 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.

²⁷ Solidarność wydaje się, iż należałoby wywodzić z art. 441 § 1 k.c. w zw. z art. 14 UsElektrU.

²⁸ To, iż intencją ustawodawcy było wyłączenie analogicznych stanów faktycznych spod regulacji UsElektrU, wynika z art. 3 pkt. 1, który stanowi o tym, że UsElektrU nie stosuje się do rozpowszechniania lub rozprowadzania programów radiowych lub programów telewizyjnych i związanych z nimi przekazów tekstowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji.

²⁹ postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2007 roku, sygn. akt IV KK 174/07, OSP 2008, z. 6, poz. 60.

³⁰ Glosa krytyczna: E. Czarny-Drożdżek, Glosa do postanowienia SN z dnia 26 lipca 2007 r., IV KK 174/07, Przegląd Prawa Publicznego 2008, nr 9, s. 84-88, W. Górski, Glosa do postanowienia SN z dnia 26 lipca 2007 r., IV KK 174/07, PiP 2008, nr 6, s. 127-132, B. Widła, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2007 r. (sygn. akt IV KK 174/07), Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ, 2008, nr 1, s. 15 i nast. Zdanie krytyczne: J. Barta, R. Markiewicz, Rejestracja e-dzienników i czasopism, Rzeczpospolita z 9.10.2007, L. Gardocki, Strona www.sn.pl nie jest dziennikiem ani czasopismem, Rzeczpospolita z 6.09.2007.

³¹ Argumentacja zostanie wskazana w dalszych częściach rozważań.

³² Glosa aprobująca: J. Taczowska, Glosa do postanowienia SN z dnia 26 lipca 2007 r., IV KK 174/07, OSP 2008, nr 6, s. 410-418.

³³ S. Wikariak, Serwisy WWW nie muszą być rejestrowane, Rzeczpospolita z 19.09.2007, Kontrowersyjny obowiązek rejestracji stron internetowych, Rzeczpospolita z 31.07.2007, M. Kosiński, Internauci nie będą rejestrować stron WWW, Rzeczpospolita z 5.09.2007.

³⁴ Część sądów, z powołaniem się na twierdzenie, iż prasa internetowa nie może być przedmiotem wpisu do rejestru dzienników i czasopism, oddalała wnioski o rejestrację – tak m.in.: postanowienie Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie, I Wydziału Cywilnego z dnia 25 maja 2005 roku, sygn. akt I ACA 277/05, zamieszczone w materiałach pokonferencyjnych CMWP „Prasa w internecie”, CD, postanowienie Sądu Okręgowego w Krośnie, Wydziału I Cywilnego – Sekcja Rejestrowa z dnia 17 marca 2005 roku, sygn. akt I Ns.Rej.Pr. 3/5, zamieszczone w materiałach pokonferencyjnych CMWP „Prasa w internecie”, CD. Można także wyodrębnić postanowienia udzielające rejestracji – tak m.in.: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu, I Wydziału Cywilnego z dnia 30 czerwca 2005 roku, sygn. akt I Ns.Rej.Pr. 75/05, zamieszczone w materiałach pokonferencyjnych CMWP „Prasa w internecie”, CD, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie, VII Wydziału Cywilnego, Rejestrowego z dnia 17 lutego 2005 roku, sygn. akt VII Ns.Rej.Pr. 69/05, zamieszczone w materiałach pokonferencyjnych CMWP „Prasa w internecie”, CD.

³⁵ Art. 17 i nast. Dekretu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 21 listopada 1938 r. Prawo prasowe (Dz. U. nr 89, poz. 608).

³⁶ Art. 2 ust. 1 pkt. 3) Dekretu z dnia 5 lipca 1946 r. o utworzeniu Głównego Urzędu Kontroli Prasy, Publikacji i Widowisk, uchylony następnie ustawą z dnia 31 lipca 1981 r. o kontroli publikacji i widowisk, obowiązującej do wejścia w życie ustawy z dnia 11 kwietnia 1990 r. o uchyleniu ustawy o kontroli publikacji i widowisk, ziesieniu organów tej kontroli oraz o zmianie ustawy – Prawo prasowe.

³⁷ Ustawa z dnia 31 lipca 1981 r. o kontroli publikacji i widowisk.

³⁸ Procedura przewidywała przedstawienie okręgowemu urzędowi publikacji i widowisk odbitek korektorskich lub maszynopisów w terminach wskazanych w art. 12, przewidującym odmienne terminy w zależności od częstotliwości ukazywania się publikatora.

³⁹ Zgodnie z art. 19 PrPras, uchylonym przez ustawę z dnia 30 maja 1989 r. o zmianie ustawy – Prawo prasowe, zezwolenie to dotyczyło także prowadzenia prasowej działalności wydawniczej lub nakładczej.

⁴⁰ Ustawa z dnia 11 kwietnia 1990 r. o uchyleniu ustawy o kontroli publikacji i widowisk, ziesieniu organów tej kontroli oraz o zmianie ustawy – Prawo prasowe

⁴¹ art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2, art. 19 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych (10 grudnia 1948 r.), art. 19 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r.

⁴² Zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.

⁴³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lutego 2007 r., P 1/06, OTK-A 2007, z. 2, poz. 11.

stemu koncesyjnego, w którym wydawanie tytułu prasowego byłoby uzależnione od decyzji administracyjnej przyznającej prawo jej wydawania i mającej tym samym charakter konstytutywny, nie narusza zasady proporcjonalności, o której jest mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przeciwnieństwem koncesji, zdaniem Trybunału, jest „czysty” tryb zgłoszeniowy, znany np. porządkowi niemieckiemu, który wyklucza nawet obowiązek rejestracji jakiegokolwiek tytułu prasowego, a wymaga jedynie notyfikacji. Tryb przyjęty przez PrPras znajduje się natomiast niejako pomiędzy obiema, powyżej wskazanymi systemami. W ujęciu przyjętym przez Trybunał, rejestracja przewidziana przez PrPras jest bliska „czystemu” systemowi zgłoszeniowemu, natomiast pozostaje w opozycji do przewencyjnego systemu koncesji. Jednostka wprawdzie jest związana pewną procedurą, jednak jej celem jest uprzedzenie władzy o decyzji prowadzenia przedsięwzięcia, na warunkach przewidzianych przez ustawę, dotyczących jego formy i okresu. „Różnica w porównaniu z systemem przewencyjnym jest taka, że w systemie rejestracyjnym rola władzy jest pasywna, samo zgłoszenie nie przyznaje władzy publicznej żadnych uprawnień decyzyjnych. Powoduje tylko zarejestrowanie zgłoszenia, po sprawdzeniu dokonania koniecznych formalności. Zarejestrowanie jest zarazem potwierdzeniem, że zgłaszający działa prawidłowo. Władza otrzymuje tylko informację. Po złożeniu takiej deklaracji zgłoszeniowej jednostka będzie działać, ponieważ podjęła taką decyzję. W systemie tym chodzi o dopełnienie pewnych formalności, a nie o tworzenie jakiejś bariery, która sprzeciwiałaby się woli zgłaszającego⁴⁴”. Z uwagi na to, iż zgodnie z art. 21 PrPras sąd może odmówić rejestracji tylko w dwóch przypadkach⁴⁵, Trybunał podsumował, iż przyjęty model rejestracyjny w sposób zapobiegawczy zmierza do tworzenia ładu informacyjnego oraz związanego z nim porządku gospodarczego. Z uwagi na fakt, iż dokonanie rejestracji nie jest zbyt skomplikowane i mieści się w ogólnie przyjętym trybie zgłoszeniowym, nie można uznać, iż wprowadzenie odpowiedzialności prawnej za wydawanie niezarejestrowanej prasy może być uważane za zniechęcające lub krępujące dla korzystania z wolności wyrażonych w art. 54 ust. 1 Konstytucji. Zdaniem Trybunału, nie może ona również być kwalifikowana jako naruszająca zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji⁴⁶. Zasada ta wymaga, aby ograniczenia praw konstytucyjnych umożliwiały efektywną realizację założonych celów, były konieczne, gdyż prawodawca ma obowiązek preferować środki najmniej uciążliwe dla jednostki oraz przynosiły efekty pozostające w proporcji do ciężarów nakładanych przez daną regulację na jednostkę⁴⁷. Na marginesie należy dodać, iż zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem do zasady tej – mającej charakter ogólny – można się odwoływać pomimo braku w art. 54 Konstytucji odwołania do art. 31 ust. 3⁴⁸. Odnosząc się do za-

sady proporcjonalności, Trybunał wskazał, iż sankcja karna, ma przede wszystkim skutkować przewencyjnie i odstraszać, celem zobligowania wszystkich, którzy chcą wydawać dziennik lub czasopismo, aby zarejestrowali je uprzednio. Zgodnie z regulacjami Kodeksu karnego⁴⁹ może ona być przez sąd orzekający różnicowana, w zależności od oceny konkretnych przyczyn niedokonania obowiązku rejestracji. Jest ona przy tym o tyle konieczna, iż żadne inne rozwiązanie oparte o „czysty” model zgłoszeniowy, w którym nie dopuszcza się żadnej prawnej przesłanki odmowy zgłoszenia podjęcia działalności wydawniczej, nie byłoby skuteczne i tym samym nie zapewniłoby efektu polegającego na ochronie praw innych osób, zapobieganiu nieuczciwej konkurencji, a także tworzeniu ładu informacyjnego i gospodarczego (wśród przedsiębiorstw wydawniczych). Trybunał wspominał przy tym, iż w krajach, w których istnieje „czysty” system zgłoszeniowy lub porządek prawny nie nakłada żadnego obowiązku związanego z wydawaniem publikatorów, zasady uczciwej konkurencji są chronione nie tylko przez liczne przepisy prawne, ale także istnieje tam wyższa kultura i świadomość prawna w obszarze prawa gospodarczego oraz sprawniejszy aparat jurysdykcyjny i egzekucyjny dojrzałych państw demokratycznych. W efekcie tych ustaleń Trybunał nie stwierdził naruszenia przez art. 45 PrPras konstytucyjnej zasady wolności prasy⁵⁰. Analogiczna konstatacja została poczyniona przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu *Gawęda v. Polska*⁵¹. Teza taka pojawiła się także w orzeczeniu Sądu Najwyższego, na marginesie analizy podstaw oraz przesłanek udzielania ochrony nazwie istniejącego już tytułu prasowego⁵².

Postępowanie o rejestrację toczy się w trybie nieprocesowym przed sądem okręgowym właściwym miejscowo dla siedziby wydawcy. Art. 20 ust. 2 PrPras precyzuje elementy, które muszą być zawarte we wniosku o rejestrację. Są nimi: tytuł dziennika lub czasopisma oraz siedziba i dokładny adres redakcji, dane osobowe redaktora naczelnego, określenie wydawcy, jego siedziba i dokładny adres, a także częstotliwość ukazywania się dziennika lub czasopisma. Mimo iż literalnie art. 21 PrPras stanowi, iż w razie braku któregośkolwiek z elementów sąd powinien postanowieniem odmówić rejestracji, oddalając wniosek, należy uznać, iż wskazane w art. 20 ust. 2 PrPras elementy mają charakter warunków formalnych i tym samym w razie braku ich określenia we wniosku, sąd powinien wezwać wnioskodawcę do ich uzupełnienia na podstawie art. 130 kpc w zw. z art. 511 kpc⁵³ i dopiero w razie niedopełnienia tej czynności w terminie tygodniowym wniosek może być zwrócony⁵⁴. W tym zakresie sformułowanie użyte w art. 21 PrPras jest mylące, gdyż sugeruje, że wymogi te mają charakter merytoryczny, co w ocenie

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Zgodnie z art. 21 PrPras: „Organ rejestracyjny odmówi rejestracji, jeżeli wniosek nie zawiera danych, o których mowa w art. 20 ust. 2, lub jej udzielenie stanowiłoby naruszenie prawa do ochrony nazwy istniejącego już tytułu prasowego”.

⁴⁶ Stanowimy, iż „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

⁴⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2008 r., K 12/08, OTK-A 2008 r., z. 10, poz. 176.

⁴⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 października 2006 r., P 10/06, OTK-A 2006 r., z. 9, poz. 128.

⁴⁹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. nr 88, poz. 553.

⁵⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lutego 2007 r...

⁵¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 14 marca 2002 r., *Gawęda v. Polska*, skarga nr 26229/95, dostępny na stronie <http://www.echr.coe.int/Eng/Press/2002/mar/Gawedajudepress.htm>.

⁵² Postanowienie Sądu Najwyższego z 24 października 2002 r., I CKN 1344/00, LEX nr 78884.

⁵³ Art. 130 kpc dotyczy bowiem sytuacji, kiedy pismo procesowe nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, a więc tych, które są przewidziane w przepisach ogólnych (art. 126 i 1261 kpc) i szczególnych (np. art. 127, 187, 312, 368, 409, 479 i 485) lub nieuiszczenia stosownej opłaty (art. 1262).

⁵⁴ Tezę tą można wywieść na zasadzie analogii z prawa z tych norm procesowych, które w stosunku do konkretnych pism procesowych stanowią o dodatkowych wymogach, jak chociażby art. 368 kpc. W razie ich niedopełnienia należy odwołać się do art. 130 kpc, wzywając do uzupełnienia braków formalnych (vide: uchwała Sądu Najwyższego z 17 marca 1997 r., III ZP 1/98, OSNP 1998 r., z. 16, poz. 483).

autorki niniejszego opracowania, nie można jednak być skutecznie bronione. Do wniosku dołączane jest także oświadczenie redaktora naczelnego, iż spełnia on wymogi wskazane w art. 25 ust. 2 PrPras dotyczące posiadania przez niego pełnej zdolności do czynności prawnych, obywatelstwa polskiego oraz tego, że nie jest on pozbawiony praw publicznych. Powołany art. 21 PrPras stanowi także o okoliczności stanowiącej bezwzględną przeszkodę rejestracyjną, która z kolei ma charakter merytoryczny. Wówczas bowiem, gdyby rejestracja stanowiła naruszenie prawa do ochrony nazwy istniejącego już tytułu prasowego, sąd rozpatrujący wniosek postanowieniem musi oddalić wniosek. W celu ustalenia, czy nazwa dziennika lub czasopisma nie jest zbieżna z istniejącym już tytułem prasowym, sąd przed wydaniem postanowienia o rejestracji jest zobowiązany zasięgnąć informacji w Sądzie Okręgowym w Warszawie⁵⁵, prowadzącym rejestr centralny. Z brzmienia art. 21 PrPras nie można jednak wywodzić, iż zbieżność zaproponowanej nazwy z istniejącą jest jedyną okolicznością pozwalającą na oddalenie wniosku. Może to bowiem nastąpić także w oparciu o zasady porządku publicznego wywiedzione z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W tym kontekście zasadne jest stwierdzenie zawarte w postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Katowicach, iż „nie można skutecznie domagać się zarejestrowania czasopisma, którego tytuł wypełnia znamiona przestępstwa, narusza cudze dobra osobiste, czy zawiera treści obelżywe”⁵⁶. Wydaje się także, iż w oparciu o tę normę ustawy zasadniczej można by bronić stanowiska, iż sąd nie powinien dokonać rejestracji w sytuacji, gdy tytuł publikatora jest zbliżony do już istniejącego. Wprawdzie orzecznictwo raczej opowiada się za oddaleniem wniosku jedynie wówczas, gdy zaproponowany tytuł prasowy jest identyczny z już istniejącym, wywodząc to z literalnej wykładni określenia użytego w art. 21 PrPras⁵⁷, lecz wydaje się, iż możliwa byłoby skuteczna argumentacja, iż udzielenie takiej ochrony wkraczałoby w uprawnienia osób trzecich wiążące się z ich prawem do tytułu prasowego, który wykazuje zbieżność z wnioskowanym. W razie bowiem, gdy tytuł rejestrowany byłby na tyle zbliżony, iż dla potocznego odbiorcy po pobieżnym zapoznaniu się z nim nie byłby właściwie rozpoznawalny, wówczas bezprawnie wkraczałoby w prawo osobiste przysługujące innemu podmiotowi. Interpretacja ta jest możliwa oczywiście jedynie przy przyjęciu założenia, iż tytuł prasowy może stanowić dobro osobiste⁵⁸. Nie jest jednak, zdaniem autorki niniejszego artykułu, poprawne oddalanie wniosku o rejestrację przy ustaleniu zbieżności, lecz nie identyczności tytułu wnioskowanego z istniejącym z powołaniem się na konieczność zapobieżenia wprowadzenia potencjalnego nabywcy ich w błąd co do rzeczywistej tożsamości kupowanego pisma⁵⁹. Taki cel można by bowiem wyprowadzić z przepisów chroniących uczciwą konkurencję, a nie z PrPras.

W przypadku dokonywanej przez sądy rejestracji prasy internetowej problem ochrony nazwy już istniejącego tytułu przed-

stawia się mniej problematycznie. Zgodnie z przyjętą praktyką zgłaszanym tytułem jest wówczas bowiem adres strony, na której będą się ukazywały publikacje⁶⁰. Nie jest to jednak zasadą⁶¹.

Na tle powyższego należy wrócić jednak do pytania podstawowego – czy internetowe publikatory należy rejestrować? W ocenie autorki niniejszego opracowania w świetle interpretacji art. 7 ust. 2 pkt. 2 i pkt. 3 PrPras w zw. z art. 20 PrPras możliwym byłoby udzielenie odpowiedzi pozytywnej w razie ustalenia, iż tytuł ukazujący się elektronicznie może być zakwalifikowany jako dziennik lub czasopismo, po dokonaniu wcześniej wskazywanej interpretacji w zakresie wymogów charakteryzujących te publikatory. Przyjęty punkt widzenia należy jednak zmodyfikować w świetle art. 45 PrPras, który przewiduje sankcję odpowiedzialności karnej za wydawanie dziennika lub czasopisma bez wymaganej rejestracji. Zgodnie bowiem z zasadą *nullum crimen sine lege stricta*⁶² w prawie karnym niedopuszczalna jest analogia oraz wykładnia rozszerzająca na niekorzyść sprawcy. Reguła ta, realizująca funkcję gwarancyjną, wywodzona jest z artykułu 2 Konstytucji, wyrażającego zasadę demokratycznego państwa prawnego. Koreponduje ona z innymi przepisami Konstytucji, w tym z art. 42 ust. 1 stanowiącym, że odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. W doktrynie ujmowana jest ona jako reguła *nullum crimen nulla poena sine lege poenali anteriora*, z której wywodzi się wskazany zakaz wykładni rozszerzającej⁶³. Tym samym należy uznać, iż prasa internetowa wprawdzie może być rejestrowana, lecz w razie niedopełnienia tego obowiązku nie powinna być stosowana sankcja karna, o której mowa w art. 45 PrPras⁶⁴.

Warto przy tym wspomnieć o projekcie nowej ustawy PrPras, który zagadnienie to uwzględnił w proponowanych zmianach⁶⁵. Założenia nowelizacji obejmują m.in. modyfikację definicji prasy poprzez usunięcie z jej dotychczasowego brzmienia przykładowego wskazania stałych przekazów teletekstowych, kronik filmowych, rozgłośni oraz tele- i radiowęzłów zakładowych, jako egzemplifikacji prasy. Brak także rozszerzenia znaczenia terminu na prasę w znaczeniu podmiotowym. Projekt zakłada także wprowadzenie nowego zapisu stanowiącego o wyłączeniu spod określenia „prasy” przekazów niepodlegających procesom przygotowania redakcyjnego, polegającym na przygotowaniu materiałów do publikacji w prasie, w tym ich zbieraniu, ocenianiu i

⁵⁵ § 4 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 9 lipca 1990 r. w sprawie rejestru dzienników i czasopism (Dz. U. nr 46, poz. 275).

⁵⁶ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 kwietnia 1999 r., I ACA 738/98, OSA 1999 r., z. 10, poz. 41.

⁵⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1997 r., III CKN 443/97, OSNC 1998 r., z. 5, poz. 88.

⁵⁸ Tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 kwietnia 1992 r., OSA, wkładka do PS 1993, nr 11-12, poz. 1, za: J. Sobczak, *Prawo prasowe...*, s. 708.

⁵⁹ Tak: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2002 r., I CKN 1344/00, OSNC 1998 r., z. 5/88).

⁶⁰ Takie ustalenia zostały poczynione w trakcie badania akt rejestrowych w Sądzie Okręgowym we Wrocławiu oraz Legnicy. Rejestracja została udzielona następującym tytułom: www.kuchniawroclawia.pl (postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 23 września 2009 r., I NsRejPr 134/09, niepubl.), prusice24.pl (postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 27 lipca 2009 r., I NsRejPr 97/09, niepubl.), lpo.pl (postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 kwietnia 2008 r., I NsRejPr 46/08, niepubl.), www.pomosty-dolnyslask.pl (postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 kwietnia 2008 r., I NsRejPr 49/09, niepubl.), www.przerywnik.pl (postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 18 sierpnia 2008 r., I NsRejPr 158/08, niepubl.), www.filatelista.info (postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2008 r., I NsRejPr 42/08, niepubl.), legniczanin.pl (postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 14 września 2009 r., I NsRejPr 21/09, niepubl.), we-dwoje.pl (postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 16 lipca 2008 r., I NsRejPr 26/08, niepubl.), glogow.info (postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 17 października 2008 r., I NsRejPr 32/08, niepubl.).

⁶¹ Nasz Lublin – portal (postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 31 grudnia 2008 r., I NsRejPr 47/08, niepubl.).

⁶² por. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, tom I, Kraków 2004, s. 43-61.

⁶³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2007 r., V KK 101/07, LEX nr 346785.

⁶⁴ Tak też: E. Czarny-Drożdziejko, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 lipca 2007 r.*, IV KK 174/07, *Przegląd Prawa Publicznego* 2008, nr 9, s. 84-88.

⁶⁵ Projekt oznaczony datą 14 października 2009 r., dostępny na stronie: http://www.mkidn.gov.pl/docs/projekt-prawo_prasowe-konsultacje_miedzysortowe.pdf.

opracowywaniu. Wyłączenie to zostało wzbogacone egemplifikacją wskazującą m.in. na blogi, korespondencję elektroniczną, strony internetowe prywatnych użytkowników⁶⁶. Dodatkowo do art. 20 PrPras dodano ust. 1a stanowiącą o możliwości⁶⁷ dokonania rejestracji dziennika lub czasopisma w formie elektronicznej, przy czym treść art. 45 PrPras w zaproponowanej formie przewidywałaby sankcję grzywny za wydawanie dziennika lub czasopisma z naruszeniem art. 20 PrPras.

W uzasadnieniu wyjaśniono, iż uzupełnienie definicji prasy o literalne wskazanie publikacji prasowych ukazujących się w formie elektronicznej nie jest konieczne, gdyż projekt uwzględnia powszechnie znane stanowisko judykatury oraz doktryny, iż „czasopisma i dzienniki przez to, że ukazują się w formie przekazu internetowego nie tracą znamion tytułu prasowego⁶⁸”. Trudno jednak do tego argumentu się przychylić. Problem z pojęciem publikatorów internetowych nie pojawia się bowiem na płaszczyźnie definicji „prasy”, lecz „dzienników” lub „czasopism”, a w tym zakresie projekt nie przewidział żadnych zmian. Odnośnie dodanej definicji prasy ujętej od strony negatywnej wskazano, że jej wprowadzenie ma na celu usunięcie dotychczas występujących w praktyce wątpliwości interpretacyjnych w zakresie zbyt ogólnej definicji prasy⁶⁹. Także z tym twierdzeniem można jednak podjąć polemikę. Wątpliwości faktycznie istniały, lecz nie były one podnoszone przez przedstawicieli nauki, lecz przez użytkowników Internetu⁷⁰, którzy w swoich tezach nie brali pod uwagę zapisu art. 1 PrPras stanowiącego o założeniach prasy. Dokonując bowiem wykładni celowościowej i odwołując się do założeń i misji prasy, twierdzenie o objęciu regulacją PrPras także blogów jest oczywiście chybione. Wydaje się więc, iż proponowany zapis art. 7 ust. 3 PrPras, w razie gdyby został przyjęty, byłby wyrazem nadmiernej legislacji, bez której ustawa i tak nie obejmowałaby wymienionych sposobów komunikacji swoim zakresem. Najwięcej zastrzeżeń można jednak wnosić do proponowanej dobrowolnej rejestracji wydawanych w formie elektronicznej dzienników lub czasopism. W uzasadnieniu takie rozwiązanie jest tłumaczone trudnościami wiążącymi się z wprowadzeniem takich rozwiązań dotyczących rejestracji publikatorów elektronicznych, które byłyby zadowalające zarówno dla wydawców prasy drukowanej, jak i dostawców prasy elektronicznej. Wskazano, że owe problemy wiążą się nie tylko ze sprzecznymi interesami zainteresowanych podmiotów, lecz także z nieustannie pojawiającymi się nowymi formami przekazu informacji. Pozostawienie więc podmiotowi wydającemu prasę w formie elektronicznej swobody decyzji w zakresie rejestracji ma na celu zachęcenie go do ochrony własnego tytułu prasowego, analogicznie do zachowań wydawców prasy drukowanej⁷¹. Zaproponowanemu rozwiązaniu nie towarzyszy jednak nowelizacja art. 45 PrPras – za wyjątkiem ograniczenia sankcji jedynie do grzywny – co oznacza, iż niekorzystanie z możliwości rejestracji nie jest obarczone żadną sankcją. Trudno jest do ta-

kiej propozycji się przychylić. Projekt zakłada bowiem podział na dwa rodzaje dzienników i czasopism – pozostających w formie klasycznej oraz rozpowszechnianych elektronicznie. Podziałowi w zakresie możliwości rejestracji nie towarzyszy jednak wyodrębnienie definicyjne, gdyż projekt nie przewiduje modyfikacji definicji dziennika oraz czasopisma. Tym samym nadal utrzymywane będzie opisywanie tych publikatorów jako przekazu, który pojawia się za pomocą druku lub za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu przy równoczesnym dokonaniu rozróżnienia w zakresie rejestracji. Taką technikę prawodawczą trudno jest uznać za zasadną.

Zupełnie odmiennie wyglądały założenia nowelizacji w projekcie, który został udostępniony w dniu 1 czerwca 2009 r.⁷² i który następnie został zastąpiony projektem opisanym powyżej. Przede wszystkim wzbogacał on definicję „prasy” poprzez objęcie nią także „publikacje prasowe ukazujące się w formie elektronicznej”. Z definicji „dziennika” usunięto określenie formy druku ograniczając określenie jedynie do „publikacji prasowej ukazującej się częściej niż raz w tygodniu”, natomiast „czasopismo” zostało odróżnione jedynie odnośnie interwału ukazywania się. W części stanowiącej o obowiązku rejestracji zaznaczono jedynie obowiązek powiadomienia organu rejestrującego o fakcie posiadania przez dziennik lub czasopismo również postaci elektronicznej.

Tak sformułowana nowelizacja, będąca czytelną i konsekwentną, odpowiadałaby zarówno konieczności zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego, jak i dostosowałaby regulację PrPras do zaistniałej rewolucji technicznej.

⁶⁶ Art. 7 ust. 3 projektowanej nowelizacji PrPras.

⁶⁷ Stanowiącym następująco: „Wydawanie dziennika lub czasopisma w formie elektronicznej może być rejestrowane na zasadach określonych w ust. 1”.

⁶⁸ J. Sobczak, Ochrona prawna tytułu prasowego, Warszawa 1999, za: Projekt oznaczony datą 14 października 2009 r., s. 11.

⁶⁹ Ibidem, s. 12.

⁷⁰ A. Grzeszak, Leczenie dżumy cholerą, Polityka z dnia 18 czerwca 2009 r., J. Kowalski, Nowa ustawa prasowa musi uregulować statut prawny blogów, Gazeta Prawna z dnia 6 czerwca 2009 r.

⁷¹ Ibidem, s. 15.

⁷² Projekt oznaczony datą 1 czerwca 2009 r., dostępny na stronie: http://www.mkidn.gov.pl/docs/prawo_prasowe-010609.pdf

ELEKTRONICZNA FORMA OŚWIADCZENIA WOLI

Oświadczenie woli jest podstawowym elementem konstrukcyjnym czynności prawnej. Stanowi wyraz woli, czyli uzewewnętrznienie wewnętrznego przeświadczenia, stanowiska danej osoby. Uzewewnętrznienie woli jest ściśle powiązane z osobą, od której pochodzi, i powinno być dokonane w sposób umożliwiający identyfikację tej osoby. Czynność prawna natomiast obejmuje oświadczenie woli i wywołuje określone skutki prawne (powstanie, zmiana lub wygaśnięcie stosunku prawnego). Jak wynika z art. 56 k.c., nie tylko w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów. Oprócz oświadczenia woli czynność prawna może obejmować elementy dodatkowe. Jej dokonanie może być uwarunkowane zezwoleniem osoby trzeciej lub właściwego organu. Należy również podkreślić, że w przeciwieństwie do czynności prawnych jednostronnych dochodzących do skutku przez złożenie jednostronnego oświadczenia woli, czynności prawne dwustronne (umowy) wymagają zgodności oświadczeń woli dwu stron.

W polskim systemie prawa obowiązuje zasada swobody formy przy składaniu oświadczeń woli². Wyraża ją art. 60 k.c.: „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).” Zasada swobody formy czynności prawnych działa – w przeciwieństwie do zasady swobody umów – na obszarze całego prawa cywilnego i odnosi się do wszelkich czynności prawnych³. Wyboru formy mogą dokonać również same strony w zawartej między nimi umowie (*pactum de forma*). Cytowany przepis art. 60 k.c. został zamieszczony w Dziale I Tytułu IV Księgi I Kodeksu cywilnego, niemniej jednak podstawowa regulacja dotycząca formy oświadczeń woli znajduje się w Dziale III Tytułu IV Księgi I Kodeksu cywilnego (art. 73-81). Dział ten został zatytułowany: „Forma czynności prawnych”. W literaturze pojawiały się głosy o nieprawidłowym brzmieniu tego tytułu, który powinien łączyć pojęcie formy z oświadczeniem woli jako jednym z elementów stanu faktycznego tworzącego czynność prawną⁴. Wskazane przepisy regulują sposoby formułowania treści oświadczenia woli, a w konsekwencji – formułowania treści czynności prawnej. Forma czynności prawnej sensu stricto to dopuszczalny lub zastrzeżony sposób złożenia oświadczenia woli (np. przez dowolne zachowanie się, jak np. aprobujący gest kiwnięcia głową albo przez zachowanie się ściśle określone, np. udokumentowanie treści oświadczenia woli w akcie notarialnym)⁵. Regulacja zamieszczona w Kodeksie cywilnym pozwala na klasy-

fikowanie form oświadczeń woli (czynności prawnych) w oparciu o różne kryteria. Ze względu na skutki ich niezachowania możemy wyróżnić: formę zastrzeżoną pod rygorem nieważności – *ad solemnitatem* (art. 73 § 1 k.c. i art. 73 § 2 zd. 1 k.c.), formę zastrzeżoną dla celów dowodowych – *ad probationem* (art. 74 k.c.) oraz formę zastrzeżoną dla wywołania określonych skutków prawnych – *ad eventum* (art. 73 § 2 k.c.). Ze względu na sposób składania oświadczenia woli możemy wyróżnić: zwykłą formę pisemną (art. 78 k.c.), kwalifikowaną formę pisemną (a w jej ramach: pismo z datą pewną – art. 81 k.c., pismo z urzędowym poświadczeniem podpisu – art. 79 k.c., pismo z notarialnym poświadczeniem podpisu art. 75¹ § 1 k.c.) oraz formę aktu notarialnego (art. 80 k.c.).

Artykuł niniejszy ma na celu prezentację podstawowych regulacji dotyczących oświadczeń woli składanych w postaci elektronicznej, a ponadto rozważenie zasadności posługiwania się pojęciem „elektroniczna forma oświadczenia woli”, m.in. poprzez zestawienie aktualnie obowiązujących przepisów z projektowaną regulacją zawartą w Projekcie Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego z października 2008 r., opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości.

Sporną w doktrynie pozostaje kwestia, czy w polskim prawie (zarówno w Kodeksie cywilnym, jak i poza nim) zastrzeżono formę elektroniczną jako odrębną formę oświadczenia woli. Ewentualne jej wyodrębnienie byłoby możliwe właśnie w oparciu o kryterium sposobu składania oświadczenia woli. Wspomniany spór zarysowuje się pomiędzy zwolennikami wyodrębnienia elektronicznej formy czynności prawnych jako nowej formy szczególnej, a autorami twierdzącymi, iż jest to wyłącznie (elektroniczna) postać formy pisemnej. Zdaniem Z. Radwańskiego, wyodrębnienie formy elektronicznej jest zasadne z metodologicznego punktu widzenia, ponieważ zasadniczo różne przesłanki – od formy pisemnej – muszą być spełnione, aby przekaz elektroniczny był pod względem skutków prawnych równoważny dokumentom opatrzonym podpisami własnoręcznymi⁶. Pogląd Z. Radwańskiego popierają: M. Świerczyński⁷, D. Szostek⁸, B. Pabin⁹ oraz M. Leśniak¹⁰. Przeciwnikami uznania odrębności formy elektronicznej są: W. Kocot¹¹, J. Janowski¹², F. Wejman¹³, A. Stosio¹⁴ i E. Wyrozumka¹⁵. Według J. Janowskiego, za akceptacją stanowiska opo-

⁶ Z. Radwański, *Elektroniczna forma czynności prawnej*, Monitor Prawniczy nr 22, rok 2001.

⁷ M. Świerczyński [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2004, s. 94-95.

⁸ D. Szostek, *Czynność prawna a środki komunikacji elektronicznej*, Kraków 2004, s. 216.

⁹ B. Pabin, *Elektroniczne oświadczenie woli w zarysie*, e-Biuletyn CBKE 1/2004.

¹⁰ M. Leśniak [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005, s. 80-86.

¹¹ W. Kocot, *Charakter prawny podpisu elektronicznego*, Przegląd Prawa Handlowego nr 4, rok 2002, s. 41.

¹² J. Janowski, *Elektroniczny obrót prawny*, Warszawa 2008, s. 151-154.

¹³ F. Wejman, *Wprowadzenie do cywilnoprawnej problematyki ustawy o podpisie elektronicznym*, Prawo Bankowe nr 2, rok 2002, s. 47.

¹⁴ A. Stosio, *Umowy zawierane przez Internet*, Warszawa 2002, s. 181.

¹⁵ E. Wyrozumka, *Elektroniczne oświadczenie woli w ustawie o podpisie elektronicznym i po nowelizacji kodeksu cywilnego*, Przegląd Prawa Handlowego nr 8, rok 2003, s. 51.

¹ sędzia Łukasz Dyłąg - sędzia Sądu Rejonowego, doktorant w CBKE

² St. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Warszawa 1972 r., s. 558-559; Z. Radwański, *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 1997 r., str. 197.

³ S. Wójcik, *Forma czynności prawnych w świetle zasad polskiego prawa cywilnego oraz stanowiska Polski wobec Unii Europejskiej (zagadnienia ogólne)*, Rejent nr 4, rok 1998, s. 141.

⁴ St. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Warszawa 1972 r., s. 558-559.

⁵ A. Doliwa, *Forma czynności prawnych*, Edukacja Prawnicza nr 2, luty 2004 r.

wiadającego się przeciwko wyodrębnieniu szczególnej formy elektronicznej czynności prawnych przemawia tożsamość skutków prawnych dokumentów opatrywanych podpisem własnoręcznym i elektronicznym. O wyodrębnieniu szczególnej formy czynności prawnej powinny tymczasem decydować szczególne skutki prawne, jakie prawo wiąże z jej zachowaniem¹⁶.

Oświadczenia woli składane za pośrednictwem Internetu i poczty elektronicznej stały się powszechne zarówno wśród przedsiębiorców, jak i podmiotów nieprofesjonalnych. Dynamiczny rozwój systemów komputerowych i Internetu oraz związany z tym wzrost popularności i użyteczności nowych technik komunikacji spowodował istotne zmiany w zakresie składania oświadczeń woli w obrocie cywilnoprawnym. Właściwa regulacja stosunków prawnych w rozwijającym się społeczeństwie informacyjnym wymaga niezbędnych zmian w prawie. System prawny, opierając się na klasycznych instytucjach, musi zarazem ewoluować w sposób adekwatny do rozwoju nowoczesnego społeczeństwa. W roku 1996 Komisja ONZ do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL) uchwaliła modelową ustawę dotyczącą zagadnień prawnych związanych z Elektronicznym Przekazem Danych (*Electronic Data Interchange*, w skrócie EDI) i pokrewnych środków komunikacyjnych. Prace w ramach Unii Europejskiej doprowadziły zaś do wydania Dyrektywy Parlamentu Europejskiego nr 1999/93/WE z dnia 13 grudnia 1999 r. w sprawie wspólnotowych ram w zakresie podpisów elektronicznych (Dz. Urz. WE L 13 z 19 stycznia 2000 r.). Zobowiązywała ona państwa członkowskie do ustanowienia przed 19 lipca 2001 r. przepisów prawnych i administracyjnych koniecznych do przystosowania praw wewnętrznych do postanowień Dyrektywy.

W prawie polskim ustawodawca stopniowo wprowadzał nowelizacje oraz nowe akty prawne, które bezpośrednio wiązały się z rozwojem technologicznym. Ta „digitalizacja” prawa skutkowała pojawieniem się w aktach prawnych wielu nowych, specyficznych, lecz najczęściej niezdefiniowanych terminów¹⁷. Za przykład mogą służyć: elektroniczne nośniki informatyczne¹⁸, elektroniczne nośniki informacji¹⁹, informatyczne nośniki danych²⁰, dokument elektroniczny²¹, forma elektroniczna²². Brak precyzyjnych definicji takich terminów wynika z konieczności zachowania przez ustawodawcę neutralności technologicznej, która pozwala unikać nadzbyt częstych nowelizacji w miarę rozwoju techniki.

Kluczowe znaczenie dla uregulowania oświadczeń woli, składanych w postaci elektronicznej, miało uchwalenie w dniu 18 września 2001 r. ustawy o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2001 r. nr 130, poz. 1450 ze zm.). Weszła ona w życie w dniu

16 sierpnia 2002 r. i – poza określeniem warunków stosowania podpisu elektronicznego, skutków prawnych jego stosowania, zasad świadczenia usług certyfikacyjnych oraz zasad nadzoru nad podmiotami świadczącymi te usługi – w art. 54, zmieniła treść art. 60 i art. 78 k.c.

Z art. 60 k.c., w jego aktualnym brzmieniu, wynika, iż z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Przepis ten, o czym była mowa wyżej, wyraża zasadę swobody formy oświadczenia woli. Forma ta może być dowolna, byleby tylko dowolne zachowanie składającego oświadczenie woli ujawniało w sposób zrozumiały (w szczególności dla adresatów) jego decyzję wywołania określonych skutków prawnych. Nowelizacja art. 60 k.c., polegająca na dodaniu do jego poprzedniej treści słów: „w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej”, stanowiła pewne superfluum, niemniej jednak wskazywała na zamiar podkreślenia przez ustawodawcę funkcji nowego środka przekazu informacji w konstrukcji oświadczenia woli. Z. Radwański zauważył, że w szczególności chodziło o zapobieżenie wykładni, że tylko przy spełnieniu się przesłanek tzw. podpisu elektronicznego nowy środek przekazu informacji ma doniosłość prawną²³. Oświadczenie woli w postaci elektronicznej może być złożone na wiele sposobów, których skutek będzie równoważny oświadczeniu woli złożonemu w formie ustnej lub pisemnej. Zgodnie z art. 78 § 2 k.c.: „Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.” Przepis ten określa wymogi kwalifikowanej postaci elektronicznego oświadczenia woli i zrównuje tę postać oświadczenia woli pod względem skutków prawnych ze zwykłą formą pisemną uregulowaną w art. 78 § 1 k.c.

Pojęcia: „podpis elektroniczny” i „bezpieczny podpis elektroniczny” definiuje ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2001 r. nr 130, poz. 1450 ze zm.). Według definicji legalnej „podpis elektroniczny” to „dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny” (art. 3 pkt 1 ustawy o podpisie elektronicznym). „Bezpečnym podpisem elektronicznym” natomiast jest: „podpis elektroniczny, który: a) jest przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej ten podpis, b) jest sporządzany za pomocą podlegających wyłącznej kontroli osoby składającej podpis elektroniczny bezpiecznych urządzeń służących do składania podpisu elektronicznego i danych służących do składania podpisu elektronicznego, c) jest powiązany z danymi, do których został dołączony, w taki sposób, że jakakolwiek późniejsza zmiana tych danych jest rozpoznawalna” (art. 3 pkt 2 ustawy o podpisie elektronicznym). Przepisy ustawy o podpisie elektronicznym koncentrują się na podpisie cyfrowym, który jest jednym z rodzajów podpisu elektronicznego. Podpis cyfrowy jest kodowany metodą asymetryczną. Metoda ta zakłada istnienie pary kluczy komplementarnych – prywatnego

¹⁶ J. Janowski, *Elektroniczny obrót prawny*, Warszawa 2008, s. 154.

¹⁷ B. Pabin, *Elektroniczne oświadczenie woli w zarysie*, e-Biuletyn CBKE 1/2004.

¹⁸ Np. art. 1872 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964 r. nr 43, poz. 296 ze zm.).

¹⁹ Np. art. 35 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz. U. nr 146, poz. 1546 ze zm.); art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. nr 124, poz. 1151 ze zm.).

²⁰ Np. art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2002 r. nr 72, poz. 665 ze zm.); art. 47a ust. 3 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2009 r. nr 205, poz. 1585 ze zm.); art. 3a ust. 2 ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (t.j. Dz. U. z 2005 r. nr 121, poz. 1019 ze zm.).

²¹ Np. art. 34 ust. 2, art. 47 ust. 3c, art. 47a ust. 1, 2, 2a, 6, 7 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2009 r. nr 205, poz. 1585 ze zm.); art. 13 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. nr 183, poz. 1538 ze zm.).

²² Np. art. 47 ust. 8a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2009 r. nr 205, poz. 1585 ze zm.); art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. nr 173, poz. 1807 ze zm.).

²³ Z. Radwański, *Elektroniczna forma czynności prawnej*, Monitor Prawniczy nr 22, rok 2001.

i publicznego. Każda wiadomość zaszyfrowana przy pomocy klucza prywatnego może zostać rozszyfrowana przy pomocy odpowiadającego mu klucza publicznego. Proces ten jest przemienny, można go przeprowadzić w drugą stronę, nie jest jednak symetryczny, a więc klucza użytego do zaszyfrowania informacji nie można użyć do jej rozszyfrowania. Klucz publiczny służy do kodowania informacji, a klucz prywatny do jej odczytywania. Klucz publiczny (można go udostępniać wszystkim zainteresowanym) umożliwia jedynie zaszyfrowanie danych i w żaden sposób nie ułatwia ich odczytania, nie musi więc być chroniony. Dzięki temu np. firmy dokonujące transakcji poprzez Internet mogą zapewnić swoim klientom poufność i bezpieczeństwo. Drugi klucz (prywatny, przechowywany pod nadzorem) służy do odczytywania informacji zakodowanych przy pomocy pierwszego klucza. Klucz ten nie jest udostępniany publicznie. Opisana metoda opiera się na algorytmie opracowanym w 1977 r. przez trzech profesorów z Massachusetts Institute of Technology: Ronalda L. Rivesta, Adi Shamira i Leonarda Adlemana (stąd skrótowa nazwa: algorytm RSA). Zgodnie z art. 3 pkt 4 ustawy o podpisie elektronicznym, kluczem prywatnym są niepowtarzalne i przyporządkowane osobie fizycznej dane, które są wykorzystywane przez tę osobę do składania podpisu elektronicznego. Klucz publiczny stanowią dane służące do weryfikacji podpisu elektronicznego, czyli niepowtarzalne i przyporządkowane osobie fizycznej dane, które są wykorzystywane do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny (art. 3 pkt 5 ustawy o podpisie elektronicznym). Przynależność klucza publicznego do określonej osoby potwierdza certyfikat wystawiany przez uprawniony podmiot świadczący usługi certyfikacyjne.

Oświadczenie woli w postaci elektronicznej może zostać opatrzone podpisem elektronicznym bez certyfikatu, podpisem elektronicznym z certyfikatem bądź podpisem elektronicznym z certyfikatem kwalifikowanym. „Certyfikat” jest elektronicznym zaświadczeniem, za pomocą którego dane służące do weryfikacji podpisu elektronicznego są przyporządkowane do osoby składającej podpis elektroniczny i które umożliwiają identyfikację tej osoby (art. 3 pkt 10 ustawy o podpisie elektronicznym). Certyfikat potwierdza przynależność klucza publicznego do osoby w nim wskazanej. „Certyfikat kwalifikowany” wydaje kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne, którym może być przedsiębiorca wpisany do rejestru kwalifikowanych podmiotów świadczących usługi certyfikacyjne, prowadzonego przez ministra właściwego do spraw gospodarki (art. 3 pkt 12, 14, 15 ustawy o podpisie elektronicznym). Organy władzy publicznej i Narodowy Bank Polski mogą świadczyć usługi certyfikacyjne wyłącznie na użytek własny lub innych organów władzy publicznej. Jednostka samorządu terytorialnego może świadczyć usługi certyfikacyjne na zasadach niezarobkowych także dla członków wspólnoty samorządowej (art. 9 ust. 2 i 3 ustawy o podpisie elektronicznym). Poza wydawaniem certyfikatów usługi certyfikacyjne obejmują znakowanie czasem i inne usługi związane z podpisem elektronicznym (art. 3 pkt 13 ustawy o podpisie elektronicznym). Prowadzenie działalności w zakresie świadczenia tych usług nie wymaga uzyskania zezwolenia ani koncesji (art. 9 ust. 1 ustawy o podpisie elektronicznym). Ustaleniu, przez kogo certyfikat został wydany, służy poświadczenie elektroniczne (zgodnie z art. 3 pkt 19 ustawy o podpisie elektronicznym, są to dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub logicznie z nimi powiązane, umożliwiają iden-

tyfikację podmiotu świadczącego usługi certyfikacyjne lub organu wydającego zaświadczenie certyfikacyjne). To piętrowe powiązanie wieńczy zaświadczenie certyfikacyjne, które pozwala na weryfikację poświadczenia elektronicznego. Zaświadczenie certyfikacyjne to elektroniczne zaświadczenie, za pomocą którego dane służące do weryfikacji poświadczenia elektronicznego są przyporządkowane do podmiotu świadczącego usługi certyfikacyjne lub ministra właściwego do spraw gospodarki, i które umożliwiają identyfikację tego podmiotu lub organu (art. 3 pkt 11 ustawy o podpisie elektronicznym).

Ustawa o podpisie elektronicznym przewiduje możliwość zawieszenia i unieważnienia certyfikatu. Certyfikat jest ważny w okresie w nim wskazanym (art. 21 ust. 1 ustawy o podpisie elektronicznym). Unieważnienie certyfikatu może nastąpić z przyczyn wymienionych w art. 21 ust. 2. W przypadku istnienia uzasadnionego podejrzenia, że istnieją przesłanki do unieważnienia kwalifikowanego certyfikatu, podmiot świadczący usługi certyfikacyjne jest obowiązany niezwłocznie zawiesić certyfikat i podjąć działania niezbędne do wyjaśnienia tych wątpliwości. Zawieszenie kwalifikowanego certyfikatu może trwać maksymalnie 7 dni. Certyfikat, który został zawieszony, może zostać następnie unieważniony lub jego zawieszenie może zostać uchylone (art. 21 ust. 4-7 ustawy o podpisie elektronicznym). Niedopuszczalne jest zawieszenie lub unieważnienie certyfikatu z mocą wsteczną (art. 21 ust. 11 ustawy o podpisie elektronicznym).

Omawiany podpis cyfrowy jest jednoznacznie związany z osobą, która go składa, identyfikuje tę osobę, umożliwia jej osobistą kontrolę nad złożeniem podpisu i jest powiązany z danymi, do których się odnosi, w sposób umożliwiający stwierdzenie, że dane te nie zostały zmienione. Zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy o podpisie elektronicznym: „Bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany przy pomocy kwalifikowanego certyfikatu zapewnia integralność danych opatrzonych tym podpisem i jednoznaczne wskazanie kwalifikowanego certyfikatu, w ten sposób, że rozpoznawalne są wszelkie zmiany tych danych oraz zmiany wskazania kwalifikowanego certyfikatu wykorzystywanego do weryfikacji tego podpisu, dokonane po złożeniu podpisu.” Podpis taki wywołuje skutki prawne określone ustawą, jeżeli został złożony w okresie ważności kwalifikowanego certyfikatu. Jeżeli natomiast został złożony w okresie zawieszenia kwalifikowanego certyfikatu wykorzystywanego do jego weryfikacji, wywołuje skutki prawne z chwilą uchylecia tego zawieszenia (art. 5 ust. 1 ustawy o podpisie elektronicznym).

Zestawienie regulacji art. 60 k.c. i art. 78 § 2 k.c. pozwala wyróżnić: a) kwalifikowaną formę elektroniczną (oświadczenie woli zostaje opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu), b) zwykłą formą elektroniczną (identyfikacja osoby uwierzytelniającej elektroniczne oświadczenie woli następuje w inny sposób niż za pomocą bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu)²⁴. W doktrynie bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu bywa określany jako podpis elektroniczny w znaczeniu węższym²⁵. Posłużenie się takim podpisem – a więc złożenie oświadczenia woli w kwalifikowanej formie elektronicznej – zrównuje to oświadcze-

²⁴ J. Janowski, *Elektroniczny obrót prawny*, Warszawa 2008, s. 151.

²⁵ W. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004, s. 353.

nie w skutkach prawnych z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej (art. 78 § 2 k.c.). Istnieją wystarczające podstawy do uznania, iż regulacja zamieszczona w art. 78 § 2 k.c., jak i redakcja tego przepisu, pozwala mówić o elektronicznej formie oświadczenia woli jako odrębnej formie szczególnej, a nie tylko jako elektronicznej postaci formy pisemnej. Możliwe postaci formy pisemnej (zwykłej) wskazuje art. 78 § 1 k.c. Wynika z niego, że w przypadku jednostronnych czynności prawnych zachowanie formy pisemnej wymaga złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Zawarcie umowy zaś może nastąpić przez wymianę dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Redakcja i literalna treść obu paragrafów art. 78 k.c. wyraźnie wskazuje, że elektroniczna postać oświadczenia woli nie jest jedną z możliwych postaci zaistnienia formy pisemnej, lecz autonomiczną postacią oświadczenia woli, która może być równoważna formie (postaci) pisemnej. Stanie się tak, gdy oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej zostanie opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Wskazując na celowość wyodrębnienia formy elektronicznej z metodologicznego punktu widzenia, Z. Radwański przedstawił dwa główne powody. Po pierwsze, według tego autora, nie każdy sposób utrwalenia oświadczenia woli jest dopuszczalny dla spełnienia wymogów formy pisemnej. Immanentnym elementem wspomnianej formy jest własnoręczny podpis (art. 78 k.c.), który z naturalnych względów zakłada, iż istnieje jakiś przedmiot materialny, na którym można ów podpis złożyć. Natomiast „zapis elektroniczny” nie ma takiej postaci. Po drugie, „podpis elektroniczny” nie ma cech podpisu własnoręcznego rozumianego w sposób określony przez prawo polskie i ustaloną jej doktrynę. Wprawdzie istnieją wyjątki dopuszczające posłużenie się innym niż podpis własnoręczny znakiem identyfikującym, który ma taką samą doniosłość prawną, jak podpis własnoręczny (podpis drukowany, odcisk palca), jednakże znajdują one podstawę prawną w szczególnych przepisach prawnych. Wskazują one nie tylko sposób sporządzania owych zastępczych znaków, ale i ograniczony zakres ich zastosowania. Ponadto wiążą je z materialnym kształtem dokumentów, na którym owe zastępcze znaki są umieszczane. W uzasadnieniu swego stanowiska autor uciekł się do barwnego porównania, stwierdzając, że podpis własnoręczny łączy z podpisem elektronicznym dokładnie „to samo, co konia z „koniem mechanicznym” – oba wprawdzie „ciągną”, ale każdy ma zgoła inną naturę”²⁶.

Wymaga podkreślenia, że elektroniczna forma oświadczenia woli, o której mowa w art. 78 § 2 k.c., może zastępować zwykłą formę pisemną bez względu na to, pod jakim rygiem ta ostatnia została zastrzeżona. W art. 7 ustawy o podpisie elektronicznym przewidziano ponadto możliwość składania oświadczeń woli opatrzonych podpisem elektronicznym, które będą wywoływały skutki prawne formy pisemnej z datą pewną w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Skutki takie wywołuje znakowanie czasem podpisu elektronicznego przez kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne. Jest to usługa polegająca na dołącza-

niu do danych w postaci elektronicznej logicznie powiązanych z danymi opatrzonych podpisem lub poświadczeniem elektronicznym, oznaczenia czasu w chwili wykonania tej usługi oraz poświadczenia elektronicznego tak powstałych danych przez podmiot świadczący tę usługę (art. 3 pkt 16 ustawy o podpisie elektronicznym). Uważa się, że podpis elektroniczny znakowany czasem przez kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne został złożony nie później niż w chwili dokonywania tej usługi. Domniemanie to istnieje do dnia utraty ważności zaświadczenia certyfikacyjnego wykorzystywanego do weryfikacji tego znakowania. Przedłużenie istnienia domniemanie wymaga kolejnego znakowania czasem podpisu elektronicznego wraz z danymi służącymi do poprzedniej weryfikacji przez kwalifikowany podmiot świadczący tę usługę (art. 7 ust. 3 ustawy o podpisie elektronicznym). Zdaniem większości autorów, znakowanie czasem nie wywołuje skutków daty pewnej w rozumieniu art. 81 § 1 k.c., natomiast wywołuje skutki daty pewnej w rozumieniu art. 81 § 2 i § 3 k.c.²⁷ Znakowanie czasem nie wskazuje w takiej sytuacji daty dokonania czynności prawnej, lecz polega na wskazaniu daty lub chwili, w której istniał dokument obejmujący czynność prawną. Oznacza to, że czynność została dokonana wcześniej. W obu znaczeniach wskazanych w art. 81 § 2 i § 3 k.c. data pewna wywołuje skutek względem osób nieuczestniczących w dokonaniu czynności prawnej, do której data się odnosi. Znakowanie czasem podpisu elektronicznego lub bezpiecznego podpisu elektronicznego nie wywołuje skutków kwalifikowanej formy pisemnej z datą pewną, która wymaga urzędowego poświadczenia daty (art. 81 § 1 k.c.)²⁸. Jednorazowe znakowanie czasem ma charakter terminowy, ponieważ wywołuje skutki daty pewnej do dnia utraty ważności zaświadczenia certyfikacyjnego wykorzystywanego do weryfikacji tego znakowania.

Tak jak w odniesieniu do oświadczeń woli – art. 78 § 2 k.c. zrównał w skutkach prawnych kwalifikowaną postać elektroniczną ze zwykłą formą pisemną, tak – analogicznie – art. 5 ust. 2 ustawy o podpisie elektronicznym, w odniesieniu do dokumentów, zrównał w skutkach prawnych „kwalifikowany dokument elektroniczny” z dokumentem opatrzonym podpisami własnoręcznymi. Przepis ten stanowi: „Dane w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu są równoważne pod względem skutków prawnych dokumentom opatrzonym podpisami własnoręcznymi, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej.” W literaturze pojawiły się wątpliwości, czy cytowana regulacja, zrównująca dokument elektroniczny z dokumentem tradycyjnym, ma charakter procesowy czy materialnoprawny²⁹. Istotne znaczenie dowodowe ma we wskazanym zakresie kwalifikowany podpis elektroniczny, czemu daje wyraz art. 6 ust. 1 ustawy o podpisie elektronicznym: „Bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu stanowi dowód tego, że został on złożony przez osobę określoną w tym certyfikacie jako składającą podpis elektroniczny.” Przepis ten odpowiada treścią defini-

²⁷ M. Leśniak [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005, s. 100.

²⁸ M. Leśniak [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005, s. 101.

²⁹ D. Szostek, *Czynność prawna a środki komunikacji elektronicznej*, Kraków 2004, s. 233, opowiedział się za procesowym charakterem tego przepisu; inaczej np. A. Stosio, *Umowy zawierane przez Internet*, Warszawa 2002, s. 181, który uznał, że przepis ma materialnoprawny charakter.

²⁶ Z. Radwański, *Elektroniczna forma czynności prawnej*, *Monitor Prawniczy* nr 22, rok 2001.

cji dokumentu prywatnego zawartej w art. 245 k.p.c., przy czym pewne odmienności przewidziano w ustępach 2 i 3 art. 6 ustawy o podpisie elektronicznym. Moc dowodowa kwalifikowanego podpisu elektronicznego zostaje bowiem wyłączona po upływie terminu ważności kwalifikowanego certyfikatu lub od dnia jego unieważnienia oraz w okresie jego zawieszenia – chyba że zostanie udowodnione, że podpis został złożony przed upływem terminu ważności certyfikatu lub przed jego unieważnieniem albo zawieszeniem (art. 6 ust. 2 ustawy o podpisie elektronicznym).

Nowelizacja art. 60 k.c. miała zwrócić uwagę uczestników obrotu cywilnoprawnego na – niewątpliwie istniejącą już wcześniej – możliwość składania oświadczeń woli za pośrednictwem mediów elektronicznych. Z zasady swobody formy wynika, że wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Oświadczenia woli składane za pomocą komputera, sieci, elektronicznych nośników informacji mają zatem doniosłość prawną niezależnie od zastosowania dodatkowych zabezpieczeń. Brak podpisu elektronicznego nie pozbawia oświadczenia woli znaczenia prawnego, niemniej jednak może rodzić trudności w ustaleniu (identyfikacji) nadawcy i pierwotnej treści (integralności) oświadczenia. Tego rodzaju trudności dowodowe mogą rodzić uzasadnione wątpliwości, czy w ogóle doszło do złożenia oświadczenia woli. Niezależnie od powyższego, należy podkreślić, że wyraźne wskazanie przez ustawodawcę na istnienie niesformalizowanej postaci elektronicznych oświadczeń woli (poza postacią sformalizowaną z art. 78 § 2 k.c.) również jest argumentem przemawiającym za uznaniem odrębności elektronicznej formy oświadczenia woli.

Taki niesformalizowany model elektronicznego oświadczenia został wprowadzony również poza Kodeksem cywilnym. Przykładem może być kilka unormowań ustawowych. W art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2002 r. nr 72, poz. 665 ze zm.) przewidziano, że oświadczenia woli związane z dokonywaniem czynności bankowych mogą być składane w postaci elektronicznej. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 3, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, uznaje się, że czynność dokonana w formie, o której mowa w ust. 1, spełnia wymagania formy pisemnej także wtedy, gdy forma została zastrzeżona pod rygorem nieważności. Analogiczną regulację zawiera art. 3a ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (t.j. Dz. U. z 2005 r. nr 121, poz. 1019 ze zm.). Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. nr 183, poz. 1538 ze zm.), oświadczenia woli w związku z dokonywaniem czynności dotyczących obrotu papierami wartościowymi lub innymi instrumentami finansowymi na podstawie ustawy oraz innych czynności wykonywanych w ramach działalności podmiotów nadzorowanych w zakresie regulowanym ustawą, mogą być składane w postaci elektronicznej, jeżeli strony w umowie tak postanowiły. Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej, zawarte w dokumencie elektronicznym, spełnia wymagania formy pisemnej także wtedy, gdy forma pisemna została zastrzeżona pod rygorem nieważności (art. 13 ust. 3 ustawy). Art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz. U. nr 146, poz. 1546 ze zm.) stanowi, że oświadczenia woli składane w związku z nabywaniem i żądaniem odkupienia przez fundusz inwestycyjny jednostek uczestnictwa mogą być wyrażone za pomocą elektronicznych nośników informacji

z zachowaniem wymogów gwarantujących autentyczność i wiarygodność oświadczenia woli. I w tym przypadku, zgodnie z art. 35 ust. 3 ustawy, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, uznaje się, że czynność dokonana w formie, o której mowa w ust. 1, spełnia wymagania formy pisemnej także wtedy, gdy forma pisemna została zastrzeżona pod rygorem nieważności.

Wątpliwości dotyczące istnienia elektronicznej formy oświadczenia woli, jako formy szczególnej, zamierzają rozwiązać twórcy Projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego. Projekt ten (datowany na październik 2008 r.) został opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości pod kierownictwem prof. Zbigniewa Radwańskiego. Problematyka czynności prawnych została zamieszczona w Tytule IV Projektu Księgi pierwszej („Część ogólna”). Dział V Tytułu IV zatytułowany jest „Forma oświadczenia woli” i obejmuje artykuły od 104 do 115. Tytuł wskazuje, że autorzy uznali za stosowne wskazanie, iż przedmiotem regulacji jest forma tylko jednego z elementów czynności prawnej, którym jest oświadczenie woli. W uzasadnieniu projektu podniesiono, że zmiana ma znaczenie porządkowe i dydaktyczne.

W projekcie zachowano fundamentalną zasadę swobody formy. Zgodnie z art. 104 § 1 projektu: „Oświadczenie woli może zostać złożone w dowolnej formie, chyba że ustawa lub czynność prawna wymaga zachowania formy szczególnej.” Z uzasadnienia wynika, że proponowany art. 104 § 1 wyraża nie tylko zasadę swobody formy, ale jednocześnie wiąże pojęcie formy szczególnej z wynikającym z ustawy lub z czynności prawnej, obowiązkiem zachowania określonej formy. Ponadto, proponowany przepis przewiduje uzupełnienie regulacji art. 60 k.c., poprzez wskazanie, jako źródła obowiązywania formy szczególnej, także czynności prawnej. Autorzy zaznaczyli również, że usytuowanie aktualnie obowiązującego art. 60 k.c. (poza Działem III Tytułu IV Księgi I Kodeksu cywilnego, zawierającym regulację dotyczącą formy oświadczeń woli) nie jest rozwiązaniem w pełni trafnym z uwagi na rozbieżność regulacji formy oświadczenia woli i zaistniałe na tym tle dylematy dotyczące samego rozumienia formy oświadczenia woli.

Nowym rozwiązaniem jest stworzenie w art. 104 § 2 projektu katalogu podstawowych typów formy szczególnej, które będą miały zastosowanie do wszystkich czynności prawnych. Jak zaznaczono w uzasadnieniu, katalog ma charakter otwarty, dzięki czemu nie zachodzi potrzeba wymienienia w nim form szczególnych przewidzianych dla dokonania określonych czynności prawnych (np. formy testamentu holograficznego, formy zawarcia małżeństwa czy formy weksla). Ponadto, zdaniem twórców projektu, nie może budzić wątpliwości, że także same strony będą miały pełną swobodę określenia dla dokonywanej przez nie czynności prawnej odrębnego, nieuregulowanego ustawowo, typu formy szczególnej. Jako podstawowe formy szczególne w art. 104 § 2 przewidziano: formę dokumentową, formę pisemną, formę elektroniczną, formę pisemną z poświadczoną datą, formę pisemną z poświadczonym podpisem i formę aktu notarialnego. Propozycja wyodrębnienia formy elektronicznej oświadczenia woli została potwierdzona w art. 108 projektu. W paragrafie pierwszym artykułu 108. określono przesłanki zachowania tej formy: „Dla zachowania formy elektronicznej należy złożyć oświadczenia woli w postaci danych elektronicznych, do których dołączono lub które logicznie powiązano z podpisem

elektronicznym w sposób umożliwiający identyfikację składającego oraz wykrycie każdej późniejszej zmiany treści takiego oświadczenia." W paragrafie drugim artykułu 108. zachowano zasadę względnej równoważności formy elektronicznej i formy pisemnej: „Jeżeli z ustawy lub czynności prawnej nie wynika nic innego, złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej spełnia wymóg złożenia oświadczenia woli w formie pisemnej." Sposób zdefiniowania formy elektronicznej w art. 108 § 1 projektu odbiega od aktualnego ujęcia z art. 78 § 2 k.c. Autorzy projektu stwierdzili, że konsekwentnie realizowany postulat neutralności technicznej przy kodeksowym precyzowaniu przesłanek dochowania formy szczególnej doprowadził do wyeliminowania z opisu formy elektronicznej takich określeń jak: „bezpieczny podpis elektroniczny" czy „weryfikacja przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu". Dla zachowania formy elektronicznej niezbędne będzie złożenie oświadczenia woli w postaci danych elektronicznych i dołączenie do nich lub logiczne z nimi powiązanie podpisu elektronicznego umożliwiającego identyfikację osoby dokonującej czynności prawnej, a ponadto – zapewnienie integralności złożonego oświadczenia. Szczegółowe wymagania służące identyfikacji składającego oświadczenie woli i integralności samego oświadczenia określają przepisy odrębne. Jak zauważono w uzasadnieniu, wyodrębnienie formy elektronicznej usunie spór wokół możliwości posłużenia się tą formą przez osoby mogące czytać, lecz niemogące pisać, co będzie miało dodatkowe znaczenie wobec rezygnacji z uregulowania w nowym Kodeksie cywilnym zastępczych postaci podpisu. W projektowanym art. 114. utrzymano obecną regulację art. 79 k.c. dotyczącą złożenia oświadczenia woli w formie pisemnej przez osobę niemogącą pisać, lecz mogącą czytać. Zrezygnowano natomiast z regulacji zawartej w art. 80 k.c., który zastrzega formę aktu notarialnego dla składania oświadczeń woli w formie pisemnej przez osoby niemogące czytać. Autorzy projektu podnieśli, że przepis ten był krytykowany przez reprezentantów Związku Niewidomych, którzy wskazywali, że ociemniaли bardzo często prowadzą działalność gospodarczą lub społeczną i muszą w związku z tym podpisywać codziennie wiele dokumentów. Wymóg zachowania formy aktu notarialnego dla ich oświadczeń jest w tej sytuacji nieracjonalny. Ponadto ociemniałi, którzy nie prowadzą działalności gospodarczej, skarżą się na utrudnienia w dokonywaniu czynności prawnych, zwłaszcza w stosunkach z bankami.

W obrębie projektowanych unormowań dotyczących formy oświadczeń woli na uwagę zasługuje propozycja zniesienia ustawowego rygoru formy *ad probationem* oraz wprowadzenie ustawowej definicji dokumentu. Jeden z podstawowych terminów prawa cywilnego nie miał do tej pory definicji legalnej. Art. 105 projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego definiuje pojęcie „dokumentu" następująco: „Dokumentem jest informacja obejmująca treść oświadczenia woli lub innego oświadczenia, utrwalona w sposób umożliwiający jej zachowanie i odtworzenie." Definicja ta, sformułowana według kryterium przedmiotowo-funkcjonalnego, jest neutralna technologicznie, ponieważ nie przesądza, co może być nośnikiem treści dokumentu. Jak wskazali projektodawcy: „Konstytutywną cechą dokumentu w świetle projektowanego przepisu jest zatem jego intelektualna zawartość – treść obejmująca różnego rodzaju oświadczenia, w tym oświadczenia woli. Jest przy tym jasne, że w takim ujęciu dla bytu dokumentu nie ma znaczenia, czy jest on podpisany. Oznacza to, że podpis

nie jest koniecznym elementem dokumentu. (...) Treść dokumentu może zostać zatem dowolnie ujawniona (znaki graficzne, dźwięk, obraz), a także utrwalona na dowolnym nośniku (papier, urządzenie informatyczne) i przy pomocy dowolnych środków (pióro, komputer, telefon komórkowy). Granicę tej neutralności wyznacza jednak realizowana przez dokument funkcja dowodowa, która wymaga, aby sposób utrwalenia informacji umożliwiał jej zachowanie i odtworzenie. Taki sposób zdefiniowania dokumentu nawiązuje do najnowszych trendów prawodawstwa europejskiego."

Dynamiczny rozwój nowych technologii, takich jak poczta elektroniczna czy SMS, był jedną z podstawowych przyczyn wprowadzenia do Projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego formy dokumentowej jako odrębnego typu formy szczególnej oświadczenia woli. Zgodnie z art. 106. projektu, dla jej zachowania należy złożyć oświadczenia woli w postaci dokumentu w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie. Projektodawcy stwierdzili, że wprowadzenie tej regulacji prowadzi do stworzenia prawnych ram funkcjonowania formy, która obecnie jest już w obrocie powszechnie stosowana, a z uwagi na coraz bardziej dynamiczny rozwój nowych technologii, stale zyskuje na znaczeniu.

Projektowana regulacja stanowi niewątpliwie próbę wyjścia naprzeciw rozwojowi technologicznemu i istotnym zmianom zachodzącym w technikach komunikacji między uczestnikami obrotu cywilnoprawnego. Należy się spodziewać, że zmiany te będą przybierały na sile, co przyczyni się do jeszcze większego rozpowszechnienia oświadczeń woli zapisywanych na elektronicznych nośnikach informacji bądź przekazywanych za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

MGR AGATA MAJCHROWSKA¹

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA Z TYTUŁU ŚWIADCZENIA USŁUG ELEKTRONICZNYCH Z UŻYCIEM ELEKTRONICZNYCH INSTRUMENTÓW PŁATNICZYCH

KONFERENCJA PN. „PŁATNOŚCI BEZGOTÓWKOWE W POLSCE: PRAWO I TECHNOLOGIE” WROCŁAW, 29-30.10.2009 R.

W pierwszej kolejności należy postawić pytanie: czy „płatność elektroniczna” za usługę świadczoną może być źródłem odpowiedzialności odszkodowawczej i jak kształtuje się ta odpowiedzialność względem konsumentów w UE?

W dobie dostępu do usług świadczonych drogą elektroniczną zarówno usługodawcy jak i odbiorcy usług nie są zainteresowani stosowaniem rozwiązania o charakterze hybrydowym – tj. zapłaty „materialnym” pieniądzem z chwilą otrzymania świadczenia, bowiem sprzeciwia się temu cel transakcji internetowych, ich powszechny dostęp i szybkość realizacji. Stąd obecnie przyjętymi sposobami zapłaty za usługi świadczone drogą elektroniczną są przelewy z rachunku bankowego bankowości elektronicznej, płatność usługą SMS za pośrednictwem operatora sieci komórkowej, płatność kartą kredytową lub kartą płatniczą oraz wykorzystanie systemów typu Pay Pal. Kto jednak ponosi odpowiedzialność względem korzystającego z usługi płatniczej?

Z uwagi na klasyczny podział źródeł odpowiedzialności dostawcy usług można wskazać niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług płatniczych, odpowiedzialność deliktową względem usługobiorcy oraz odpowiedzialność względem osoby trzeciej, innej niż usługobiorca. Ustawodawca europejski stanął zatem przed koniecznością wprowadzenia odpowiednich regulacji, możliwych do zastosowania względem wszystkich odbiorców usług, w tym konsumentów UE, z zachowaniem gwarancji swobody usług, ale i wypracowanych zasad odnoszących się do możliwych ograniczeń tej swobody. Regulacja została opracowana zgodnie z zasadą, iż ograniczenia swobody (zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS) muszą być stosowane w sposób niedyskryminacyjny, muszą być uzasadnione imperatywnymi względami interesu publicznego, muszą zapewnić osiągnięcie celu, którego spełnieniu służą oraz nie powinny wykraczać poza to co niezbędne w celu osiągnięcia zamierzonego skutku.

De lege lata swobodę kontraktowania ogranicza szeroko rozumiana ochrona konsumenta, ochrona danych, dóbr osobistych, konkurencji, interesu publicznego. Egzemplifikacją tych dyrektyw są klauzule abuzywne (niedozwolone postanowienia wzorców umownych w umowach z konsumentami), obowiązki informacyjne nałożone na świadczących usługi, wymóg zgody kontrahenta, powinność uzyskania zezwolenia/koncesji, powin-

ność zaniechania naruszeń, katalog niedozwolonych praktyk handlowych, czynów nieuczciwej konkurencji.

„Obecnie rynki usług płatniczych państw członkowskich działają w oderwaniu od siebie, ich organizacja ma wymiar krajowy, a na ramy prawne usług płatniczych składa się dwadzieścia siedem krajowych systemów prawnych”²

Zauważając powyższą swoistą niespójność legislacyjną, Parlament Europejski i Rada, Dyrektywą 2007/64/WE z dnia 13 listopada 2007 r., w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego (zmieniającą Dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylającą Dyrektywę 97/5/WE – Dz. Urz. UE.L 2007 Nr 319, str. 1) nakazał harmonizację przepisów, wprowadzając jednolite uregulowania dla wszystkich krajów Unii. Powinność implementacji tej dyrektywy została oznaczona na dzień 1 listopada 2009 r. Polska nadal jednak nie dokonała jej implementacji. Na marginesie należy zaznaczyć, iż w tej sytuacji, w odniesieniu do usług transgranicznych, istnieje możliwość powoływania się wprost na przepisy o charakterze bezwzględny, zarówno w aspekcie wertykalnym jak i horyzontalnym, jednak należy przyznać, iż bankowość elektroniczna powyższe zmiany wprowadziła, poprzez zmiany obowiązujących regulaminów. Do czasu formalnej implementacji dyrektyw PSD dyskusyjną kwestią pozostanie jednak czy i w jakim zakresie przepisy dyrektywy będą stosowane przez krajowe sądy powszechne.

Dokonując harmonizacji, w pierwszej kolejności wprowadzono nakaz uzyskania zezwolenia na działalność w charakterze instytucji płatniczej (art. 10 Dyrektywy), jednocześnie zakazując świadczenia usług płatniczych tym osobom, które nie są dostawcami usług płatniczych, w rozumieniu Dyrektywy ani nie są jednoznacznie wyłączone z zakresu jej stosowania. Z powyższego, *expressis verbis* wyprowadzić należy konkluzję, iż każdorazowo podmiot nieposiadający właściwego zezwolenia ponosi względem użytkownika odpowiedzialność deliktową, wobec świadczenia usługi w sposób sprzeczny z ustawą, narażając się również na zarzut nieważności tak zawartej umowy.

Pierwszą innowacyjną zmianą jest wprowadzenie jednej definicji Usługi Płatniczej (załącznik, art. 4 definicja 3), przez którą należy rozumieć wszelką działalność wymienioną w załączniku do PSD, tj. wpłaty i wypłaty gotówkowe, wykonywanie transakcji płatniczych (np. realizacja poleceń zapłaty, realizacja transakcji płatniczych przy użyciu kart, realizacja przelewów bankowych), wydawanie instrumentów płatniczych i usługi przekazów pienięż-

¹ mgr Agata Majchrowska - doktorant w Zakładzie Prawa Cywilnego i Międzynarodowego Prywatnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, współpracownik Centrum badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej

² Pkt. 2 Preambuly Dyrektywy PSD

nych. Definicją objęte są również czynności operatorów polegające na wykonywaniu transakcji płatniczych, w ramach których zgoda płatnika na wykonywanie transakcji płatniczej udzielana jest przy użyciu urządzenia telekomunikacyjnego, cyfrowego lub informatycznego, a płatność przekazywana jest operatorowi systemu telekomunikacyjnego, informatycznego lub operatorowi sieci, działającemu jedynie jako pośrednik pomiędzy użytkownikiem usługi płatniczej a dostawcą towarów i usług.

Podkreślając znaczenie tego zapisu, należy wskazać, że podmiotem odpowiedzialnym z tytułu usług płatniczych będzie nie tylko instytucja płatnicza, ale i operator systemu telekomunikacyjnego, informatycznego lub operator sieci, który w obrębie swojej działalności nie będzie świadczył innych usług poza pośrednictwem między użytkownikiem usługi płatniczej a dostawcą towarów i usług bądź pozostała działalność będzie miała nieznaczący charakter, oraz gdy usługi lub towary są dostarczane do urządzenia telekomunikacyjnego, informatycznego lub sieciowego.

PSD wprowadza wymogi informacyjne dostawcy wobec korzystającego z usług płatniczych, które odnoszą się do przekazywania informacji wymienionych w tytule III Dyrektywy, zaś odstępowanie od wykonania obowiązku odnosi się jedynie do płatności obejmujących niskie kwoty (mikropłatności – kwota 30 euro lub limit 150 euro na dany środek płatniczy) oraz w sytuacji, gdy zawarto umowę ramową (w rozumieniu PSD). Wprawdzie państwu członkowskiemu pozostawiono fakultatywną możliwość rozkładu ciężaru dowodu spełnienia obowiązków informacyjnych (art. 33), jednak można przyjąć, iż prezentowany w prawie UE prymat ochrony konsumenta zdecyduje o konieczności dowodzenia spełnienia tych obowiązków przez usługodawcę w każdym przypadku. Należy bowiem podkreślić, że niespełnienie obowiązków informacyjnych wymienionych w tytule III (gdy usługodawca nie dostarczył lub nie udostępnił informacji), w odniesieniu do konsumenta eliminuje granice czasowe zgłoszenia nieautoryzowanych lub nieprawidłowo wykonanych transakcji płatniczych. W razie prawidłowego spełnienia obowiązków informacyjnych, roszczenie z tytułu nieautoryzowanej transakcji może zostać zgłoszone w chwili stwierdzenia istnienia takiej transakcji, nie później niż 13 miesięcy od daty obciążenia rachunku, po upływie tego czasu możliwość zgłoszenia roszczenia wygasa (art. 58). Jeżeli użytkownik nie jest konsumentem, ograniczenia przewidziane dla ochrony konsumentów mogą zostać wyłączone lub zmienione przez strony w umowie o usługi płatnicze (art. 51).

Do dnia wejścia w życie dyrektywy PSD, nie było pełnej jasności, kto ponosi ryzyko nieautoryzowanych transakcji na bankowych e-kontach. Użytkownik dostawał zestaw porad dotyczących bezpiecznego dokonywania transakcji, jednak nawet ich zastosowanie powodowało odpowiedzialność za ryzyko nieuprawnionych transakcji. Wg przepisów dyrektywy, użytkownicy wszystkich usług płatniczych zostali objęci ochroną taką, jaka dotychczas była przewidziana w przepisach ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych dla użytkowników kart płatniczych (art. 28 ueip). Tym samym stosuje się tzw. repartycję ryzyka, co oznacza, że ryzyko nieautoryzowanych transakcji zostało podzielone pomiędzy bank a właściciela konta.

Najistotniejszym novum dla wszystkich usług płatniczych jest ujednolicenie zasady autoryzacji transakcji. Transakcję uznaje się za autoryzowaną tylko pod warunkiem udzielenia przez płatnika zgody na wykonanie transakcji płatniczej (przed wykonaniem usługi lub – jeśli tak uzgodniono – po jej wykonaniu). W przy-

padku braku zgody – transakcję uznaje się za nieautoryzowaną. Nawet w przypadku wyrażenia zgody, płatnik może ją wycofać do chwili, gdy zlecenie płatnicze staje się nieodwołalne – w rozumieniu art. 66 Dyrektywy, jasno określającej termin odwołania zgody. W przypadku polecenia zapłaty można odwołać zlecenie płatnicze nie później niż do końca dnia roboczego poprzedzającego uzgodniony dzień obciążenia rachunku.

Dyrektywa nie przenosi jednak ryzyka odpowiedzialności za nieautoryzowane transakcje na dostawcę usługi płatniczej w sposób bezkrytyczny. Nakłada bowiem na użytkownika powinność, a wręcz obowiązek korzystania z instrumentu płatniczego zgodnie z warunkami, zaś po stwierdzeniu utraty, kradzieży, sprzeniewierzenia lub nieuprawnionego użycia – wymóg poinformowania dostawcy usług lub uprawnionego podmiotu (art. 56).

Korekta następuje wyłącznie wtedy, gdy użytkownik bez zbędnej zwłoki powiadamia dostawcę o nieautoryzowanych lub nieprawidłowo wykonanych transakcjach, nie później niż 13 miesięcy po obciążeniu rachunku, chyba że dostawca nie dopełnił obowiązków informacyjnych o przeprowadzonej transakcji (art. 58).

Najistotniejszym wymogiem nałożonym przez dyrektywę jest domniemanie z art. 59 (przy czym przepis ten ma charakter bezwzględnie wiążącego) stanowiące, iż w przypadku, gdy użytkownik zaprzecza autoryzacji wykonanej transakcji płatniczej lub twierdzi, że została wykonana nieprawidłowo, na dostawcy usług płatniczych spoczywa obowiązek udowodnienia, że transakcja była autoryzowana, a także: odpowiednio zapisana, ujęta w księgach, i że na transakcję nie miała wpływu żadna awaria techniczna ani innego rodzaju usterka. Dostawca usług płatniczych nie może używać ani jako dowodu ani zarzutu nieprawdziwości oświadczenia użytkownika samego faktu, że instrument płatniczy został w rzeczywistości użyty. Samo użycie instrumentu płatniczego niekoniecznie jest wystarczające do udowodnienia, że transakcja płatnicza została przez płatnika usług płatniczych autoryzowana albo że płatnik działał w złej wierze lub dopuścił się rażącego niedbalstwa w wykonaniu swoich obowiązków wymienionych w art. 56 PSD (art. 60).

Przy tym, jeśli dostawca nie zapewnia odpowiednich środków umożliwiających w dowolnym momencie dokonanie zgłoszenia utraty, kradzieży lub sprzeniewierzenia, płatnik nie ponosi odpowiedzialności za konsekwencje finansowe będące skutkiem posłużenia się takim instrumentem płatniczym, chyba że działał w złej wierze (art. 61.5.)

Skutkiem uznania transakcji za nieautoryzowaną jest obowiązek niezwłocznego zwrotu przez dostawcę kwoty, na jaką opiewa nieautoryzowana transakcja, ewentualnie – obowiązek przywrócenia stanu poprzedniego rachunku. Ewentualna dalsza odpowiedzialność dostawcy kształtuje się w oparciu o przepisy właściwe do umowy o usługi płatnicze, zawartej pomiędzy dostawcą a płatnikiem.

Płatnik (użytkownik) odpowiada z tytułu nieautoryzowanych transakcji do kwoty 150 euro do chwili zgłoszenia, zgodnie z art. 56 pkt. 1 lit b, tj. za transakcje będące skutkiem posłużenia się utraconym lub skradzionym instrumentem płatniczym lub – gdy nie zdołał uchronić indywidualnych zabezpieczeń tego instrumentu – wykorzystania tego instrumentu w ramach przestępstwa skimmingu³.

³ Skimming jest przestępstwem polegającym na nielegalnym skopiowaniu zawartości paska magnetycznego karty płatniczej bez wiedzy jej posiadacza w celu wytworzenia kopii i wykonywania nieuprawnionych płatności za towary i usługi, lub wypłat z bankomatów. Ponieważ skopiowana karta w systemach elektronicznych-bankowych zachowuje się jak karta oryginalna, wszystkie operacje wykonane przy jej pomocy odbywają się kosztem posiadacza oryginalnej karty i obciążają jego rachunek. (<http://pl.wikipedia.org/wiki/Skimming>)

Determinantem odpowiedzialności w pełnej wysokości za dokonaną transakcję jest działanie w złej wierze (w złych zamiarach), zarówno przed jak i po zgłoszeniu oraz celowe i rażące zaniedbanie obowiązków wynikających z art. 56 PSD.

Ustawodawca przewidział możliwość ograniczenia odpowiedzialności płatnika poniżej 150 euro, w szczególności przez wzgląd na zasady słuszności, gdy płatnik działał w dobrej wierze, nie zaniedbał ciążących na nim obowiązków, a charakter indywidualnych zabezpieczeń instrumentu płatniczego oraz okoliczności jego utraty umożliwiają wniosek, że obciążenie użytkownika nie jest celowe.

Wymaga podkreślenia, iż usługodawca obowiązany jest do zwrotu kwoty autoryzowanej transakcji (zainicjowanej przez odbiorcę lub za jego pośrednictwem i już wykonanej), gdy w momencie autoryzacji nie została określona dokładna kwota transakcji płatniczej oraz kwota transakcji jest wyższa niż kwota, jakiej płatnik mógł racjonalnie się spodziewać, uwzględniając jego wcześniejszy schemat wydatków, warunki zawarte w jego umowie ramowej oraz istotnej dla sprawy okoliczności.

Powyższe zastrzeżenie odnosi się do modelu przeciętnego konsumenta, działającego indywidualnie, ale w ramach powtarzalnych zachowań i dokonującego płatności na podstawie zachowań nie wprowadzających w błąd. Rozwiązanie rodzi naturalne kontrowersje, co oznacza również, iż ocena zasadności żądania zwrotu kwoty zrealizowanej autoryzowanej transakcji będzie wymagała każdorazowej wnikliwej analizy, dokonywanej w granicach racjonalnego osądu. Stanowisko powyższe zostało wprowadzone na potrzeby tych sytuacji, gdzie użytkownik został wprowadzony w błąd co do prognozowanej ceny transakcji, która nie została jednoznacznie określona z góry, i której nie mógł zasadnie się spodziewać. Artykuł 62 Dyrektywy zdaje się przy tym mieć kategorię brzmienia, nakazujące zwrot całości kwoty objętej obciążeniem z tytułu skorzystania z usługi płatniczej, nie wprowadzając prawa do dokonania legalnego obciążenia do tej kwoty, której w ramach swego zachowania w części się spodziewał. Mówiąc obrazowo, gdy spodziewał się dokonać wydatku na kwotę 500 euro, a został obciążony na 5.000, czy będzie istniała legalna postawa obciążenia go co do kwoty spodziewanego wydatku, bez sprzeczności z przywołanym art. 62.

PSD wprowadza – w granicach ustalania pozostałych podstaw odpowiedzialności – regulacje dotyczące terminów i zasad realizacji usług płatniczych, w tym: ograniczonego prawa odmowy realizacji zlecenia (tylko wtedy, gdy zlecenie jest zabronione na mocy innych właściwych przepisów prawa wspólnotowego lub krajowego), zakazu dokonywania potrąceń przez pośredników (wyrażającego się powinnością przekazania oznaczonej kwoty) oraz sztywnego ustalania daty waluty. (art. 64-73). Podkreślono ponadto powinność niedyskryminacyjnego traktowania instytucji płatniczych, co ma na celu również podwyższenie konkurencyjności tych instytucji, zaś naruszenie tej normy skutkować będzie odpowiedzialnością z tytułu czynów niedozwolonych. Wprowadzono ujednolicone zasady odpowiedzialności za outsourcing – tj. określono, że instytucje ponoszą pełną odpowiedzialność za wszelkie działania ich pracowników, agentów lub podmiotów świadczących usługi w ramach outsourcingu (art. 18). W art. 22 – ochroną objęto prawa dobra osobiste i tajemnicę handlową, włączając je w zakres obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej (klauzula poufności pracowników oraz świadczących usługi outsourcingowe, w tym pośredników i agentów).

Określone powyższej zdarzenia powodujące odpowiedzialność w granicach przekraczania zakazu lub nakazu ustawowego są wyraźnie oznaczone – art. 86 *expressis verbis* statuuje obowiązek przyjęcia wprost zharmonizowanych przepisów, wprost określając wyjątki od ustanowionych reguł. Odstępstwa w prawie krajowym jednak nie mogą być stosowane na niekorzyść użytkowników usług, chyba że taka możliwość została wprost w Dyrektywie przewidziana.

W granicach reguł odpowiedzialności kontraktowej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy PSD w art. 75 stanowi, że dostawca usług płatniczych ponosi odpowiedzialność względem płatnika, chyba że wykaze, że dostawca usług płatniczych po stronie odbiorcy otrzymał kwotę transakcji – wtedy odpowiedzialność ponosi ów dostawca w stosunku do odbiorcy. Gdy odpowiedzialny dostawca płatnika niezwłocznie przekazuje kwotę transakcji lub (odpowiednio) przywraca stan poprzedni rachunku płatnika. Gdy odpowiedzialny dostawca odbiorcy niezwłocznie przekazuje odbiorcy do dyspozycji kwotę transakcji płatniczej bądź uznaje rachunek płatniczy odbiorcy odpowiednią kwotą. Gdy jednak zlecenie jest zainicjowane przez płatnika, jego dostawca ma obowiązek przesłania transakcji i powiadomienia płatnika o jej wyniku.

Ponadto w razie niewykonania umowy ponoszą odpowiedzialność za wszelkie opłaty, za które są odpowiedzialni oraz za wszelkie odsetki, którymi został obciążony użytkownik w rezultacie niewykonania lub nienależytego wykonania transakcji płatniczej.

Do dalej idących reguł odpowiedzialności odszkodowawczej Dyrektywa odsyła do przepisów krajowych właściwych dla umowy zawartej pomiędzy użytkownikiem a dostawcą.

Dyrektywa przewiduje również możliwość dochodzenia roszczeń regresowych, kreując tę odpowiedzialność w ten sposób, że ten dostawca albo pośrednik, któremu można przypisać odpowiedzialność, jest zobowiązany do wyrównania szkody pierwszemu dostawcy (obejmującej poniesioną szkodę lub zapłacone kwoty) – art. 77 PSD.

Należy również wskazać podstawy odpowiedzialności wyinterpretowane z przepisów Dyrektywy: pełną odpowiedzialności pośrednika w sytuacji, gdy ten powierzył wykonanie osobie trzeciej, za której działania odpowiedzialności nie ponosi, chyba że ponosi winę w wyborze (art. 18 i 76 PSD), kontrowersyjną odpowiedzialność za zaniechanie wykonania usługi, mimo wezwania do jej wykonania (art. 65 PSD) – w sytuacji, gdy brak jest reguł weryfikacji zachowań sprzecznych z przepisami prawa oraz realny udźwieg odpowiedzialności dostawcy, w sytuacji, gdy rozłożono odpowiedzialność lub zwolniono użytkownika z odpowiedzialności na zasadzie słuszności (art. 61 i 62).

Jak wspomniano Dyrektywa zakłada wysoki stopień harmonizacji, jednak do dalej idących roszczeń (na mocy art. 76 i 77) zastosowanie mają przepisy prawa krajowego. Transgraniczność usługi, w kontekście zróżnicowanych katalogów czynów niedozwolonych i rozbieżnych norm moralno-etycznych w poszczególnych krajach członkowskich, nadal nie ułatwia ustalenia wszystkich podstaw odpowiedzialności, co nakazuje odpowiedzialność z tytułu wyrządzenia szkody traktować jako swoiste „ryzyko gospodarcze”. Typowym przykładem jest zlecenie zapłaty za usługę nielegalną w kraju zlecenia płatności, jednak legalną w kraju zapłaty. Ustalenie istnienia odpowiedzialności za odmowę realizacji transakcji w tej sytuacji nie będzie jednoznaczne. Równie dyskusyjnym pozostanie zrealizowanie transakcji, której poszkodowanym będzie nie zlecający

a osoba trzecia, w sytuacji, gdy o możliwości naruszenia przepisów prawa dostawca posiadał wiedzę. Odpowiedzialność dostawcy wyłączona jest w każdym przypadku, w razie wystąpienia nienaturalnych i nieprzewidywalnych okoliczności niezależnych od strony powołującej się na takie okoliczności, których skutki byłyby nieuniknione mimo wszelkich starań w celu zapobieżenia im lub gdy dostawcę usług płatniczych wiążą inne zobowiązania podlegające przepisom krajowym lub wspólnotowym (art. 78).

Analizując wprowadzane Dyrektywą zmiany, należy wskazać, iż ujednolicenie przepisów wprowadza bezpieczeństwo obrotu, przewiduje rozkład odpowiedzialności, zdecydowanie ułatwi możliwość uchylenia się przez użytkowników od ponoszenia ciężarów nieautoryzowanego użycia karty czy też jej sprzeniewierzenia (tj. wykorzystania nielegalnej kopii w przestępstwie skimmingu). Wprowadzone przepisy służą zapewnieniu konkurencyjności i realnego przeciwdziałania praktykom monopolistycznym.

Trudność akceptacji zmian uzasadniona jest faktem, iż przeniesienie ciężaru dowodu autoryzacji transakcji będzie spoczywał na instytucji, zastrzeżone wymogi odpowiedzialności będą wymagały bardziej wnikliwego badania wszystkich reklamacji – wymagana będzie korelacja starannego działania użytkownika z wykonaniem obowiązków informacyjnych.

Dyrektywa nie dostarcza jednak, w granicach podstaw odpowiedzialności, jednoznacznej odpowiedzi, czy płatność SMS oferowana przez operatora może podlegać omawianej regulacji.

Przy założeniu, że w tej dedykowanej działalności może zostać uznany za podlegającego przepisom PSD, należy wskazać na trudność utrzymania wymogów ochronnych z art. 9, tj. powinności ochrony środków – zakaz łączenia ze środkami pieniężnymi jakiegokolwiek osoby fizycznej lub prawnej niebędącej użytkownikiem – są chronione zgodnie z prawem krajowym przed wierzycielami instytucji płatniczej; objęte są polisą ubezpieczeniową.

Analizując *de lege lata* nieuchyloną však ustawę o elektronicznych instrumentach płatniczych, najbliższe Dyrektywie rozwiązanie wprowadza art. 28 ustawy z dnia 12 września 2002 r., o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz. U. z 2002 r. nr 169 poz. 1385 z późn. zm.) [u.e.i.p.] w zw. z art. 2 pkt. 1 i 2 u.e.i.p. i art. 355 § 2 k.c. i 471 k.c. w zw. z art. 473 k.c. oraz art. 415 k.c. w zw. z art. 429 *in fine* k.c. oraz art. 443 k.c. oraz art. 405 i nast. k.c., a ponadto – art. 8 ust. 1 pkt. 2 u.e.i.p. w zw. z art. 473 § 1 k.c. i art. 353 [1] k.c. oraz art. 56 k.c., art. 60 i art. 65 k.c.

W granicach obecnie obowiązującej ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych, w razie nieautoryzowanego użycia karty, poszkodowany dochodzi zapłaty opierając swoje uprawnienie na materialnoprawnej podstawie określonej w art. 28 ust. 2 zd. 3 i 4 u.e.i.p. Nie przesądzając o ewentualnej korelacji tego zobowiązania z art. 471 k.c., art. 415 k.c., czy też art. 405 k.c. i nast. oraz dalej idącymi powiązaniem (co do art. 474 k.c., 355 § 2 k.c., art. 429 k.c., art. 443 k.c.), należy stwierdzić, iż zawiera ono *de facto* domniemanie prawne ustanowione na jego korzyść w postaci nałożenia na wydawcę lub akceptanta ciężaru dowodu prawidłowego użycia karty i prawidłowego wykonania przez nich ciążących na nich obowiązków. Warto przy tym podkreślić, iż o rozkładzie ciężaru dowodu nie przesądza bezpośrednio art. 6 k.c. ani art. 232 k.p.c. – w konkretnych sytuacjach o takiej powinności rozstrzyga bezpośrednio przepis prawa materialnego – co w niniejszej sytuacji ma miejsce.

Nawet gdyby przyjąć, iż wykładnia systemowa art. 28 ust. 2 u.e.i.p. (którego wprowadzenie jest konsekwencją implementacji dyrektywy poprzedzającej PSD) tak określona jest błędna, to należy zwrócić uwagę na fakt, że niewątpliwie poszkodowany winien jedynie wskazać, iż kto – na mocy umowy o akceptację kart płatniczych łączącej wydawcę karty z jego pośrednikami – ponosi odpowiedzialność w razie nieautoryzowanego użycia karty. Takie wskazanie uzasadnia wykazanie przez poszkodowanego istnienia przesłanek uzasadniających zarzut nienależytego wykonywania umowy, zaś ciężar dowodu przeciwnego spoczywa na świadczącym usługi, jego agencji lub pośredniku. Prawidłowe wnioskowanie z art. 28 ust. 2 zd. 2 u.e.i.p. wskazuje, iż dopiero ustalenie, że posiadacz nie wykonał swoich obowiązków, pozwałoby na uchylenie odpowiedzialności względem konsumenta. Podstawa prawna może opierać się nie tylko na art. 28, ale również na klasycznej odpowiedzialności kontraktowej, deliktowej, kondycyjnej – w zależności od okoliczności danej sprawy. Należy jednak podkreślić, iż samoistość art. 28 ust. 2 zd. 3 u.e.i.p. jako przesłanki dochodzenia zwrotu pobranej z rachunku posiadacza sumy potwierdza wyraźna konstrukcja przepisu art. 28 ust. 2 zd. 1 u.e.i.p., wskazująca na umowę łączącą posiadacza z wydawcą karty i wydawcę karty (agenta rozliczeniowego) z akceptantem, nie odsyłając w tym zakresie w bliższy sposób do przepisów k.c. ani nie ograniczając „umowy” do umowy pomiędzy posiadaczem a wydawcą karty. Co za tym idzie, nic nie stoi na przeszkodzie do stosowania powyższego przepisu do umowy łączącej wydawcę z akceptantem.

W drodze analogii można wskazać w praktyce na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r., sygn. akt III CZP 55/08 wraz z uzasadnieniem i zawartych w niej odesłaniach do literatury i orzecznictwa, zakładającej możliwość wskazywania różnorodnych postaw odpowiedzialności, bowiem odpowiedzialność z art. 28 ust. 2 u.e.i.p. nie jest jednoznaczna – dotyczy relacji między użytkownikiem a akceptantem karty. Jednak w realiach spraw spornych zachodzić będzie konieczność dokonywania wyboru korelacji art. 28 z inną podstawą odpowiedzialności (czy to kontraktowej osoby trzeciej za wystawcę, czy deliktowej), jednak fakt ustalenia uchybienia obowiązkowi należytej staranności działania przedsiębiorcy na szkodę konsumenta daje podstawę do uznania zasadności roszczenia o zwrot kwoty nieautoryzowanej transakcji, w braku dowodu przeciwnego ze strony zobowiązanych do zapłaty – co znajduje również potwierdzenie w obowiązującej (choć jeszcze niezaimplementowanej Dyrektywie PSD).

Zaprezentowany sposób rozumowania podyktowany jest również celem Dyrektywy PSD, która już obecnie obowiązuje, bowiem jej cele są w istocie realizowane przez banki poprzez postanowienia regulaminów świadczenia usług. Dyrektywa wprost werbalizuje ciężar dowodowy po stronie dostawcy usług płatniczych, w każdym przypadku, gdy konsument zaprzecza wykonania transakcji. Powyższe tezy – w opinii krajowych komentatorów – wyraźnie wskazują, iż PSD przenosi zasady dotyczące uprzednio świadczenia usług bankowych przy użyciu kart płatniczych na pozostałe płatności elektroniczne.

W konkluzji należy uznać, iż prymat zapewnienia sprawiedliwych rozstrzygnięć w relacji dostawców usług płatniczych z indywidualnymi użytkownikami usług płatniczych, przesuwając w istocie zarówno ciężar odpowiedzialności jak i ciężar dowodu na podmiot silniejszy, co wymagać będzie podjęcia szczególnych kroków przez instytucje płatnicze, w szczególności zaawansowanego systemu za-

bezpieczeń i monitoringu i również – systemu ubezpieczeń transakcji, rozproszonego kosztem na ogół odbiorców usług.

Nie przesądzając o zasadności tak daleko idącej ochrony konsumenta, odbiorcy usługi, należy przyjąć, iż zaproponowane zastrzeżenie reguł odpowiedzialności dostawcy usług płatniczych wymaga zweryfikowania istniejących procedur realizacji umów o świadczenie usług płatniczych, celem zapewnienia ich legalności w przeszłości. Odrębnym bowiem zagadnieniem będzie jednoznaczne rozstrzygnięcie kolizji prawa krajowego z przepisami niezaimplementowanej na czas Dyrektywy PSD w zakresie niemających charakteru transgranicznego. Wszak zasady słuszności nakazywałyby stosowanie przez sądy orzekające jednolitych zasad dla sporów z tytułu usług o charakterze transgranicznym z usługami krajowymi, poprzez stosowanie bezwzględnie wiążących postanowień Dyrektywy, jednak fakt braku formalnej implementacji tych przepisów stawia w wątpliwość zakres realnych granic odpowiedzialności do stosowania w transakcjach krajowych.

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE PUBLICZNYM

DR ANDRZEJ MICHÓR¹

KOMISJA NADZORU FINANSOWEGO JAKO GWARANT STABILNOŚCI SYSTEMU FINANSOWEGO W POLSCE

1. Wprowadzenie

Rynek finansowy stanowi jeden ze szczególnie istotnych segmentów gospodarki, co wynika m.in. z jego masowości związanej z zaangażowaniem dużego kapitału wielu rozproszonych inwestorów oraz wysokiego ryzyka. Ewentualne zakłócenia w jego funkcjonowaniu mogą natomiast stać się przyczyną trudnych do przewidzenia negatywnych następstw w gospodarce m. in. związanych z utratą poważnego kanału finansującego rozwój gospodarki², czego byliśmy świadkami w ciągu ostatniego roku.

Powyższe anomalie wynikają nie tylko z utraty płynności finansowej czy to przez banki, czy to przez kredytobiorców w związku z pochopnym zaciąganiem zobowiązań, czy też popularną swego czasu grą na rynku instrumentów pochodnych, lecz również z deliktów związanych z dokonywaniem transakcji bezgotówkowych, tak na rynku pieniężnym, jak i kapitałowym.

Ustawodawcy wcześniej doszli do wniosku, że pozostawienie rynku finansowego jedynie „niewidzialnej ręce rynku” jest niewłaściwe, krótkowzroczne i może doprowadzić do katastrofy nawet najsilniejsze gospodarki świata, co wielokrotnie miało miejsce³. Jest on bowiem miejscem, gdzie nawet doświadczony inwestor jest szczególnie narażony na manipulacje i oszustwa. Natomiast państwo winno zapewnić na nim, przynajmniej formalnie, równe szanse – tak w celu ochrony poszczególnych uczestników obrotu, jak również mając na względzie zabezpieczenie podstaw własnego systemu finansowego. Obecnie kładzie się przy tym szczególny nacisk na ochronę inwestorów, która aktualnie jest głównym punktem ewolucji prawa usług finansowych⁴.

Państwo nie może zatem pozostawiać obojętne wobec tej sfery i chronić przedmiotowy obrót regulacjami karnymi, cywilnymi i – co wymaga szczególnego podkreślenia – także w sposób instytucjonalny, przepisami z zakresu prawa administracyjnego. Kluczową rolę w oddziaływaniu państwa na organizowanie i organizację rynku finansowego pełnią natomiast instytucje nadzorcze, do których w Polsce należy Komisja Nadzoru Finansowego.

2. Organizacja systemów nadzoru nad rynkami finansowymi

Organizacja systemów nadzoru nad rynkami finansowymi nie jest jednolita. Różnorodność ta jest wynikiem odmiennych tradycji prawnych (wystarczy choćby wskazać na kraje systemu *common law* i systemu „kontynentalnego”) oraz odmiennego podejścia do roli państwa w gospodarce. W piśmiennictwie wskazuje się, iż istnieją trzy główne typy organizacji systemów nadzoru nad rynkiem finansowym. Pierwszy (tradycyjny) składający się z niezależnych instytucji nadzorujących poszczególne segmenty (ang. *separate agencies system*). Kolejny to system, w którym poszczególne segmenty rynku nadzorowane są przez niezależne instytucje, lecz ich praca jest wzajemnie koordynowana, zaś w przypadku nadzoru nad złożonymi grupami finansowymi, dla każdej grupy jedna z instytucji pełni funkcję nadzorcy wiodącego (ang. *coordinated lead regulator system*). W ostatnim systemie kontrola nad wszystkimi segmentami rynku finansowego jest zintegrowana w jednej instytucji nadzorczej (ang. *integrated agency system*). Podnosi się przy tym, że system tradycyjny oraz system koordynowany z regulatorem wiodącym to systemy, w których nadzór sprawowany jest na zasadach instytucjonalnych, natomiast w systemie w pełni zintegrowanym nadzór powinien być sprawowany na zasadach funkcjonalnych. Ponadto wskazuje się na koncepcję nadzoru celowościowego, w którym niezależne instytucje powinny kontrolować stabilność systemową, wymagania kapitałowe oraz ochronę konsumentów i stosowanie dobrej praktyki postępowania⁵.

Poza powyższymi różnicami w poszczególnych krajach występują odmienności co do charakterów prawnych organów nadzoru. Mogą one być bądź organami administracji państwowej o różnym w poszczególnych krajach stopniu niezależności od rządu (tak jest w przypadku amerykańskiej *Securities and Exchange Commission* – SEC⁶ czy też polskiej Komisji Nadzoru Finansowego), bądź organami państwowo – samorządowymi, w których skład wchodzi przedstawiciele maklerów i inwestorów. Pewne kompetencje do swoistego porządkowania rynku oraz wymierzania sankcji uczestnikom obrotu posiadają również organy samorządu uczestników obrotu, przede wszystkim maklerów. Za tworzeniem instytucji nadzorczych o mieszanym charakterze przemawiały obawy przed przydaniem kompetencji do nadzoru nad rynkiem typowemu organowi policji administracyjnej o czysto urzędniczym składzie, co mogłoby doprowadzić do próby zastąpienia mechanizmów samoregulujących typowych dla rynku nakazami, zakazami i odgórnie narzuconymi uczestnikom ob-

¹ dr Andrzej Michór - Uniwersytet Opolski Wydział Prawa i Administracji Zakład Prawa Finansowego

² Por. J. Czekaj, M. Woś, J. Żarnowski, *Efektywność giełdowego rynku akcji w Polsce*, Warszawa 2001, s. 16; W. Dębski, *Rynek finansowy i jego mechanizmy. Podstawy teorii i praktyki*, Warszawa 2003, s. 87-95; A. Kozaczewska, *Kompetencje KPW wykraczające poza zakres prawa administracyjnego w świetle zasad konstytucyjnych*, PUG 1997, nr 7-8, s. 30; R. Kuciński, *Przestępstwa giełdowe*, Warszawa 2000, s. 47; J. Majewski, (w:) *Prawo karne gospodarcze*, pod red. O. Górniaka, Warszawa 2003, s. 341.

³ Zob. A. Michór, *Odpowiedzialność administracyjna w obrocie instrumentami finansowymi*, Warszawa 2009, s. 17 i n.

⁴ J. Fisher, J. Bewsey, M. Waters, E. Ovey, *The Law of Investor Protection*, London 2003, (forword).

⁵ Zob. Stan przygotowań polskiego rynku do integracji z Unią Europejską, Warszawa 2003, www.knf.gov.pl, s. 43.

⁶ Por. T.L. Hazen, *Treatise on the Law of Securities Regulation. Volume 1*. Chs. 1-5, Thomson West 2005, s. 40 i n.; www.sec.gov/about/whatwedo.shtml; E. Chancellor, *Historia spekulacji finansowych*, Warszawa 2001, s. 299 i n.

rotu procedurami postępowania⁷. W istocie na charakter prawny organów nadzoru nad rynkiem finansowym znaczący wpływ ma polityka i aktualne poglądy na rolę państwa w gospodarce. W systemach krajów przywiązujących dużą wagę do wolności gospodarczej, organy nadzoru mają przede wszystkim charakter bądź mieszany, bądź będąc organami administracji publicznej, dysponują dużą dozą samodzielności w stosunku do pozostałych organów władzy wykonawczej. Rynek finansowy jest bowiem rynkiem bardzo wrażliwym. Celem nadzoru, w tym przypadku, nie powinno być natomiast wprowadzanie ograniczeń mających doprowadzić do stworzenia czegoś lepszego niż sam mechanizm rynkowy, lecz niedopuszczenie do degeneracji rynku. W istocie sensem ingerencji nie jest zatem piętnowanie określonych procesów i karanie sprawców, bowiem wykonywanie tych funkcji możliwe jest za pomocą narzędzi prawa karnego, lecz zapobieganie naruszeniom obowiązujących norm⁸.

Regulacje prawa wspólnotowego pozostawiają decyzję co do wyboru modelu nadzoru nad rynkiem finansowym państwom członkowskim⁹. Umocowano je przy tym do sprawowania nadzoru na poszczególnych segmentach krajowych rynków finansowych, jako podstawową regułę przyjmując zasadę kraju pochodzenia¹⁰. Rozwiązanie to jest spójne z zaleceniami raportu Komitetu Mędrców z lutego 2001 roku¹¹, któremu przewodniczył Aleksander Lamfalussy¹² oraz czteropoziomowym uchwalaniem i wdrażaniem przepisów wspólnotowych¹³.

W Polsce nadzór nad poszczególnymi segmentami rynku finansowego ewoluował od nadzoru sprawowanego przez kilka organów nadzorczych mających charakter organów administracji państwowej¹⁴ do istniejącego obecnie - co do zasady¹⁵ - skonsolidowanego nadzoru wykonywanego przez Komisję Nadzoru Finansowego (dalej – KNF), związanego z likwidowaniem kolejnych organów nadzoru i przejmowaniem ich zadań przez KNF. Proces ten nie jest przy tym przypadkiem odosobnionym – podobnie rzecz się miała wcześniej m.in. w Wielkiej Brytanii, w której kompleksowy system regulacji rynku finansowego został ustano-

wiony dopiero aktem o usługach i rynkach finansowych z 2000 r. (FSMA), który ustanowił jednolity system regulacji dla wszystkich usług finansowych i rynków, administrowany przez jeden organ nadzoru – ukonstytuowany w 1997 r. FSA (*Financial Services Authority*), który zastąpił wcześniej istniejące organy nadzoru nad poszczególnymi segmentami rynku. Również w Wielkiej Brytanii początkowo FSA nie sprawowała nadzoru nad rynkiem bankowym (przejęła te funkcje latem 1998 r.)¹⁶.

KNF określona została w ustawie o nadzorze nad rynkiem finansowym jako organ właściwy w sprawach nadzoru nad rynkiem finansowym. Nadzór nad jej działalnością sprawuje Prezes Rady Ministrów.

3. Przedmiot i cele nadzoru nad rynkiem finansowym w Polsce

Obecnie, zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (dalej – u.n.r.f.)¹⁷, nadzór nad rynkiem finansowym obejmuje nadzór bankowy¹⁸, nadzór emerytalny, nadzór ubezpieczeniowy, nadzór nad rynkiem kapitałowym¹⁹, nadzór nad instytucjami pieniądza elektronicznego²⁰ oraz nadzór uzupełniający²¹.

Celem nadzoru nad rynkiem finansowym jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania tego rynku, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, zaufania do rynku finansowego, a także zapewnienie ochrony interesów uczestników tego rynku, przez realizację celów określonych, w szczególności w ustawie – Prawo bankowe, ustawie z dnia 22 maja 2003 r. o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym oraz Rzeczniku Ubezpieczonych, ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym, ustawie z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych oraz ustawie z dnia 15 kwietnia 2005 r. o nadzorze uzupełniającym nad instytucjami kredytowymi, zakładami ubezpieczeń, zakładami reasekuracji i firmami inwestycyjnymi wchodzącymi w skład konglomeratu finansowego (art. 2 u.n.r.f.).

Do zadań KNF należy:

- 1) sprawowanie nadzoru nad rynkiem finansowym;
- 2) podejmowanie działań służących prawidłowemu funkcjonowaniu rynku finansowego;

⁷ A. Sopoćko, *Giełda papierów wartościowych*, Warszawa 1991, s. 116-119; J. Grabowski, *Publiczny obrót papierami wartościowymi. Ustrój prawny i procedury*, Warszawa 1996, s. 52-54.

⁸ Por. A. Sopoćko, op. cit., s. 103-105, 119. Na temat ewolucji systemów nadzoru zob. również – N.S.Poser, *International Securities Regulation: London's Big Bang and the European Securities Markets*, Little, Brown and Company (Canada) Limited 1991 (& Supp. 1991-1992). Por. Również J.B.Zuffrey, *FINMA: the new supervisory authority for the Swiss financial market*, Basel 2009.

⁹ Por. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, Warszawa 2003, s. 629-630; S. Weber, (w:) *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, pod red. M.A. Dausesa, Warszawa 1999, s. 594 i n. Zob. także T.Bischof, *The Markets in Financial Instruments Directive (MiFID), its impact on firms and market, and potential impacts on the Swiss capital market*, Kapitalmarkttransaktionen II, Schultheis 2007, s. 127 i n.

¹⁰ Por. A.Michór, *Odpowiedzialność...*, s. 59-69; tenże, *Capital market supervision in Poland*, *Emerging Markets* 2009, v. 1, s. 64 i n.

¹¹ Raport dostępny jest na stronie www.europa.eu.int/comm/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/finalreport-wise-men_en.pdf. Szerzej – raport KPWiG – Materiał informacyjny dotyczący regulacji Unii Europejskiej w zakresie rynku kapitałowego, Warszawa 2004, www.knf.gov.pl, s. 16.

¹² M. Poślad, *Oferowanie papierów wartościowych w Polsce po 1 lipca 2005 r. (wprowadzenie do zastosowania na rynku polskim dyrektywy 2003/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r.)*, Warszawa 2005, www.knf.gov.pl, s. 36.

¹³ Por. E. Mazurkiewicz, M. Prucnal – Ziółkowska, *Przepisy europejskie regulujące obrót instrumentami finansowymi oraz uczestnictwo w tym obrocie – główne zagadnienia*, Warszawa 2005, www.knf.gov.pl, s. 39.

¹⁴ To jest wykonywanego przez Ministra Finansów, Komisję Nadzoru Bankowego, Komisję Papierów Wartościowych i Giełd oraz Komisję Nadzoru Ubezpieczeń i Funduszy Emerytalnych.

¹⁵ W pewnym zakresie aktualnie kontrolę nad tym rynkiem sprawuje również Minister Finansów oraz Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Por. M. Romanowski, *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 211; M. Wierzbowski, (w:) R. Czerniawski, M. Wierzbowski, *Ustawa Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz*, Warszawa 2002, wersja elektroniczna, teza 3 do art. 13.

¹⁶ M.Blair, G.Walker, *Financial services law*, Oxford University Press 2006, s. 3-5; zob. również J. Perry, *The Financial Services and Markets Act: A Practical Legal Guide*, Ashurst Morris Crisp, London 2001; www.fsa.gov.uk/Pages/About/Who/index.shtml.

¹⁷ Dz. U. Nr 157, poz. 1119 z późn. zm.

¹⁸ Sprawowany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2 i Nr 167, poz. 1398) oraz ustawy z dnia 7 grudnia 2000 r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających (Dz. U. Nr 119, poz. 1252, z późn. zm.)

¹⁹ Sprawowany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (dalej – o.u.i.f.; Dz. U. Nr 183, poz. 1538 z późn. zm.), ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (dalej – u.o.p.; Dz. U. Nr 184, poz. 1539 z późn. zm.), ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (dalej – u.f.i.; Dz. U. Nr 146, poz. 1546, z późn. zm.), ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 121, poz. 1019 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (dalej – u.n.r.k.; Dz. U. Nr 183, poz. 1537 z późn. zm.).

²⁰ Sprawowany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz. U. Nr 169, poz. 1385 z późn. zm.).

²¹ Sprawowany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 kwietnia 2005 r. o nadzorze uzupełniającym nad instytucjami kredytowymi, zakładami ubezpieczeń, zakładami reasekuracji i firmami inwestycyjnymi wchodzącymi w skład konglomeratu finansowego (Dz. U. Nr 83, poz. 719, z 2006 r. Nr 157, poz. 1119 oraz z 2009 r. Nr 42, poz. 341).

- 3) podejmowanie działań mających na celu rozwój rynku finansowego i jego konkurencyjności;
- 4) podejmowanie działań edukacyjnych i informacyjnych w zakresie funkcjonowania rynku finansowego;
- 5) udział w przygotowywaniu projektów aktów prawnych w zakresie nadzoru nad rynkiem finansowym;
- 6) stwarzanie możliwości polubownego i pojednawczego rozstrzygania sporów między uczestnikami rynku finansowego, w szczególności sporów wynikających ze stosunków umownych między podmiotami podlegającymi nadzorowi Komisji a odbiorcami usług świadczonych przez te podmioty;
- 7) wykonywanie innych zadań określonych ustawami.

4. Przesłanki i zasady ingerencji KNF na rynku finansowym

Ingerencja organów administracji publicznej, w tym przede wszystkim KNF, na rynku finansowym przeprowadzana jest na trzech płaszczyznach.

1. W pierwszym rzędzie konieczne jest porządkowanie i związana z tym reglamentacja rynku finansowego przez udział w tworzeniu podmiotów działających na tym rynku, takich jak rynki instrumentów finansowych²² bądź banki²³ – państwo zatem ingeruje w ich organizowanie i organizację.
2. Następnie organy nadzoru dokonują ingerencji bezpośredniej na rynku finansowym.
3. W końcu państwo ingeruje w likwidację rynku bądź jego segmentu.

Państwo dokonuje zatem interwencji na dwa sposoby – bądź ingerując pośrednio w obrót, bądź dokonując ingerencji bezpośredniej. Ingerencja ta jest dokonywana przy tym, analogicznie jak w przypadku wszelkiej ingerencji państwa w gospodarkę bądź przez stanowienie prawa, bądź przez jego wykonywanie i egzekucję.

Ingerencja bezpośrednia na rynku finansowym wiąże się z przydaniem organom administracji państwowej szczególnych uprawnień. W pierwszym rzędzie należy wskazać na możliwość przeprowadzenia postępowań – kontrolnego i wyjaśniającego (por. art. 24–44 u.n.r.k. oraz art. 133 i n. Pr.b.)²⁴, które umożliwiają zbadanie przez KNF,

czy doszło do naruszenia obowiązujących regulacji prawnych²⁵. Komisja może również, niezależnie od powyższych postępowań, zwracać się o określone informacje²⁶, zaś Przewodniczący Komisji lub jego zastępca może wystąpić do podmiotu nadzorowanego z pisemnym żądaniem dokonania blokady prowadzonego przez ten podmiot rachunku papierów wartościowych, innego rachunku, na którym zapisywane są instrumenty finansowe niebędące papierami wartościowymi bądź rachunku pieniężnego służącego do obsługi powyższych rachunków na okres nie dłuższy niż 48 godzin od momentu potwierdzenia otrzymania żądania przez podmiot nadzorowany (art. 39 ust. 1 u.n.r.f.).

W wyniku podjętych działań KNF może podjąć dalsze kroki mające na celu ochronę obrotu na rynku finansowym. Mogą one mieć rozmaity charakter. W pierwszym rzędzie należy wskazać na możliwość zastosowania, względem podmiotów naruszających regulacje dotyczące obrotu instrumentami finansowymi, odpowiedzialności administracyjnej i nałożenia na nie sankcji administracyjnych stanowiących m. in. kary pieniężne czy też pozbawienie bądź zawieszenie prawa do wykonywania określonej działalności, bądź zawieszenie obrotu określonym instrumentem finansowym (por. m. in. art. 20 ust. 3 u.o.i.f., art. 165–176 u.o.i.f., art. 96–97 u.o.p., art. 138 ust. 3, 6–6a Pr.b.)²⁷. Przewidziano również możliwość zastosowania względem tych podmiotów swego rodzaju środków zapobiegawczych²⁸. Ponadto w związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej i podejmowaniem działań nadzorczych w stosunku do podmiotów prowadzących działalność na terenie Polski, dla których krajami macierzystymi są państwa członkowskie, KNF w szeregu przypadków przekazuje określone informacje do organów nadzoru państw macierzystych a następnie na określonych prawem warunkach może stosować względem tych podmiotów nadzorowanych dalsze środki²⁹.

KNF w szeregu przypadków uprawniona jest do składania sprawozdań względem określonych czynności, które powodują iż nie

²² M.in. stosownie do art. 25 ust. 1 u.o.i.f. prowadzenie giełdy wymaga zezwolenia, które wydaje Minister Finansów, na wniosek zainteresowanego, zaopiniowany przez KNF. Wedle art. 36 ust. 1 u.o.i.f. prowadzenie rynku pozagiełdowego wymaga zezwolenia Komisji, wydanego na wniosek zainteresowanego podmiotu. Spółka prowadząca giełdę może nadto organizować alternatywny system obrotu, ale po uprzednim poinformowaniu Komisji i zatwierdzeniu przez Komisję regulaminu tego systemu (art. 21 ust. 4 u.o.i.f.). Zob. również art. 33 ust. 4 u.o.i.f. Poza wpływaniem na tworzenie wskazanych wyżej instytucji obrotu, państwo dokonuje ingerencji w organizowanie i organizację przedmiotowego rynku m. in. przez wymóg dokonania wpisu na listę maklerów (art. 126 ust. 3 u.o.i.f.), obowiązek uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej (art. 69 ust. 1 u.o.i.f.) czy też konieczność zatwierdzenia przez KNF prospektu emisyjnego w przypadku oferty publicznej lub dopuszczenia papierów wartościowych do obrotu na rynku regulowanym (art. 7 ust. 1 ust. 1 u.o.p.). Szerzej – A. Michór, *Przesłanki ingerencji państwa w organizowanie i organizację obrotu instrumentami finansowymi*, Opolskie Studia Administracyjno-Prawne 2008 (V), s. 203–204 i n.

²³ Zgodnie z art. 30a Pr.b. bank w formie spółki akcyjnej i bank spółdzielczy mogą być utworzone po uzyskaniu zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego. Rozpoczęcie działalności przez bank możliwe jest również dopiero po uzyskaniu zezwolenia KNF (art. 36 ust. 1 Pr.b.).

²⁴ W związku z wykonywaniem zadań w zakresie nadzoru Komisja, Przewodniczący Komisji, upoważnieni przedstawiciele Komisji oraz pracownicy urzędu Komisji mają prawo dostępu do informacji poufnych w rozumieniu art. 154 u.o.i.f. oraz innych informacji, w tym stanowiących tajemnicę zawodową, będących w posiadaniu osób fizycznych lub innych podmiotów (art. 24 u.n.r.k.). Do przeprowadzenia kontroli dotyczącej funkcjonowania systemów informatycznych kontrolowanego lub jego sprawozdań finansowych, ksiąg rachunkowych lub innych dokumentów i informacji finansowych, Przewodniczący Komisji może

upoważnić również osobę niebędącą pracownikiem urzędu Komisji, dysponującą niezbędną wiedzą w tym zakresie (art. 26 ust. 7 u.n.r.k.). Kontroler ma prawo wstępu do powyższych miejsc i pomieszczeń oraz wglądu do ksiąg, dokumentów lub innych nośników informacji (art. 32 ust. 4 u.n.r.k.). Kontrolowany zapewnia kontrolerowi warunki do sprawnego przeprowadzenia kontroli, w szczególności niezwłocznie przedstawia do kontroli żądane księgi, dokumenty lub inne nośniki informacji oraz terminowo udziela wyjaśnień (art. 32 ust. 6 zd. 1 u.n.r.k.). W toku kontroli Przewodniczący Komisji może zarządzić zajęcie dokumentu lub innego nośnika informacji niezbędnego dla dalszego postępowania (art. 33 ust. 1 u.n.r.k.). W jej toku do złożenia pisemnych lub ustnych wyjaśnień oraz do wydania dokumentu lub innego nośnika informacji można wezwać każdego, kto dysponuje określoną wiedzą, dokumentem lub nośnikiem (art. 38 ust. 4 zd. 2 u.n.r.k.). W granicach koniecznych do sprawdzenia, czy zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 38 ust. 1 u.n.r.k. lub potrzeba wszczęcia postępowania administracyjnego w sprawie, o której mowa w art. 172 u.o.i.f., Przewodniczący Komisji może zażądać od podmiotu świadczącego usługi telekomunikacyjne – udostępnienia informacji, stanowiących tajemnicę telekomunikacyjną – a od Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej – udostępnienia określonych informacji stanowiących tajemnicę skarbową w rozumieniu odrębnej ustawy.

²⁵ Mechanizmami służącymi do efektywnego przeprowadzenia tych postępowań są m. in. prawo wstępu do siedziby kontrolowanego, obowiązek wydania dokumentów oraz innych nośników informacji, udostępnienia ksiąg, swobodnego poruszania się po terenie podmiotu kontrolowanego, prawo zlecenia kontroli sprawozdań, informacji i ksiąg rachunkowych podmiotowi uprawnionemu do kontroli sprawozdań finansowych.

²⁶ Zob. np. art. 32 ust. 1 u.o.p.

²⁷ Szerzej – A. Michór, *Odpowiedzialność...*, passim.

²⁸ Np. w myśl art. 20 ust. 1 u.o.i.f. w przypadku, gdy wymaga tego bezpieczeństwa obrotu na rynku regulowanym lub jest zagrożony interes inwestorów, spółka prowadząca rynek regulowany, na żądanie Komisji, wstrzymuje dopuszczenie do obrotu na tym rynku lub rozpoczęcie notowań wskazanymi przez Komisję papierami wartościowymi, lub innymi instrumentami finansowymi, na okres nie dłuższy niż 10 dni. Wedle art. 138 ust. 4 Pr. b. 4. KNF może zawiesić w czynnościach członka zarządu w przypadku przedstawienia mu zarzutów w postępowaniu karnym lub w postępowaniu w sprawie o przestępstwo skarbowe bądź spowodowania znacznych strat majątkowych banku. Por. również m. in. art. 130 ust. 3 u.o.i.f. i art. 16–17 u.o.p.

²⁹ Por. art. 19 u.o.p., art. 136 ust. 3 u.o.i.f., art. 132 ust. 2–3 i art. 138 ust. 6b, 6d–7 Pr.b.

są one skuteczne³⁰ czy też odmawiania udzielenia zezwolenia na określoną działalność, zgody na działania bądź zatwierdzenia dokumentów³¹ lub nakazywania określonych działań bądź ich zakazywania³², bądź też zwalniać od określonych obowiązków³³. Komisja może również zaskarżać pewne czynności uczestników obrotu instrumentami finansowymi do sądu³⁴, jak również występować do innych organów o podjęcie określonych działań³⁵ bądź zlecić kontrolę sprawozdań finansowych, informacji finansowych i ksiąg rachunkowych podmiotowi uprawnionemu do badania sprawozdań finansowych³⁶.

Należy nadto wskazać na uprawnienia organów administracji publicznej związane z zatwierdzaniem aktów prawa wewnętrznego podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na rynku finansowym. Jako przykłady można wskazać regulacje art. 21 ust. 4 u.o.i.f.³⁷, art. 25 ust. 5 u.o.i.f.³⁸, art. 27 u.o.i.f.³⁹ i art. 50 ust. 2 u.o.i.f.⁴⁰ oraz art. 34 ust. 1 Pr.b. *in fine*⁴¹.

Pewne uprawnienia przysługują również Przewodniczącemu Komisji. Wydaje on postanowienia o wszczęciu postępowania administracyjnego oraz – w przypadkach określonych w ustawie lub odrębnych przepisach – inne postanowienia, zarządzenia i zalecenia. W tym zakresie Przewodniczący Komisji wykonuje uprawnienia Komisji. Może on również podejmować określone czynności lub rozstrzygać sprawy w pierwszej instancji, w drodze decyzji administracyjnych, na podstawie upoważnienia udzielonego przez Komisję, z wyjątkiem spraw zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji Komisji (zob. art. 12 u.n.r.f.)⁴².

W tym miejscu chciałbym zwrócić uwagę na umocowanie Komisji Nadzoru Finansowego do wydawania szeregu aktów podstawowych (wiążących uchwał i niewiążących rekomendacji⁴³), które nie znajdują umocowania w konstytucyjnym systemie źródeł prawa⁴⁴, a które od lat są wydawane i stosowane, jednocześnie wywierając istotny wpływ na funkcjonowanie rynku

finansowego. Komisja może m.in. ustalać wiążące banki normy płynności oraz inne normy dopuszczalnego ryzyka w działalności banków (może to uczynić w formie wiążącej uchwały⁴⁵) oraz wydawać rekomendacje dotyczące dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami (art. 137 pkt 3 i 5 Pr.b.).

Na szczególną uwagę zasługuje wydana w 2002 r., (jeszcze w trakcie istnienia odrębnej Komisji Nadzoru Bankowego, której przysługiwały w przedmiotowym zakresie analogiczne uprawnienia jak KNF), Rekomendacja D dotycząca zarządzania ryzykiem towarzyszącym systemom informatycznym i telekomunikacyjnym używanym przez banki⁴⁶, która to Rekomendacja zawiera w swojej treści zalecenia Bazylejskiego Komitetu ds. Nadzoru Bankowego dotyczące zasad zarządzania ryzykiem w bankowości elektronicznej.

W Rekomendacji zwrócono uwagę m.in. na fakt, że banki zawsze narażone były na ryzyko błędów i oszustw, ale skala tego ryzyka i szybkość, z jaką mogą te zjawiska obecnie wystąpić, zwiększyła się wydatnie wraz z rozwojem komputerowego przepływu środków pieniężnych, który odbywa się w skali całego świata. Co istotne – profil ryzyka każdego banku jest inny i wymaga dostosowania metody jego redukcji do skali zastosowań systemów informatycznych i operacji bankowości elektronicznej, istotności występującego ryzyka oraz woli i zdolności banków do zarządzania tym ryzykiem. Tym samym metoda „jednego rozmiaru dla wszystkich” w zagadnieniach zarządzania ryzykiem w systemach informatycznych i bankowości elektronicznej może nie być odpowiednia. Wskazano jednocześnie, że rodzaje ryzyka występujące w systemach informatycznych i w bankowości elektronicznej są generalnie takie same, jak wchodzące w grę w ukształtowanych wcześniej strukturach. Jednocześnie jednak w porównaniu z systemami ręcznymi, w systemie elektronicznego przetwarzania danych szczególne ryzyko rodzi możliwość bezprawnego ujawnienia, modyfikacji lub usunięcia większej ilości, materialnie istotniejszych informacji, w bardziej wygodny i metodologicznie dostępny sposób bez pozostawienia śladów nieautoryzowanego dostępu. Szczególną uwagę zwrócono przy tym na zagadnienie zapewnienia właściwej dostępności tego typu systemów.

Przedmiotowe zagadnienia zostały omówione w Rekomendacji na czterech płaszczyznach: 1. rola kierownictwa banku w zarządzaniu bezpieczeństwem systemów informatycznych, 2. mechanizmów kontroli bezpieczeństwa, 3. zarządzania ryzykiem, 4. audytu informatycznego i nadzoru⁴⁷.

³⁰ Por. art. 24 ust. 3 zd. 1 u.o.i.f., art. 47 ust. 3 u.o.i.f., art. 104 ust. 9 u.o.i.f., art. 113 ust. 3 u.o.i.f., art. 38 ust. 2 u.o.p., art. 42 ust. 2 u.o.p.

³¹ Por. art. 23 ust. 1 u.o.i.f., art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 3 u.o.i.f., art. 26 u.o.i.f., art. 27 u.o.i.f., art. 36 ust. 3 u.o.i.f., a contrario art. 69 ust. 1 u.o.i.f., art. 81 ust. 5-6 u.o.i.f., art. 85 u.o.i.f., art. 33 ust. 1 u.o.p.

³² Por. art. 20 ust. 6 u.o.i.f., art. 30 ust. 4 i 6 u.o.i.f., art. 88 u.o.i.f., art. 108 ust. 1 i 2 u.o.i.f., art. 78 ust. 1 u.o.p.

³³ Zob. art. 9 u.o.p., art. 33 ust. 2 u.o.p., art. 38 ust. 3 u.o.p., art. 62 ust. 4 u.o.p., art. 71 u.o.p.

³⁴ Por. art. 30 ust. 7 u.o.i.f.

³⁵ Zob. art. 165 ust. 1 u.o.i.f. oraz art. 216 ust. 2 u.o.i.f.

³⁶ Por. m. in. art. 30 ust. 8 u.o.i.f. i art. 100 u.o.i.f.

³⁷ Spółka prowadząca giełdę może organizować alternatywny system obrotu po uprzednim poinformowaniu Komisji i zatwierdzeniu przez Komisję regulaminu tego systemu.

³⁸ Wydając zezwolenie na prowadzenie giełdy, minister właściwy do spraw instytucji finansowych zatwierdza statut spółki i regulamin giełdy.

³⁹ Dokonywanie zmian w statucie i regulaminach giełdy wymaga zgody Komisji.

⁴⁰ Zatwierdzeniu przez KNF podlega regulamin KDPW i jego zmiany.

⁴¹ KNF w zezwoleniu na utworzenie banku zatwierdza projekt statutu banku.

⁴² Na rynku kapitałowym przysługuje mu nadto m. in. prawo wstępu do siedziby i do lokalu spółki prowadzącej giełdę celem wglądu do ksiąg, dokumentów i innych nośników informacji oraz uczestniczenia w posiedzeniach rady giełdy oraz w walnych zgromadzeniach (art. 30 ust. 1 u.o.i.f.). Zob. również art. 30 ust. 2 i 3 u.o.i.f. Szerzej – A. Michór, Z problematyki statusu Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego, *Studia Prawnicze KUL* 4(36)/2008.

⁴³ Ich nieprzestrzeganie może jednak wiązać się z negatywnymi ocenami podejmowanymi w ramach nadzoru następującego z uwagi na fakt, że rekomendacje zawierają aktualnie prezentowane przez Komisję stanowisko. Zob. K. Kohutek, (w:) *Prawo bankowe. Komentarz. Tom I i II*, pod red. F. Zola, Zakamycze 2005 (el.), komentarz do art. 137.

⁴⁴ Por. R. Tupin, Status prawny i kompetencje normotwórcze organów Narodowego Banku Polskiego i Komisji Nadzoru Bankowego, *PUG* 1998, nr 7-8, s. 9; E. Fojcik-Mastalska, *Seminarium EuroForum; NT. Nowe prawo bankowe-ostatnie zmiany i dalsze kierunki rozwoju, Prawo Bankowe* 1998, nr 3; K. Prac, A. Michór, Powstanie banku w formie spółki akcyjnej. Zagadnienia wybrane, *Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji* LI, Wrocław 2002, s. 213-216.

⁴⁵ Zob. K. Kohutek, op.cit., komentarz do art. 137.

⁴⁶ Dostępna na stronie: www.knf.gov.pl/Images/rekomendacja_d_tcm20-8552.pdf.

⁴⁷ W pierwszym rzędzie zwrócono uwagę na konieczność upewnienia się przez władze banku, powinny one upewniać się, czy prawidłowo są oceniane i uwzględniane aspekty ryzyka operacyjnego. Dostarczanie usług bankowych poprzez Internet może w istotny sposób zmodyfikować i/lub nawet zwiększyć tradycyjne ryzyka bankowe (np. ryzyko strategiczne, ryzyko reputacji, ryzyko operacyjne, kredytowe i płynności). Z tego względu konieczne jest podjęcie działań służących zapewnieniu właściwej oceny i wprowadzeniu odpowiednich zmian do istniejących procedur zarządzania ryzykiem w banku, kontroli bezpieczeństwa, należytej staranności i kontroli w zakresie zlecania usług na zewnątrz w celu ich dostosowania do usług bankowości elektronicznej. Wskazano, że dodatkowe działania w zakresie zarządzania ryzykiem, które powinny być rozważone, obejmują:

- precyzyjne określenie akceptowanego przez bank poziomu ryzyka w zakresie systemów informatycznych,

- ustanowienie podstawowych upoważnień i mechanizmów podległości, w tym w odniesieniu do procedur zgłaszania przypadków wystąpienia incydentów wpływających na bezpieczeństwo, kondycję finansową lub reputację banku (np. przypadków penetracji sieci, złamania zasad bezpieczeństwa przez pracowników oraz wszelkich poważnych przypadków niewłaściwego użycia sprzętu komputerowego),

Skutkiem niezastosowania się do Rekomendacji będzie, jak wskazano wyżej, zastosowanie względem podmiotów nadzorowanych negatywnych konsekwencji związanych np. z możliwością zakwalifikowania takiego działania jako stwarzającego ryzyko w działalności banku i wydanie zaleceń w trybie art. 138 ust. 1 pkt 6 Pr.b., których niewykonanie wiązać się będzie z zastosowaniem odpowiedzialności administracyjnej w trybie art. 138 ust. 3 Pr.b. Zgodnie bowiem tym przepisem w razie stwierdzenia, że bank nie realizuje zaleceń określonych w art. 138 ust. 1 Pr. b. lub nakazów określonych w art. 138 ust. 2 Pr.b., a także gdy działalność banku jest wykonywana z naruszeniem prawa lub statutu albo stwarza zagrożenie dla interesów posiadaczy rachunków bankowych, Komisja Nadzoru Finansowego, po uprzednim upomnieniu na piśmie, może:

- wystąpić do właściwego organu banku z wnioskiem o odwołanie prezesa, wiceprezesa lub innego członka zarządu banku bezpośrednio odpowiedzialnego za stwierdzone nieprawidłowości,
- zawiesić w czynnościach członków zarządu do czasu podjęcia uchwały w sprawie wniosku o ich odwołanie przez radę nadzorczą na najbliższym posiedzeniu; zawieszenie w czynnościach polega na wyłączeniu z podejmowania decyzji za bank w zakresie jego praw i obowiązków majątkowych,
- ograniczyć zakres działalności banku lub jego jednostek organizacyjnych,
- nałożyć na bank karę finansową w wysokości do 1.000.000 zł,
- uchylić zezwolenie na utworzenie banku i podjąć decyzję o likwidacji banku.

KNF dysponuje zatem skutecznymi środkami dla wymuszenia na uczestnikach obrotu wykonywania jej uchwał, zaleceń i rekomendacji. Jednocześnie przepisy umocowujące Komisję do

- uwzględnienie unikalnych czynników ryzyka związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa, integralności i dostępności produktów i usług bankowości elektronicznej oraz wymagania, aby strony trzecie, którym banki zleciły sprawy podstawowych systemów lub aplikacji, podejmowały te same kroki.

W rekomendacji dalej podniesiono, że prawidłowy nadzór ze strony władz banku ma podstawowe znaczenie dla zapewnienia efektywnych wewnętrznych mechanizmów kontroli elektronicznej działalności bankowej. Zwrócono jednocześnie uwagę na fakt, że oprócz szczególnych cech internetowego kanału dystrybucji, znaczne wyzwania dla tradycyjnych procesów zarządzania ryzykiem stanowią następujące aspekty bankowości elektronicznej:

- główne elementy kanału dostarczania usług (kanały elektroniczne i związane z nim technologie (Internet, GSM, WAP) znajdują się poza zasięgiem bezpośredniej kontroli banku,
- Internet zapewnia dostarczanie usług do wielu krajowych jurysdykcji, włącznie z tymi, które nie są obecnie obsługiwane przez fizyczne placówki banku,
- ze względu na złożoność zagadnień związanych z bankowością elektroniczną, jak również wysoce techniczny język i pojęcia, kwestie związane z tą działalnością pozostają w wielu przypadkach poza tradycyjnym doświadczeniem kierownictwa banku.

Rekomendacja zwraca także uwagę na fakt, że dla zapewnienia bezpiecznego dostępu do aplikacji i baz danych należy tworzyć i utrzymywać profile bezpieczeństwa. Dotyczy to także konkretnych przywilejów autoryzacji przyznawanych wszystkim użytkownikom systemów informatycznych i aplikacji bankowości elektronicznej, w tym wszystkim klientom, wewnętrznym użytkownikom bankowym oraz usługodawcom, którym zlecono usługi. W celu wsparcia właściwego podziału obowiązków należy opracować także mechanizmy kontroli dostępu elektronicznego.

W Rekomendacji wskazano nadto m.in. na konieczność stosowania kopii bezpieczeństwa (tzw. backup) i bieżącego dziennika zdarzeń (tzw. log), które w przypadku utraty danych w systemie informatycznym, powinny pozwolić na odtworzenie zasobów.

Zgodnie z Rekomendacją praktyki stosowane powszechnie w celu ustalenia i stosowania podziału obowiązków dotyczących bankowości elektronicznej obejmują procesy i systemy transakcyjne powinny być zaprojektowane w taki sposób, żeby uniemożliwiały każdemu pojedynczemu pracownikowi lub wynajętemu usługodawcy zainicjowanie, autoryzację i realizację transakcji. Należy zachować podział na osoby inicjujące dane statyczne (w tym treść strony internetowej) i osoby odpowiedzialne za weryfikację rzetelności tych danych, należy testować systemy bankowości elektronicznej w celu upewnienia się, że nie można obejść podziału obowiązków, jak również konieczne jest zachowanie podziału na osoby opracowujące i osoby administrujące systemami bankowości elektronicznej.

stosowania przedmiotowych sankcji zawierają pewne luzy decyzyjne i są oparte na uznaniu administracyjnym, w konsekwencji czego decyzje KNF podlegają w tym zakresie ograniczonej kontroli sądowej⁴⁸.

W końcu ingerencja Komisji na rynku finansowym może wiązać się z likwidacją podmiotu operującego na rynku takiego jak np. bank (zob. art. 138 ust. 3 pkt 4 Pr. b.) czy też nawet doprowadzić do likwidacji segmentu obrotu wynikającego z przeprowadzenia postępowania upadłościowego (ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, Dz. U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.), likwidacji określonego rodzaju (segmentu) obrotu związanego ze zmianą regulacji prawnych⁴⁹, likwidacji określonego rynku instrumentów finansowych np. Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie, niezwiązanej z likwidacją całego segmentu obrotu⁵⁰, wykluczenia z obrotu określonego instrumentu finansowego⁵¹, zaskarżenia do sądu uchwały walnego zgromadzenia giełdy lub spółki prowadzącej rynek pozagiełdowy w przedmiocie likwidacji tych podmiotów⁵².

5. Podsumowanie

Resumując – KNF na celu ochronę przede wszystkim dwóch wartości: a to efektywności mechanizmów wymiany oraz bezpieczeństwa inwestorów. Dobra te w największym stopniu decydują o konkurencyjności poszczególnych rynków. Komisja dysponuje przy tym kompetencjami umożliwiającymi kształtowanie właściwych zachowań w obrocie oraz zwalczanie patologii.

⁴⁸ Zob. A.Michór, *Odpowiedzialność...*, s. 257 i n.

⁴⁹ Np. możliwa jest likwidacja obrotu alternatywnego czy też pozagiełdowego. W takiej sytuacji należałoby zmienić przepisy ustawowe, zaś likwidacja dotyczyłaby wszystkich rynków określonego segmentu.

⁵⁰ Zob. art. 165-166 u.o.i.f., art. 214 ust. 2 u.o.i.f., art. 215 ust. 2 u.o.i.f., art. 167 ust. 1 u.o.i.f. w zw. z art. 69 ust. 3 pkt 3 u.o.i.f.

⁵¹ Do likwidacji obrotu instrumentem finansowym dochodzi w tym przypadku na skutek zastosowania sankcji i w sposób przymusowy. Zob. art. 20 ust. 3 u.o.i.f., art. 176 ust. 1 pkt 1 u.o.i.f., art. 96 ust. 1 pkt 1 u.o.p.

⁵² Por. odpowiednio art. 30 ust. 7 u.o.i.f. i art. 37 ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 7 u.o.i.f.

ZAKRES STOSOWANIA DYREKTYWY PSD (PAYMENT SERVICES DIRECTIVE)

Do dnia 1 listopada 2009 r. państwa członkowskie mają obowiązek dokonać implementacji Dyrektywy 2007/64/EC, dotyczącej usług płatniczych na Wspólnym Rynku² (nazywanej dalej dyrektywą PSD). Warto więc przyjrzeć się zakresowi stosowania tej Dyrektywy, tym bardziej, że przyjęta metoda harmonizacji pełnej ściśle uzależnia (z nielicznymi wyjątkami) od jej zakresu, zakres stosowania implementujących ją regulacji krajowych.

1. Zarys procesu ustalania zakresu stosowania Dyrektywy PSD

Można wskazać pewien proces, czy też określony tok myślenia, konieczny dla prawidłowego ustalenia zakresu stosowania Dyrektywy PSD. Przede wszystkim należy ustalić zakres przedmiotowy Dyrektywy PSD, potem jej zakres terytorialny oraz „zakres walutowy”, a na końcu dopiero zakres podmiotowy.

W świetle postanowień art. 2 Dyrektywy PSD zakres przedmiotowy jest sumą zakresów poszczególnych usług płatniczych wymienionych w aneksie do Dyrektywy PSD. Dla ustalenia zakresu poszczególnych usług płatniczych jest konieczne ustalenie treści pojęć stosowanych dla opisu tych usług – część z tych pojęć (ale nie wszystkie) zostało zdefiniowanych w słowniczku art. 4 Dyrektywy. Chodzi tu przede wszystkim o takie pojęcia jak: rachunek płatniczy, polecenie zapłaty, karta płatnicza, instrument podobny do karty płatniczej, transakcja płatnicza, wykonywanie transakcji płatniczej, polecenie przelewu, przekaz pieniężny. Ostatecznie na zakres przedmiotowy wpływają wyłączenia zawarte w art. 3 – jest ich tak dużo, iż stanowią one istotny element procesu ustalania zakresu przedmiotowego Dyrektywy PSD. Kolejnym krokiem jest ustalenie zakresu terytorialnego Dyrektywy PSD na podstawie postanowień art. 2 ust. 1 oraz „zakresu walutowego” w świetle postanowień art. 2 ust. 2 Dyrektywy PSD. Wskazanie zakresu przedmiotowego Dyrektywy PSD jest konieczne do określenia jej zakresu podmiotowego – to przede wszystkim przedmiot działalności wyznacza podmioty objęte zakresem Dyrektywy. Należy w tym miejscu podkreślić niezwykle istotną kwestię – zgodnie z treścią pkt. 6 preambuły, **dyrektywa PSD znajduje zastosowanie do dostawców usług płatniczych (PSP), których podstawowa działalność polega na świadczeniu usług na rzecz użytkowników takich usług**³.

Zakres podmiotowy Dyrektywy nie ogranicza się jednak wyłącznie do podmiotów świadczących usługi płatnicze (dostawców

usług płatniczych (PSP), w rozumieniu art. 1 ust. 1 oraz art. 4 pkt. 9), dyrektywa reguluje również prawa i obowiązki podmiotów, na rzecz których działają dostawcy usług płatniczych, czyli podmiotów określanych przez art. 4 pkt. 10 jako użytkownicy usług płatniczych (PSU). Zakres stosowania Dyrektywy może się różnić w zależności od tego, czy PSU jest konsument (wtedy bez możliwości wyłączeń stosuje się jej tytuł III i IV), mikro-przedsiębiorca (państwa członkowskie mogą nakazać stosowanie tytułu III i IV do mikro-przedsiębiorców tak, jak do konsumentów – zob. art. 30 ust. 2 oraz art. 51 ust. 3), czy też podmiot, który nie jest ani konsumentem, ani mikro-przedsiębiorcą (w takim wypadku strony mogą wyłączyć w całości lub w części tytuł III i tylko w części tytuł IV – zob. art. 30 ust. 1 i art. 51 ust. 1). Zakres stosowania Dyrektywy zmienia się również w sytuacji, gdy są stosowane instrumenty płatnicze na niskie kwoty (art. 34 i 53 Dyrektywy PSD).

2. Niektóre podstawowe pojęcia Dyrektywy PSD mające wpływ na jej zakres przedmiotowy

Wydaje się, że w świetle definicji zawartej w art. 4 pkt. 14 Dyrektywy PSD, rachunek płatniczy należy traktować wyłącznie jako zapisy w księgach rachunkowych. Rachunek płatniczy służy wykonywaniu transakcji płatniczej (w rozumieniu art. 4 pkt. 4), która jest działaniem zainicjowanym przez płatnika lub odbiorcę, polegającym na lokowaniu, transferze lub wycofaniu środków – *funds* (w rozumieniu art. 4 pkt. 15), bez względu na podstawowe zobowiązania między płatnikiem a odbiorcą. Wymieniony w art. 4 pkt. 15 (obok monet, banknotów i pieniądza elektronicznego) „zapis księgowy” (*scriptural money*) to według obsługi prawnej Komisji „fundusze, które są utrzymywane na jakimkolwiek rodzaju rachunku prowadzonym przez bank lub innego PSP. Te fundusze mogą być transferowane z jednego rachunku na inny lub wybrane w gotówce, z pomocą różnych sposobów płatności, takich jak transakcje kartowe, przelewy lub polecenia zapłaty”⁴.

O tym, jak istotny jest rachunek płatniczy, decyduje przede wszystkim to, iż aż w przypadku czterech rodzajów usług płatniczych, wymienionych w pkt. 1 – 4 aneksu do Dyrektywy, konieczne jest jego otwarcie. Bez rachunku płatniczego usługi te nie mogą być wykonywane. Tak więc prowadzenie rachunku płatniczego wskazuje na potrzebę stosowania Dyrektywy PSD, chyba że z postanowień Dyrektywy wynika co innego.

Jak wynika z definicji rachunku płatniczego, powinien on służyć „do wykonywania transakcji płatniczych.” Ma więc, co zresztą wynika z jego nazwy, pełnić przede wszystkim funkcję płatniczą.

¹ dr Witold Srokosz – Uniwersytet Wrocławski Katedra Prawa Finansowego Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

² Dyrektywa 2007/64/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotycząca usług płatniczych na Wspólnym Rynku i zmieniająca dyrektywy 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC, 2006/48/EC i uchylająca dyrektywę 97/5/EC (OJ L 319 z 5.12.2007).

³ Zwraca uwagę na to np. D. Turing, *Business implications of the Payment Services Directive*, „Journal of Payments Strategy & Systems” 2008, Vol. 2, No 4, s. 329.

⁴ Por. odpowiedź obsługi prawnej Komisji Europejskiej na pytanie nr 255 z 5.08.2009 r. dotyczące definicji środków (*fund's definition*), która została zamieszczona na stronie Komisji Europejskiej pod adresem http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/transposition/faq_en.pdf

Zdaniem obsługi prawnej Komisji, wszystkie typy rachunków, które mogą być użyte do wykonywania transakcji płatniczych są objęte zakresem Dyrektywy PSD, chyba że mają zastosowanie wyłączenia przewidziane w art. 3 Dyrektywy⁵.

Z postanowień Dyrektywy 2007/64/EC nie wynika przede wszystkim, aby wolą ustawodawcy unijnego było powierzenie rachunkowi płatniczego funkcji oszczędnościowej. Więcej nawet – jak się wydaje w zamiarze ustawodawcy rachunek ten nie ma również pełnić funkcji depozytowej, lecz wyłącznie funkcję płatniczą. Szczególnie dotyczy to rachunków płatniczych prowadzonych przez instytucje płatnicze oraz instytucje pieniądza elektronicznego. Natomiast w przypadku instytucji kredytowych prowadzone przez nie rachunki mogą oczywiście pełnić tak funkcje płatnicze, jak i funkcje depozytowe (czy też oszczędnościowe).

Okoliczność, że do rachunku oszczędnościowego, czyli pełniącego funkcję depozytową, została wydana książeczka oszczędnościowa, nie zmienia kwalifikacji takiego rachunku, jako rachunku płatniczego w rozumieniu Dyrektywy PSD. O takiej kwalifikacji przesądza to, czy posiadacz rachunku oszczędnościowego ma możliwość swobodnego wpłacania i wypłacania z rachunku środków, a nie to, czy korzysta w tym celu z książeczki oszczędnościowej⁶. Nie są natomiast rachunkami płatniczymi rachunki kredytowe (prowadzone np. dla obsługi kredytu hipotecznego), ponieważ nie służą do dokonywania transakcji płatniczych. W sytuacji, gdy taki rachunek może jednocześnie służyć do dokonywania rozliczeń pieniężnych, powinien być on traktowany jako rachunek płatniczy⁷.

Równie istotne jest pojęcie instrumentu płatniczego. Jego definicja, zawarta w art. 4 pkt. 23 Dyrektywy PSD, obejmuje tak fizyczne urządzenia (*physical devices*, np. karty) lub telefony komórkowe, jak i procedury (takie jak kody PIN, TAN, *digipass*, hasło i login), które użytkownik usług płatniczych może użyć, aby zlecić jego dostawcy usług płatniczych wykonanie transakcji płatniczej⁸. Wykładnia językowa definicji zawartej w art. 4 pkt. 23 sugeruje, że pojęcie instrumentu płatniczego obejmuje tylko „narzędzia dostępne”, czyli instrumenty służące do składania zleceń płatniczych w rozumieniu art. 4 pkt. 16 Dyrektywy⁹. Przy takiej wykładni pojęcie to nie obejmowałoby urządzeń, na których jest gromadzony pieniądz elektroniczny (np. elektronicznych kart pełniących funkcję „elektronicznych portmonetek”). Wydaje się, że byłoby to jednak sprzeczne z intencją unijnego ustawodawcy, gdyż z przepisów Dyrektywy PSD wynika, że jego zamiarem było jednak objęcie takich urządzeń pojęciem instrumentu płatniczego (chodzi tu o art. 34 ust. 1, 53 ust. 1 Dyrektywy PSD, jest to również konsekwencja treści pkt. 9 preambuły).

Skoro instrument płatniczy ma służyć przede wszystkim do składania zleceń płatniczych, a więc ma umożliwiać dostęp do środków złożonych na rachunkach płatniczych (w tym również do pieniądza elektronicznego na takim rachunku)¹⁰, to instrumentem

płatniczym, w rozumieniu Dyrektywy PSD, powinny być również przedpłacone karty płatnicze (*stored value cards* („SVCs”). Należy jednak z pojęcia instrumentu płatniczego wykluczyć papierowe formy składania zleceń płatniczych – zdaniem obsługi prawnej Komisji Europejskiej, jeżeli transakcja płatnicza jest inicjowana przez płatnika z wykorzystaniem dokumentu papierowego, taki dokument nie może zostać uznany za instrument płatniczy¹¹.

3. Wyłączenia z zakresu przedmiotowego Dyrektywy PSD

Wyłączenia z zakresu przedmiotowego Dyrektywy PSD można podzielić na cztery grupy. Do pierwszej należą wyłączenia stosowane wobec transakcji płatniczych i usług, które mają charakter gotówkowy (art. 3 lit. a), c) – f) oraz o)). Druga grupa dotyczy transakcji płatniczych wykorzystujących dokumenty w postaci papierowej takie jak: czeki, weksle trasowane, vouchery (kupony, bony), czeki podróżne, przekazy pocztowe (*postal money orders*) – art. 3 lit. g). Trzecia obejmuje transakcje płatnicze oraz usługi „wewnętrzne”, to znaczy takie, które są wykonywane, najogólniej rzecz ujmując, pomiędzy profesjonalistami zajmującymi się płatnościami lub w ramach grupy (art. 3 lit. b), h) – k) oraz m) – n). Do czwartej grupy należy zaliczyć wyłączenia dotyczące transakcji płatniczych przeprowadzanych z wykorzystaniem technologii cyberprzestrzeni (art. 3 lit. l). W literaturze¹² zgodnie podnosi się, że wyłączenia przewidziane w art. 3 Dyrektywy PSD nie są przejrzyste i będą budzić w praktyce wiele wątpliwości.

Wyłączenia o charakterze gotówkowym oraz dotyczące transakcji płatniczych wykorzystujących dokumenty w formie papierowej są konsekwencją deklarowanego przez Komisję Europejską zamiaru uregulowania dyrektywą PSD przede wszystkim elektronicznych usług płatniczych¹³. Takie podejście Komisji wynikało również z traktowania Dyrektywy PSD jako istotnej części planu wprowadzenia SEPA (Single Euro Payments Area)¹⁴.

Wyłączenia przewidziane w art. 3 mają sens wówczas, gdy odnoszą się do konkretnych usług płatniczych wymienionych w załączniku do Dyrektywy PSD. W przypadku wyłączeń wymienionych w art. 3 lit. a) oraz b) – f) wydaje się, iż mają one zastosowanie do usług i transakcji płatniczych, które mieszczą się w zakresie usług płatniczych wymienionych w pkt. 1, 2 i 6 załącznika. Wyłączeń tych nie ma sensu stosować do transakcji i usług, które bez żadnych wątpliwości nie mieszczą się w zakresie usług płatniczych wymienionych w załączniku, w szczególności wymienionych w pkt. 1, 2 i 6. Ponadto każdy przypadek należy traktować osobno, z uwzględnieniem całokształtu okoliczności faktycznych.

Tak więc dyrektywa PSD nie obejmuje swoim zakresem wykonywanego zawodowo fizycznego transportu banknotów i monet, łącznie z ich zbieraniem, przetwarzaniem i dostarczaniem (art. 3 lit. c). Gdyby nie to wyłączenie, to tego rodzaju działalność mogłaby, przy sprzyjającym stanie faktycznym, być traktowana jako usługa przekazu pieniężnego. Podobnie mogłaby być tak traktowana działalność polegająca na niezawodowym (nieprofesjonal-

⁵ Odpowiedź na pytanie nr 31 z 15.07.2008 r. dotyczące rozumienia definicji rachunku płatniczego w kontekście rachunków oszczędnościowych, rachunków kredytowych itp.

⁶ Por. odpowiedź na pytanie nr 187 z 15.04.2008 r. dotyczące rozumienia definicji rachunku płatniczego w razie stosowania książeczki oszczędnościowej.

⁷ Por. odpowiedź na pytanie nr 31 z 15.07.2008 r.

⁸ Odpowiedź na pytanie nr 34 z 6.10.2008 r. dotyczące definicji instrumentu płatniczego.

⁹ Por. R. Wandhöfer, *The Payment Services Directive: Why the European payments industry needs to prepare for significant implementation challenges*, „Journal of Payments Strategy & Systems” 2008, Vol. 2, No. 4, s. 403.

¹⁰ Warto więc tu zauważyć, że pieniądz elektroniczny może być tak gromadzony na odpowiednim urządzeniu, jak i takie odpowiednie urządzenie może umożliwiać dostęp do pieniądza elektronicznego „złożonego” na rachunku płatniczym.

¹¹ Odpowiedź na pytanie nr 34 z 6.10.2008 r. dotyczące definicji instrumentu płatniczego.

¹² D. Turing, op. cit., s. 327; R. Wandhöfer, op. cit., s. 403;

¹³ Zob. uzasadnienie do projektu dyrektywy w sprawie usług płatniczych z dnia 1.12.2005 r. (COM(2005) 603 wersja ostateczna).

¹⁴ http://ec.europa.eu/internal_market/payments/sepa/index_en.htm; zob. też np. http://www.ecb.int/pub/pdf/other/sepa_brochure_2006pl.pdf

nym – *non – professional*) gromadzeniu i przekazywaniu gotówki w ramach działalności *non – profit* lub charytatywnej (*charitable activity*), gdyby nie wyłączenie przewidziane w art. 3 lit. d). Takie samo uzasadnienie znajduje wyłączenie przewidziane w treści lit. e).

Do usług i transakcji płatniczych objętych postanowieniami pkt. 6 załącznika odnosi się również wyłączenie zawarte w art. 3 lit. o), które dotyczy działalności polegającej wyłącznie na bankomatowych wypłatach gotówki. Przedsiębiorców, którzy świadczą wyłącznie taką usługę, nie powinny dotyczyć wymogi przewidziane przez dyrektywę PSD dla instytucji płatniczych¹⁵. Tak więc wyłączenie przewidziane w art. 3 o) obejmuje niezależnych dostawców usług bankomatowych (*ATM service providers*), którzy nie przyjmują, lecz wyłącznie wypłacają fundusze klientom, i którzy z reguły nie uczestniczą w bankowych systemach płatniczych (*bank network*)¹⁶. Jednak ci wszyscy dostawcy usług bankomatowych, którzy są jednocześnie wydawcami kart płatniczych (czyli stroną umowy ramowej, na podstawie której klient za pomocą karty płatniczej wypłaca pieniądze z rachunku płatniczego) lub oprócz usług bankomatowych dostarczają również innych usług wymienionych w aneksie do Dyrektywy, są objęci zakresem Dyrektywy PSD¹⁷.

Sporo kontrowersji budzi wyłączenie zawarte w art. 3 lit. k). Dyrektywa posługuje się dla opisu tego wyłączenia pojęciem instrumentu (*instrument*) i nie jest pewne, czy zakres tego pojęcia pokrywa się z zakresem zdefiniowanym w art. 4 pkt. 23 pojęciem instrumentu płatniczego, czy też jest od niego szerszy. Z całą pewnością obejmuje różnego rodzaju karty używane w zamkniętych sieciach wydawcy (*closed – loop systems*). Chodzi tu przede wszystkim o karty będące elementem szeroko pojętego systemu lojalnościowego np. o karty paliwowe (*petrol cards*) czy karty podarunkowe (*gift cards*). Pewne jest również, że wyłączenie przewidziane w art. 3 lit. k) dotyczy instrumentów płatniczych przyjmujących formę papierową, takich jak np. papierowe *vouchery* (choćby *vouchery* żywnościowe – *meal vouchers*) czy papierowe czek (np. czek podarunkowy – *gift checks*)¹⁸.

Wyłączenie określone w art. 3 lit. k) stosuje się do kart wydawanych przez sklepy (*store card*), gdy karty te mogą być używane wyłącznie dla dokonywania płatności w tych sklepach (lub w sieci sklepów), np. poprzez wykorzystywanie punktów zbieranych podczas dokonywania zakupów w tych sklepach. Wyłączenie to stosuje się również do tzw. kart klubowych (*club cards*), używanych w ośrodkach wczasowych (*holiday compounds*) dla dokonywania płatności za np. drinki¹⁹. Artykuł 3 lit. k) dotyczy także kart członkowskich (*membership cards*) oraz kart używanych w publicznym transporcie (*public transport cards*)²⁰.

W literaturze podnosi się, że nie jest jasne, jaką wielkość powinna mieć „ograniczona sieć” (*limited network*) i do jakiej

wielkości w praktyce taka sieć może się rozwinąć²¹. Na przykład w sytuacji, gdy karty pracownicze (*proprietary cards* lub też *payroll cards*) są akceptowane 20 sklepach, to czy jest to nadal „ograniczona”, czy już „znaczna” sieć²²? Zaznacza się, że np. wykorzystywanie kart paliwowych (*petrol cards*) wydawanych przez jedną stację paliwową, a także przez całą sieć stacji paliwowych mieściłoby się w zakresie wyłączenia przewidzianego w art. 3 lit. k) i tym samym nie byłoby objęte dyrektywą PSD²³. Takiej pewności nie ma już w sytuacji, gdy sieć paliwowa wydaje karty, które mogą być używane nie tylko przy zakupie paliwa, ale również przy zakupie produktów i żywności w funkcjonujących na stacjach paliwowych z danej sieci sklepach oraz restauracjach²⁴. Brak w dyrektywie PSD precyzyjnego określenia, jaką wielkość powinna mieć „ograniczona sieć” (*limited network*) oraz jasnych limitów, po przekroczeniu których taka sieć traciłaby cechę ograniczonego zasięgu, wydaje się być zamierzony przez europejskiego ustawodawcę. Świadomie nie zawarł on w art. 3 lit. k) żadnych warunków czy kryteriów, które by determinowały „ograniczoność” sieci. Ta cecha powinna być ustalana z uwzględnieniem konkretnego stanu faktycznego²⁵. Co więcej, państwa członkowskie implantując dyrektywę PSD, powinny wstrzymać się od określania takich warunków (kryteriów), w szczególności nie powinny wskazywać limitów ilościowych (np. określać ilość punktów sprzedaży lub świadczenia usług, po przekroczeniu których sieć sprzedaży przestaje być „ograniczoną siecią”)²⁶.

Najbardziej kontrowersyjne wyłączenie, warte odrębnego opracowania, zawiera art. 3 lit. l) Dyrektywy PSD. Nie ulega wątpliwości, że to wyłączenie dotyczy usługi płatniczej wymienionej w pkt. 7 załącznika do Dyrektywy PSD. Jako przykłady takich transakcji podaje się *m-payments*, czyli mobilne płatności z użyciem telefonu komórkowego²⁷.

Uwzględniając treść pkt. 6 preambuły, należy stwierdzić, że wyłączenie spod Dyrektywy PSD transakcji płatniczych przeprowadzanych z wykorzystaniem technologii cyberprzestrzeni (opisanych w pkt. 7 załącznika) jest uzależnione od tego, czy zostaną spełnione łącznie następujące przesłanki: a) operator systemu telekomunikacyjnego, cyfrowego lub informatycznego jest podmiotem niedziałającym wyłącznie jako pośrednik między użytkownikiem usług płatniczych, a dostawcą towarów i usług; b) nabyte towary i/lub usługi, których dotyczą transakcje płatnicze, są dostarczane do urządzenia telekomunikacyjnego, cyfrowego lub informatycznego; c) dostarczone towary i/lub usługi są wykorzystywane za pomocą tego urządzenia. Przy obecnym postępie technologicznym każdy przypadek musi być analizowany osobno pod kątem łącznego wystąpienia tych trzech przesłanek. Nie mniej jednak wydaje się, że przesłanki te są zbyt niedookreślone i uznaniowe. Dyrektywa nie precyzuje, co to oznacza, iż towary

²¹ R. Wandhöfer, op. cit., s. 403.

²² Tamże. Więcej o systemach kart pracowniczych (*payroll cards*) wykorzystujących karty przedpłacone zob. np. E. Akindemowo, *Contract, Deposit Or E-Value: Reconsidering Stored Value Products For A Modernized Payments Framework*, „DePaul Business & Commercial Law Journal” 2008 – 2009, s. 279 – 281.

²³ E. van Winkel, op. cit., s. 108.

²⁴ Tamże.

²⁵ Odpowiedź pytanie nr 158 z 20.01.2009 r. dotyczącego sieci zamkniętych.

²⁶ Tamże.

²⁷ Więcej o *m-payments* zob. np. A. S. Lim, *Inter – consortia battles in mobile payments standardisation*, „Electronic Commerce Research and Applications” 2008, No 7, s. 202 – 213; T. Dahlberg, N. Mallat, J. Ondrus, A. Zmijewska, *Past, present and future of mobile payments research: A literature review*, „Electronic Commerce Research and Applications” 2008, No 7, s. 165 – 181.

¹⁵ Por. E. van Winkel, *The Payment Services Directive: Where are the opportunities for new entrants in the European payments industry?*, „Journal of Payments Strategy & Systems” 2009 Vol. 3, No 2, p. 108.

¹⁶ Odpowiedź na pytanie nr 29 z 18.06.2008 r. dotyczące objęcia zakresem dyrektywy PSD niezależnych dostawców usług bankomatowych.

¹⁷ Tamże.

¹⁸ Por. odpowiedź na pytanie nr 157 z 20.01.2009 r. dotyczącego wyłączenia z zakresu dyrektywy PSD *voucherów*.

¹⁹ Odpowiedź na pytanie nr 27 z 15.07.2008 r. dotyczącego wyłączenia z zakresu dyrektywy PSD sieci zamkniętych.

²⁰ Odpowiedź na pytanie nr 157 z 20.01.2009 r. dotyczące wyłączenia z zakresu dyrektywy PSD *voucherów*.

i usługi są wykorzystywane za pomocą urządzenia telekomunikacyjnego, cyfrowego lub informatycznego. Można oczywiście podać przykłady takich towarów i usług, których bez wątpienia dotyczy art. 3 lit. l) – są to dzwonki do telefonów komórkowych, utwory muzyczne (o czym stanowi się w preambule), ale także filmy wideo, zdjęcia, grafiki czy też gry komputerowe przystosowane do telefonów komórkowych.

4. Świadczenie usług na terytorium Wspólnoty

Nie powinno budzić wątpliwości, że zakres terytorialny Dyrektywy PSD determinują postanowienia art. 299 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE)²⁸, precyzyjne określającego terytorialny zakres stosowania Traktatu²⁹. Może natomiast budzić wątpliwość mało precyzyjne sformułowanie zawarte w przepisie art. 2 ust. 1 Dyrektywy PSD, zgodnie z którym przepisy tytułu III i IV Dyrektywy stosuje się jedynie wtedy, gdy wskazani w tym przepisie dostawcy usług płatniczych (PSP) znajdują się (are located) na terytorium Wspólnoty. Z pewnością prawidłowa wykładnia tej części art. 2 ust. 1 jest w dużym stopniu uzależniona od konkretnego stanu faktycznego, niemniej jednak istotną wskazówką interpretacyjną powinny być przepisy TWE, w tym przede wszystkim art. 48 TWE. Stąd należałoby wyprowadzić wniosek, iż jeżeli PSP jest spółką (a tak będzie najczęściej w praktyce), to jest on zlokalizowany (znajduje się) na terytorium Wspólnoty w świetle art. 2 ust. 1 Dyrektywy PSD wówczas, gdy posiada na tym terytorium (w rozumieniu art. 299 TWE) statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo. W przypadku oddziałów instytucji kredytowych³⁰ należy uwzględnić treść art. 4 pkt. 3 Dyrektywy 2006/48/EC i uznać, iż miejscem ich „lokalizacji” jest miejsce, w którym za ich pomocą prowadzi działalność instytucja kredytowa mająca siedzibę albo w państwie członkowskim, albo też mająca siedzibę zarządu w państwie trzecim. Tak więc w sytuacji, gdy PSP płatnika znajduje się poza Wspólnotą (np. bank z siedzibą w USA), a PSP odbiorcy ma siedzibę na terytorium Wspólnoty (np. w Polsce), do PSP odbiorcy będzie mieć zastosowanie art. 73 Dyrektywy, a pozostałe przepisy tytułu III i IV nie będą stosowane. Należy zaznaczyć, iż w tej sytuacji do PSP płatnika art. 73 nie znajdzie zastosowania. Żadne z przepisów Dyrektywy nie znajdują zastosowania do ewentualnych pośredników takiej transakcji, którzy znajdują się poza granicami Wspólnoty³¹.

5. Zakres stosowania Dyrektywy PSD a waluta transakcji płatniczej

Wykładnia językowa przepisu art. 2 ust. 2 Dyrektywy PSD prowadzi do wniosku, że przepisy tytułu III i IV nie znajdują zastosowania

wtedy, gdy transakcja płatnicza dokonywana jest w walucie państwa trzeciego (np. w dolarach amerykańskich), bez względu na to, gdzie „jest zlokalizowany” PSP. Należy jednak rozważyć uwzględnienie treści art. 2 ust. 1 Dyrektywy PSD. Czy zatem nie należy relacji przepisów ust. 1 i ust. 2 art. 2 rozumieć w ten sposób, iż w sytuacji, gdy PSP (płatnika i odbiorcy) są zlokalizowane na terytorium Wspólnoty, do transakcji płatniczej przez nie wykonywanych stosuje się Dyrektywę PSD, nawet jeżeli jest ona wyrażona w walucie państwa trzeciego? Byłaby to niewątpliwie wykładnia prokonsumencka. Taką interpretację sugeruje również stanowisko obsługi prawnej Komisji, uważającej, że w sytuacji, gdy transakcja płatnicza we frankach szwajcarskich odbywa się pomiędzy PSP z siedzibą w tym samym państwie członkowskim, ma do niej zastosowanie dyrektywa PSD³². Z drugiej jednak strony, w odpowiedzi na inne pytanie stwierdzono, że w przypadku, gdy rachunek płatnika jest wyrażony w walucie kraju trzeciego, a rachunek odbiorcy w euro (lub na odwrót), a rachunki te są prowadzone przez PSP z siedzibą w tym samym państwie członkowskim (lub w różnych państwach członkowskich), to wówczas postanowienia tytułu III i IV Dyrektywy PSD nie znajdują zastosowania do tej części transakcji płatniczej, która dotyczy przelewu opartego na rachunku płatniczym prowadzonym w walucie kraju trzeciego, ale znajdują zastosowanie do reszty transakcji wyrażonej w walucie państwa członkowskiego³³. Za interpretacją, zgodnie z którą tytułu III i IV Dyrektywy nie stosuje się do transakcji płatniczych w walucie państwa trzeciego, nawet jeżeli PSP znajdują się w jednym państwie członkowskim (lub w różnych państwach członkowskich), przemawia treść art. 87, który wprowadza obowiązek dokonania przez Komisję Europejską przeglądu Dyrektywy pod kątem „potrzeby rozszerzenia zakresu stosowania Dyrektywy PSD na transakcje płatnicze we wszystkich walutach.”

6. Wnioski

Analiza przepisów Dyrektywy określających jej zakres przedmiotowy, terytorialny oraz walutowy wskazuje, iż mogą występować wątpliwości, których źródłem są nieścisłości w opisie usług finansowych, w definiowaniu istotnych pojęć, w opisie wyłączeń wskazanych w art. 3 Dyrektywy PSD oraz w regulacji jej zakresu walutowego. Wydaje się jednak, że w procesie stosowania Dyrektywy PSD większość z tych wątpliwości zostanie wyjaśniona przez praktykę, doktrynę oraz orzecznictwo. Istotną rolę może tu odegrać Komisja Europejska, która zgodnie z art. 84 lit. a) Dyrektywy PSD, będzie mogła, poprzez środki wykonawcze, ingerować w treść opisu usług finansowych wskazanych w aneksie w celu zapewnienia jednolitego stosowania Dyrektywy a także w celu uwzględnienia rozwoju technologicznego i zmian zachodzących na rynku usług płatniczych. Szansę wyjaśnienia wątpliwości, i to poprzez ingerencję w treść Dyrektywy, stwarza również wymóg (przewidziany art. 87) dokonania przez Komisję Europejską do 1 listopada 2012 r. przeglądu wykonania Dyrektywy PSD.

²⁸ Wersja skonsolidowana opubl. OJ C 312E z 29 grudnia 2006.

²⁹ Zob. Odpowiedź na pytanie nr 138 z 4.11.2008 r. dotyczące stosowania art. 2 ust. 1 dyrektywy PSD.

³⁰ Oddziały instytucji kredytowych mają zostać dodane (na wniosek Parlamentu Europejskiego) do katalogu art. 1 ust. 1 Dyrektywy PSD przez art. 2a, pozostającej w październiku 2009 r. nadal w fazie projektu, dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej Dyrektywę 2006/48/EC, 2006/49/EC i 2007/64/EC w odniesieniu do banków powiązanych z centralnymi instytucjami, niektórych pozycji funduszy własnych, dużych ekspozycji, uzgodnień w zakresie nadzoru i zarządzania w sytuacji kryzysowej, COM(2008) 602, 2008/0191/COD.

³¹ Por. Odpowiedź na pytanie nr 148 z 20.1.2009 r. dotyczące transakcji dokonywanych z bankami spoza obszaru UE (one – leg payment transactions). Zob. też E. van Winkel, op. cit., s. 109; por. też Odpowiedź na pytanie nr 213 z 24.04.2009 r. dotyczące zakresu terytorialnego dyrektywy PSD.

³² Por. Odpowiedź na pytanie nr 193 z 24.06.2009 r. dotyczące płatności w CHP w państwie członkowskim i pomiędzy państwami członkowskimi. W odpowiedzi na to pytanie brak jest jednak uzasadnienia, które by wyjaśniało sposób wykładni art. 2 ust. 2 dyrektywy PSD.

³³ Odpowiedź na pytanie nr 250 z 5.08.2009 r. dotyczące objęcia zakresem dyrektywy PSD rachunków walutowych.

DR DARIUSZ SZOSTEK¹

ZMIANY W KODEKSIE POSTĘPOWANIA ADMINISTRACYJNEGO W ASPEKcie E-ADMINISTRACJI

W dniu 16 marca 2010 roku prezydent Rzeczypospolitej podpisał ustawę o zmianie ustawy o informatyzacji działania podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2010, Nr 40). Większość przepisów ustawy, w tym zmiany w kodeksie postępowania administracyjnego, wejdzie w życie po upływie trzech miesięcy *vacatio legis*, a więc w czerwcu 2010 roku. Ustawa wprowadza bardzo istotne zmiany w k.p.a., w szczególności w zakresie kontaktów w postaci elektronicznej administracji i z administracją. Rozwiązano także szereg istniejących dotychczas problemów związanych z kontaktem elektronicznym². Między innymi uregulowano kwestię elektronicznej decyzji, postanowienia, wezwania, a co najistotniejsze, zmieniono metodę identyfikacji podmiotów składających podania, pisma itp., rezygnując z obowiązku użycia bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego ważnym kwalifikowanym certyfikatem, co powinno przyczynić się do zwiększenia zainteresowania elektronicznym kontaktem z administracją. Ponadto nałożono na administrację obowiązek kontaktu w postaci elektronicznej (dotychczas było to tylko uprawnienie, możliwość) na wnioski lub za zgodą uczestnika postępowania oraz zakaz żądania od niego zaświadczeń, jeżeli organ może je uzyskać drogą elektroniczną. Skoordinowano także przepisy k.p.a. i ustawy o informatyzacji poprzez odpowiednie odwołania.

Istotną zmianą dla e-administracji jest nowelizacja art. 14 k.p.a. §1, zgodnie z którą sprawy należy załatwiać w formie pisemnej lub w formie dokumentu elektronicznego, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 12, poz. 65 i Nr 73, poz. 501 oraz z 2008 r. Nr 127, poz. 817), doręczanego środkami komunikacji elektronicznej. Jest to nie tylko dopisanie możliwości załatwienia spraw w formie dokumentu elektronicznego, ale zmiana zasady pisemności postępowania administracyjnego. Dotychczas postępowanie było prowadzone w formie pisemnej, a odstępstwo od tego było możliwe wyłącznie w przypadkach wyraźnie określonych w prawie. Zmiana art. 14 §1 wprowadza ogólną zasadę dopuszczającą załatwianie spraw w ramach postępowania administracyjnego w postaci elektronicznej a przez to wymusza nową, pro-elektroniczną, wykładnię k.p.a. Ponadto nawet tam, gdzie nie jest to wyraźnie stwierdzone przepisami, dopuszczalne jest dokonywanie czynności w postaci

elektronicznej, chyba że przepis wyraźnie się temu przeciwstawia. Problemem dla administracji są aktualnie przepisy instrukcji kancelaryjnej, której przepisy odnoszą się do postępowania na piśmie. Kwestia ta dosyć szybko zostanie uregulowana poprzez wydanie nowej instrukcji kancelaryjnej opierającej się na nowym brzmieniu art. 14 §1 k.p.a.

Postępowanie administracyjne zostaje wszczęte albo na żądanie strony, albo z urzędu³ (art. 61 kpa). W pierwszym przypadku konieczne jest złożenie odpowiedniego podania (wniosku), natomiast w drugim – uzyskanie informacji uzasadniającej wszczęcie postępowania z urzędu. Informację tę można uzyskać skądkolwiek, także od innego organu administracji, który może ją przekazać w postaci elektronicznej, zgodnie z przepisami ustawy o informatyzacji, w ramach obrotu A2A. Jeżeli wchodzi w grę szczególnie ważny interes strony, organ administracji publicznej może wszcząć postępowanie także w sprawie, w której przepis prawa wymaga wniosku strony. Zobowiązany jest wówczas uzyskać na to zgodę strony w toku postępowania, a w razie jej nieuzyskania – postępowanie umorzyć. Wezwanie do złożenia oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na wszczęcie postępowania w przypadkach niecierpiących zwłoki można wystosować, na podstawie art. 55 kpa, także w postaci elektronicznej. Natomiast samo oświadczenie, zgodnie z doktryną⁴, powinno zostać wyrażone w formie pisemnej. Biorąc jednak pod uwagę brzmienie art. 5 ust. 2 ustawy o podpisie elektronicznym, a także art. 63 k.p.a., należy dopuścić złożenie takiego oświadczenia również w formie elektronicznej, tj. z użyciem bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego ważnym kwalifikowanym certyfikatem. Wydaje się jednak, iż w związku z nowelizacją art. 63 k.p.a. także poprzez złożenie oświadczenia poprzez e-PUAP bez użycia kwalifikowanego certyfikatu oraz w inny sposób, dopuszczony przez organ, identyfikacji składającego oświadczenie.

Dotychczas, niezależnie od sposobu złożenia żądania przez stronę (czy listownie, czy osobiście w urzędzie), datą wszczęcia postępowania był dzień doręczenia żądania organowi administracji publicznej, a więc dzień, w którym organ mógł się zapoznać z żądaniem (dzień pracy urzędu). Nawet jeżeli żądanie zostało złożone na poczcie lub w skrynce urzędu w dniu wolnym od pracy, za chwilę doręczenia uznaje się, zgodnie z art. 61 § 3 k.p.a., następujący po wolnym pierwszy dzień pracy. Natomiast jeżeli podanie zostało doręczone organowi niewłaściwemu – za dzień doręczenia należało uznać dzień, w którym podanie faktycznie wpłynęło do organu właściwego⁵.

¹ dr Dariusz Szostek – ekspert w Zespole Zadaniowym ds. Uchylania Barrier Prawno-Proceduralnych e-Administracji Komitetu Rady Ministrów ds. Informatyzacji i Łączności (uczestniczący w pracach nad założeniami zmian ustawy o informatyzacji), współpracownik Centrum Badań nad Komunikacją Elektroniczną Uniwersytetu Wrocławskiego, Kierownik Zakładu Prawa i Polityki Społecznej Śląskiej Wyższej Szkoły Zarządzania, arbiter i mediator w Sądzie Arbitrażowym przy Regionalnej Izbie Gospodarczej w Katowicach, autor wielu publikacji (w tym zagranicznych) z zakresu obrotu elektronicznego

² Szerzej na temat dotychczasowych problemów zob.: D. Szostek, Doręczanie i odbieranie pism w postaci elektronicznej na gruncie kodeksu postępowania administracyjnego [w]: e-Administracja prawne zagadnienia informatyzacji administracji, red. D. Szostek, Wrocław 2009, str. 51 i nast.

³ Szerzej: B. Adamiak [w]: KPA Komentarz, B. Adamiak, J. Borkowski, Warszawa 2005, s. 342 i n.

⁴ J. Borkowski [w]: KPA Komentarz, B. Adamiak, J. Borkowski, Warszawa 2005, s. 345.

⁵ R. Suwaj, Wydawanie decyzji administracyjnych, Wrocław 2007, s. 29 oraz cytowana tam literatura.

Jednakże, zgodnie art. 63 § 3a k.p.a., datą wszczęcia postępowania na żądanie strony, wniesione drogą elektroniczną, jest dzień wprowadzenia żądania do systemu teleinformatycznego organu administracji publicznej, czyli dzień wprowadzenia dokumentu elektronicznego zawierającego żądanie do elektronicznej skrzynki podawczej organu administracji publicznej. Zasadnicza zmiana – w stosunku do żądań wniesionych w postaci elektronicznej – polega na rezygnacji z teorii doręczenia (zgodnie z którą doręczenie następuje z chwilą, gdy organ może zapoznać się z żądaniem) na rzecz teorii otrzymania. Dniem wszczęcia postępowania jest dzień wprowadzenia żądania w postaci elektronicznej do systemu teleinformatycznego, nawet gdy jest to dzień wolny od pracy i pracownicy organu nie mają możliwości zapoznania się z otrzymanym żądaniem. W literaturze pojawiają się jednak poglądy przeciwne, mówiące, że art. 61 § 3a stanowi przeniesienie do obrotu elektronicznego zasady określonej w art. 61 § 3 k.p.a., zgodnie z którą dniem wszczęcia postępowania jest dzień doręczenia żądania organowi⁶. Autorzy tego poglądu uważają, że niezależnie od postaci doręczenia: pisemnie, ustnie, za pomocą telegrafu, faksu, dalekopisu czy poczty elektronicznej, datą wszczęcia postępowania, podobnie jak to było dotychczas, nie jest dzień wysłania, nadania podania, ale dzień jego doręczenia do organu⁷. Należy zgodzić się z twierdzeniem, że datą wszczęcia postępowania nie jest data wysłania żądania. Jest to bowiem tylko dzień „wprowadzenia”, co nie jest tożsame z dniem doręczenia. Trudno bowiem uznać za synonimy zwroty: „doręczyć” (związany z teorią doręczenia) oraz „wprowadzić” (związany z otrzymaniem, niezależnie od możliwości zapoznania się z żądaniem). Nie bez znaczenia jest tu wykładania systemowa, zgodnie z którą odrębnie uregulowano doręczenie „tradycyjne” (art. 61 § 3 kpa) i wprowadzenie do systemu teleinformatycznego (art. 61 § 3a kpa).

Wszczęcie postępowania i złożenie przez stronę lub innego uczestnika postępowania podania, wniosku itp. zawsze może następować w postaci elektronicznej, zgodnie z art. 63 k.p.a. Dotychczas jednak konieczne było opatrzenie podania bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym ważnym kwalifikowanym certyfikatem, co skutecznie, w związku z małą ilością osób posiadających bezpieczny podpis elektroniczny, uniemożliwiało rozwój e-administracji i składanie pism w postaci elektronicznej. Nowelizacja zmienia ten stan poprzez liberalizację art. 63 k.p.a. i odejście od bezpiecznego podpisu elektronicznego, weryfikowanego ważnym kwalifikowanym certyfikatem, jako jedyne sposoby identyfikacji. Wątpliwości w literaturze⁸ a także w orzecznictwie, dotyczące problemu składania pisma bezpośrednio na adres elektroniczny urzędnika czy też organu, z pominięciem elektronicznej skrzynki podawczej tegoż organu (czego nie przesądzała dotychczasowa regulacja), zostały rozwiązane. Zgodnie z art. 63 §1, podania (żądania, wyjaśnienia, odwołania, zażalenia) mogą być wnoszone pisemnie, telegraficznie, za pomocą telefaksu lub ustnie do protokołu, a także za pomocą innych środków komunikacji elektronicznej poprzez elektroniczną skrzynkę podawczą organu administracji publicznej utworzoną na podstawie ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji

działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Złożenie pisma z pominięciem elektronicznej skrzynki podawczej nie będzie jego skutecznym złożeniem. Ponadto nie zostaną wypełnione przesłanki związane z zachowaniem terminu (art. 57 k.p.a.). Podanie wniesione w formie dokumentu elektronicznego powinno: być uwierzytelnione przy użyciu mechanizmów określonych w art. 20a ust. 1 albo 2. ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz zawierać dane w ustalonym formacie, zawartym we wzorze podania określonym w odrębnych przepisach, jeżeli te przepisy nakazują wnoszenie podań według określonego wzoru. Dotychczas k.p.a. nie odnosił się do ustawy o informatyzacji, co wywoływało szereg problemów. Nowelizacja zmienia tę sytuację, niejako „synchronizując” oba akty. Tak jest między innymi w art. 63 k.p.a., gdzie następuje odwołanie do art. 20a ustawy o informatyzacji, zgodnie z którym identyfikacja użytkownika systemów teleinformatycznych udostępnianych przez podmioty określone w art. 2 następuje poprzez zastosowanie kwalifikowanego certyfikatu lub przy zastosowaniu profilu zaufanego ePUAP. Po zastosowaniu rozwiązań określonych w ust. 1 podmiot publiczny, który używa do realizacji zadań publicznych systemów teleinformatycznych, może udostępniać użytkownikom możliwość identyfikacji w tym systemie poprzez zastosowanie innych technologii⁹. W miejsce bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego ważnym kwalifikowanym certyfikatem wprowadzono trzy metody identyfikacji. Pierwsza opiera się o kwalifikowany certyfikat. Ustawodawca z rozmysłem użył pojęcia kwalifikowany certyfikat, w miejsce bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego ważnym kwalifikowanym certyfikatem. Po pierwsze, w aktualnym stanie prawnym wymóg ten spełni tylko opatrzenie pisma bezpiecznym podpisem elektronicznym, gdyż zgodnie z ustawą o podpisie elektronicznym tylko on może być weryfikowany kwalifikowanym certyfikatem. Bezpieczny podpis elektroniczny musi wypełniać wymogi polskiej ustawy i wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych, w konsekwencji czego w praktyce możliwy do zastosowania jest wyłącznie bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany ważnym kwalifikowanym certyfikatem wydawany przez polski kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne. Zastosowanie podpisów elektronicznych zagranicznych jest niedopuszczalne. Podmioty zagraniczne także załatwiają sprawy i wnoszą pisma do polskich organów administracji. Zmiana k.p.a. poprzez identyfikację na podstawie kwalifikowanego certyfikatu zmienia tę sytuację, gdyż dopuszczalne będzie złożenie pisma i jego opatrzenie zagranicznym kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jeżeli kwalifikowany certyfikat używany do jego weryfikacji spełni wymogi polskiej definicji kwalifikowanego certyfikatu i polskiej ustawy. Ponieważ jest ona zgodna z dyrektywą i w większości państw UE została implementowana prawie w identycznym brzmieniu, należy przypuszczać, iż większość kwalifikowanych europejskich certyfikatów wypełni wymóg polskiej definicji. Należy jednak zauważyć, iż kwalifikowany certyfikat a także bezpieczny podpis elektroniczny nim weryfikowany nie cieszy się większym zainteresowaniem. Pozostawienie kwalifikowanego certyfikatu jako jedynej metody identyfikacji skutecznie ograniczyłoby (jak jest dotychczas) możliwość składania przez podmioty

⁶ X. Konarski, G. Sibiga, Zastosowanie środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu administracyjnym po nowelizacji KPA, MoP 2/2006, s. 68.

⁷ Cz. Martysz [w]: Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, G. Szpor, Cz. Martysz, K. Wojsyk, Warszawa 2007, s. 199

⁸ X. Konarski, G. Sibiga, Zastosowanie..., s. 67; D. Szostek: Doręczenie..., s. 72

⁹ Warunki techniczne tychże technologii określi odpowiednie rozporządzenie wydane przez ministra do spraw informatyzacji

pism w postaci elektronicznej. Z tego też powodu wprowadzono drugą metodę identyfikacji, czyli profil zaufany ePUAP. Zgodnie z ustawą o informatyzacji, profil zaufany ePUAP – to zestaw informacji identyfikujących i opisujących podmiot lub osobę, będącą dysponentem konta na ePUAP-ie, która została w wiarygodny sposób potwierdzona przez organ podmiotu określonego w art. 2 ustawy. W praktyce jest to konto elektroniczne zakładane na stronie internetowej ePUAP przez dysponenta (na wzór bankowości elektronicznej czy też portalu społecznościowego), gdzie zgodnie z projektem rozporządzenia należy podać między innymi dane osobowe, korespondencyjne, pesel itp. i aktywować konto poprzez najpierw wskazanie organu, który ma dokonywać identyfikacji i aktywacji (np. swój urząd skarbowy) a następnie po udaniu się do niego, przedłożeniu dowodu tożsamości pozwalającego potwierdzić przez urzędnika tożsamość osoby zakładającej konto (jest to czynność jednorazowa) i aktywować je. Działania te są tożsame z założeniem konta w jakimkolwiek banku w ramach uruchamiania bankowości elektronicznej. W dalszej kolejności podmiot może po nieodpłatnym ściągnięciu podpisu osobistego potwierdzonego profilem zaufanym ePUAP (w celu między innymi zabezpieczenia integralności przesyłanych dokumentów) dokonywać wszelkich czynności i składać pisma za pośrednictwem swego konta ePUAP do każdego organu administracji, i to bez użycia bezpiecznego podpisu elektronicznego. Podpis potwierdzony profilem zaufanym ePUAP spełnia większość warunków, jakie powinien spełniać zaawansowany podpis elektroniczny w znaczeniu dyrektywy o podpisach elektronicznych. Wskazują na to funkcje, jakie powinien spełnić. Podpis potwierdzony profilem zaufanym ePUAP to podpis złożony przez użytkownika konta ePUAP, do którego zostały dołączone informacje identyfikujące zawarte w profilu zaufanym ePUAP, a także: a) jednoznacznie wskazujący profil zaufany ePUAP osoby, która wykonała podpis, b) zawierający datę czas wykonania podpisu, c) jednoznacznie identyfikujący konto ePUAP osoby, która wykonała podpis, d) autoryzowany przez użytkownika konta ePUAP, e) potwierdzony i chroniony podpisem systemowym ePUAP. Natomiast podpis systemowy ePUAP to podpis cyfrowy utworzony w bezpiecznym środowisku systemu ePUAP, zapewniający integralność i autentyczność wykonania operacji przez system ePUAP, czyli odpowiednik poświadczenia elektronicznego kwalifikowanego podmiotu świadczącego usługi certyfikacyjne w znaczeniu aktualnie obowiązującej ustawy o podpisie elektronicznym.

Do skutecznego złożenia pisma i dochowania terminu konieczne jest jego złożenie przez elektroniczną skrzynkę podawczą organu i uzyskanie urzędowego poświadczenia terminu. Zgodnie z art. 57 § 5 termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało wysłane w formie dokumentu elektronicznego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, za poświadczeniem przedłożenia, do organu administracji publicznej. Natomiast art. 63 §1 stanowi, iż podania (żądania, wyjaśnienia, odwołania, zażalenia) mogą być wnoszone pisemnie, telegraficznie, za pomocą telefaksu lub ustnie do protokołu a także za pomocą innych środków komunikacji elektronicznej poprzez elektroniczną skrzynkę podawczą organu administracji publicznej utworzoną na podstawie ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Nie nałożono jednakże na organy

obowiązku zsynchronizowania wszystkich adresów elektronicznych aby wszelkie one były połączone z elektroniczną skrzynką podawczą, w konsekwencji czego w przypadku wysłania pisma bezpośrednio na adres urzędnika, z pominięciem elektronicznej skrzynki podawczej, elektroniczne pismo należy traktować jako nieskutecznie złożone.

Dotychczas, zgodnie z art. 39¹, doręczenie mogło nastąpić za pomocą środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną, jeżeli strona wystąpiła do organu administracji publicznej o doręczenie albo wyraziła zgodę na doręczenie jej pism za pomocą tych środków. Przepis ten nie nakładał na organ administracji publicznej obowiązku doręczania w postaci elektronicznej (odmiennie niż obowiązek przyjmowania podań za pomocą poczty elektronicznej lub formularza zamieszczonego na stronie), a jedynie uprawnienie. Było to więc prawo organu, a nie jego obowiązek¹⁰. Od 17 czerwca 2010 sytuacja ta ulegnie zmianie, gdyż zgodnie z nowelizacją tegoż przepisu na organ administracji zostaje nałożony przymus doręczenia w postaci elektronicznej, jeżeli strona lub inny uczestnik postępowania wniesie o taki sposób komunikacji, lub na taki wyrazi zgodę. Zasadę tę należy uznać za słuszną. Trudno bowiem zmuszać osobę czy podmiot niemający dostępu do środków komunikacji elektronicznej lub nieżyczący sobie takiego sposobu komunikowania się do odbierania pism w postaci elektronicznej. Ustawodawca mógł jednak pójść dalej, wprowadzając domniemanie, że w przypadku złożenia podania w postaci elektronicznej podmiot wyraża jednocześnie zgodę na elektroniczne doręczanie mu pism. Nie powinno nastroczać większych kłopotów uzyskanie zgody czy wniosku podmiotu składającego podanie, jeżeli jest ono składane za pomocą odpowiedniego formularza zamieszczonego na stronie internetowej organu (zarówno online, jak i offline). Wystarczy odpowiednie sformułowanie tekstu formularza i umożliwienie wybrania jednej z opcji. Warto zauważyć, że aby uzyskać zgodę, nawet gdy podanie jest złożone za pomocą poczty elektronicznej, ale bez wyraźnego oświadczenia zawierającego zgodę na doręczanie drogą elektroniczną, organ nie może kontaktować się z podmiotem tą drogą, np. wysyłając stosowne zapytanie na adres elektroniczny składającego (gdyż jest to już doręczenie w znaczeniu 39¹ k.p.a.), tylko musi to zrobić pisemnie w sposób tradycyjny, co niepotrzebnie wydłuża postępowanie, zwiększa koszty i jest niepraktyczne. W praktyce w miejsce pytania o zgodę doręcza się odpowiednią decyzję lub postanowienie. Wniosek o elektroniczne doręczanie można złożyć w każdym momencie postępowania, zgodnie z ogólnymi zasadami składania podań (także pisemnie, za pomocą poczty elektronicznej lub ustnie do protokołu). Podobnie jest ze zgodą, która musi być jednoznaczna¹¹. Choć przepisy tego nie przesądzają, wydaje się, że strona może w każdej chwili wycofać swoją zgodę na doręczanie elektroniczne. Najczęściej zapewne będzie to miało miejsce, gdy wystąpią jakieś ważne powody, np. strona nie będzie mogła ze względów technicznych odebrać pisma. Należy jednakże pamiętać o obowiązującym i niezmiennym nowelizacją art. 46 § 3 k.p.a., zgodnie z którym w przypadku doręczenia pisma za pomocą środków komunikacji elektronicznej doręczenie jest skuteczne, jeżeli w terminie 7 dni

¹⁰ Tak Cz. Martysz [w:] Ustawa..., s. 191, G. Łaszczyca, Cz. Martysz, A. Matan, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, t. 1, Kraków 2005, ts. 503.

¹¹ Cz. Martysz [w:] Ustawa..., s. 192; G. Łaszczyca, Cz. Martysz, A. Matan, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, t. 1, Kraków 2005, s. 504.

od dnia wysłania pisma organ administracji publicznej otrzyma potwierdzenie doręczenia pisma. W razie nieotrzymania takiego potwierdzenia organ doręcza pismo w sposób określony w przepisach niniejszego rozdziału dla pisma w formie innej niż forma dokumentu elektronicznego, czyli na papierze z podpisem własnoręcznym. W związku z art. 39 (1) k.p.a. oraz 46 §3 k.p.a. pojawia się problem w przypadku niezablokowania pisma doręzonego w postaci elektronicznej (po upływie 7 dni) i wysłania pisma w postaci papierowej, oraz równoczesnego odbioru (już po 7 dniach) pisma w postaci elektronicznej. Ustawodawca nie nakłada na organ obowiązku blokowania po 7 dniach pisma. Nakłada tylko dodatkowy obowiązek doręczenia w formie pisemnej. Będą wówczas dwa dokumenty (elektroniczny i pisemny), ale jedna decyzja, postanowienie, wezwanie itp. W przypadku wcześniejszego odbioru pisma w postaci elektronicznej, niż dokumentu pisemnego, za datę doręczenia należy uznać chwilę odbioru pisma elektronicznego. Należy krytycznie odnieść się do tego rozwiązania. Po pierwsze, może przedłużyć postępowanie, w przypadku nieodebrania pisma elektronicznego, po drugie, odbiór dwóch pism: elektronicznego i papierowego daje stronie możliwość przedstawiania innym organom pisma odebranego później (mając nawet dowód na odbiór i datę odbioru) pomimo iż skuteczne doręczenie pisma, a co za tym idzie skutki jego doręczenia, upływają z inną datą.

Nowelizacją poprawiono przepisy określające elementy decyzji, postanowienia oraz wezwania, wyraźnie określając, iż decyzja, postanowienie lub wezwanie w postaci elektronicznej powinno być opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym ważnym kwalifikowanym certyfikatem. Dotychczasowa regulacja, będąca w rozporządzeniu, sprawiała problemy interpretacyjne w związku z odrębnym brzmieniem k.p.a. oraz zasadą pisemności postępowania.

Wreszcie zmieniono art. 220 k.p.a. nakazujący administracji samodzielne uzyskiwanie zaświadczeń wymaganych w sprawie, jeżeli organ może je uzyskać z dostępnych mu rejestrów lub wymiany informacji z innym podmiotem publicznym na zasadach określonych w przepisach o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, co de facto, w związku z tym, iż każdy organ administracji ma obowiązek posiadania elektronicznej skrzynki podawczej, dotyczy znakomitej większości zaświadczeń wymaganych prawem. Urzędnik, aby takie zaświadczenie uzyskać, powinien skontaktować się elektronicznie z odpowiednim organem, podać podstawę prawną dającą mu możliwość uzyskania danego oświadczenia (w tym także informację o podaniu konkretnej osoby, dla której wymagane jest zaświadczenie) i dołączyć je do akt sprawy. W przypadku braku wiedzy do którego organu miejscowo właściwego się zwrócić, powinien wezwać stronę do złożenia stosownego oświadczenia i informacji. Zmiana ta jest bardzo istotna i wychodząca naprzeciw zasadzie przyjaźni państwa w stosunku do obywateli. Należy jednak przypuszczać, iż w pierwszym okresie obowiązywania będzie sprawiał szereg kłopotów praktycznych. W przypadku jednak, gdy przepisy szczególne wymagają zaświadczenia na piśmie lub oryginał dokumentu, przepis ten na zasadzie derogacji normy ogólnej normą szczególną nie będzie miał zastosowania.

Zmiany wprowadzone do k.p.a. należy uznać za słuszne, zmierzające w odpowiednim kierunku, które powinny przyczynić się rozwoju e-administracji.

PODPIS ELEKTRONICZNY W PRAWIE AMERYKAŃSKIM

W Stanach Zjednoczonych Ameryki powstały nie tylko standardy szyfrowania symetrycznego i asymetrycznego służące konstrukcji najbardziej zaawansowanego rodzaju podpisu elektronicznego. Kraj ten był także kolebką idei specjalnego ujęcia podpisu elektronicznego w ramy prawne. Pierwsza kompleksowa ustawa o podpisie elektronicznym powstała właśnie w Stanach Zjednoczonych Ameryki w 1995 roku w stanie Utah (*The Digital Signature Act* z dnia 9 marca 1995 roku).

Charakterystyka regulacji podpisu elektronicznego w prawie amerykańskim powinna uwzględniać dwie ogólne kwestie. Po pierwsze, specyficzny jest system prawa amerykańskiego. Okoliczność, że jest to sztandarowy przykład systemu *common law*, nie jest w badanym zagadnieniu znacząco doniosła, co wynika z uregulowania podpisu elektronicznego prawem stanowym (pisanym). W tym kontekście należy jedynie zważyć, że kierując się istotą prawa stanowego w systemie *common law*, można by oczekiwać szczegółowej i obszernej regulacji, co jednak nie jest trafnym przypuszczeniem. Donioślejszą cechą systemu prawa amerykańskiego w tej materii jest podział na prawo federalne i prawo stanowe, jako konsekwencji związkowego charakteru państwa. Jak powszechnie wiadomo, poszczególne stany mają uprawnienia ustawodawcze, co rzutuje w szczególny sposób na regulację podpisu elektronicznego: wprowadzanie regulacji prawnej podpisu elektronicznego do systemu prawa amerykańskiego, historycznie rzecz ujmując, polegało na wprowadzeniu początkowo regulacji tylko na poziomie stanów, a dopiero następnie na szczeblu federalnym. Przy czym należy mieć na uwadze, że wprowadzenie regulacji stanowych następowało od 1999 roku w oparciu o tzw. prawo wzorcowe, stąd regulacje te, przynajmniej teoretycznie nie powinny się między sobą znacząco różnić, a wręcz mogą być identyczne.

Drugą kwestią, na którą należy zwrócić uwagę, jest dostrzegalne podobieństwo pomiędzy regulacją prawną podpisu elektronicznego w prawie amerykańskim oraz w UNCITRAL *Model Law on Electronic Signatures* z 2001 roku (zwanej dalej „ustawą modelową UNCITRAL”). Podobieństwo to jest dostrzegalne zwłaszcza odnośnie do prawa federalnego. Przypuszczać można, że jest to efekt przygotowywania tych projektów legislacyjnych mniej więcej w tym samym czasie. Choć ustawa modelowa UNCITRAL powstała rok później niż ustawa federalna USA, to ze względu na odmienności procedury stanowienia prawa, a tym samym czas ich trwania, trudno nawet jednoznacznie wskazać, który z tych aktów był wzorcem dla drugiego. W każdym razie wiodącym założeniem obu regulacji jest niemożność odmówienia skuteczności czynnościom prawnym tylko dlatego, że zostały dokonane w postaci elektronicznej.

Źródła prawa

Regulacja podpisu elektronicznego występuje w prawie stanowym i federalnym, jak również w tzw. prawie wzorcowym. Chronologicznie wymieniając, należy wskazać wprawdzie na *Uniform Electronic Transaction Act* z dnia 29 lipca 1999 roku (zwany dalej „UETA”) wraz z adoptującym ten akt do porządku prawnego powszechnie obowiązującego ustawodawstwem stanowym. Poczynić należy uwagę co do charakteru prawnego UETA. Nie jest to prawo obowiązujące, a jedynie prawo wzorcowe, z którego poszczególne stany mogą korzystać, dlatego UETA można określić jako ustawę jednolitą lub wzorcową. UETA, podobnie jak inne *Uniform Act*, jest efektem prac *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, dzięki której działalności niwelowane są rozbieżności w ustawodawstwie poszczególnych stanów².

Na poziomie prawa federalnego aktem regulującym podpis elektroniczny jest *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* z dnia 24 stycznia 2000 roku (zwany dalej „E-sign Act”). Ustawa ta podpisana została przez prezydenta USA w dniu 30 czerwca 2000 roku, a weszła w życie 1 października tamtego roku. W dalszej części opracowania szczególna uwaga zwrócona zostanie na regulację w prawie federalnym, uzupełnioną o wskazania postanowień UETA. Wynika to z okoliczności, że regulacja E-sign Act jest znacząco podobna do UETA, aczkolwiek nie są to akty całkowicie identyczne³. Bliżej nie będzie charakteryzowane ustawodawstwo poszczególnych stanów, gdyż można przyjąć ogólne założenie, że ustawodawstwo stanowe teoretycznie powinno odpowiadać postanowieniom UETA i nie powinno być niezgodne z E-sign Act. Przy czym kwestia relacji E-sign Act do regulacji stanowych jest skomplikowana i wzbudza wątpliwości w doktrynie amerykańskiej. Chodzi tutaj o kwestie tzw. *Preemption Clause* (sec. 102 i nt E-sign Act), która, jak podnosi się czasem w literaturze, doprowadziła do sytuacji, że prawo federalne w tym zakresie stało się „patchwork quilt” (pol. narzutą, co wyrażać ma pewną niespójność prawną) na niejednolite prawo stanowe⁴.

Technologiczna neutralność

Zasadniczą cechą regulacji amerykańskiej, na gruncie prawa federalnego i wzorcowego, jest technologiczna neutralność (ang.

² Dotąd UETA i implementowały wszystkie stany poza stanem Illinois, New York i Washington (zob. informacje na stronie internetowej: <http://www.ncsl.org/default.aspx?tabid=13484>, data wejścia 7.04.2010 r.).

³ Por. S. E. Blythe, *Digital Signature Law of The United Nations, European Union, United Kingdom and United States: promotion of growth in e-commerce with enhanced security*, *Richmond Journal of Law and Technology* 2005, Winter, s. 39-40; G. L. Berenstein, Ch. E. Campbell, *Electronic contracting: The current state of the law and best practices*, *Journal of Proprietary Rights* 2002, September, s. 2-3.

⁴ Zob. S. E. Blythe, *Digital...*, s. 41-43 i 50; G. L. Berenstein, Ch. E. Campbell, *Electronic...*, s. 1-2.

¹ mgr Łukasz Goździaszek – doktorant w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

technology neutral), czyli niewskazywanie żadnej konkretnej technologii, z którą powiązany został jakikolwiek rodzaj podpisu elektronicznego. Nie oznacza to jednak, że prawo amerykańskie jest zupełnie liberalne i elastyczne w zakresie podpisu elektronicznego. Jak będzie później wskazane, wymagane jest, aby podpis elektroniczny był wiarygodny. Jednak regulacja amerykańska nie wskazuje, jaka technologia zapewnia ową wiarygodność i właśnie w tym tkwi istota technologicznej neutralności. Takie ujęcie przez ustawodawcę materii w zasadzie wyklucza możliwość prawnego wyodrębnienia rodzajów podpisu elektronicznego, co jednak nie oznacza, że w konkretnych okolicznościach „pozorny” podpis elektroniczny nie będzie zrównany w skutkach prawnych z podpisem własnoręcznym (ang. *manual signatures*). Należy tutaj mieć również na uwadze, że praktyka amerykańska za niebudzący żadnych wątpliwości uznaje podpis elektroniczny wykorzystujący szyfrowanie asymetryczne. Inaczej zagadnienie to przedstawia się na gruncie ustawodawstwa stanowego, gdzie często obok pojęcia *electronic signature* występuje *digital signature*. Pierwszy rodzaj podpisu elektronicznego można określić „zwykłym”, natomiast drugi „podpisem cyfrowym” jako ściśle powiązany z szyfrowaniem asymetrycznym. Definityjne wyodrębnienie dwóch rodzajów podpisu czy dokładniej, prawnego uregulowania podpisu cyfrowego będącego szczególnym rodzajem podpisu elektronicznego, nie jest jednak najczęściej powiązane ze zróżnicowaniem skutków prawnych skorzystania z tych podpisów.

Technologiczną neutralność przedstawia się czasami jako zakaz dyskryminacji jakichkolwiek technik „uwiarygodniających” podpis, jednak takie sformułowanie jest o tyle dwuznaczne, że pojęcia niedyskryminacji najczęściej używa się w kontekście niedyskryminacji podpisu elektronicznego w stosunku do podpisu własnoręcznego. Przyjęcie zasady technologicznej neutralności implikuje możliwość umówienia się stron między sobą co do techniki (metody) elektronicznego podpisywania. Tak więc, jeśli strony w umowie postanowią, że daną technikę uważają za wiarygodną, wtedy żadna ze stron nie będzie mogła podnieść, że dany podpis elektroniczny nie wywołuje skutku prawnego. Co więcej, jak się wydaje, w niektórych przypadkach wystarczy sam kontekst i analiza otoczenia do stwierdzenia wiarygodności podpisu elektronicznego.

Podpis elektroniczny w „prawie cywilnym materialnym”

Kwestia stosowania podpisu elektronicznego wpłynęła również na zmianę postanowień *Uniform Commercial Code* z 1952 roku (zwanego dalej „UCC”), czyli aktu pełniącego w pewnym zakresie rolę amerykańskiego wzorcowego kodeksu czynności handlowych (odmienne ustawodawstwo cywilne ma stan Luizjana). Jest to akt obszerny i skomplikowany, gdzie w zasadzie każdy z jedenastu artykułów posługuje się specyficzną siatką pojęciową, co często wyraźnie ukazane jest wprost przez zamieszczenie na wstępie artykułów słowniczków pojęć ustawowych. Dlatego uwagi dalej czynione nie mają charakteru ogólnego, odnoszącego się do całego UCC. Co istotne, akt ten zawiera również przepisy dotyczące relacji z regulacją E-sign Act (zob. § 1-108, § 2-108. (4) i § 7-103. (c) UCC).

W kontekście podpisu elektronicznego doniosłe znaczenia mają zmiany poczynione w artykule 9 UCC dotyczącym *Secured Tran-*

sactions (pol. prawne zabezpieczenia transakcji, wierzytelności). Wraz z upowszechnieniem transakcji dokonywanych drogą elektroniczną zmieniono tam określenie *writing* (pol. pismo) na *record* (pol. zapis), z czym z kolei łączyła się zmiana *sign* (pol. podpis) na *authenticate* (pol. poświadczenie). Aktualnie § 9-102. (a). (7) UCC stanowi, że *authenticate* znaczy podpisać się (lit. A cytowanego przepisu) lub stworzyć, lub użyć symbolu (hasła, znaku), zakodować lub w inny podobny sposób przetworzyć *record* w całości lub w części, z zamiarem poświadczającej osoby, aby zidentyfikować poświadczającą osobę oraz uwiarygodnić *record* poprzez wskazanie zatwierdzenia treści zapisu (lit. B cytowanego przepisu). Z legistycznego punktu widzenia pojęcie *authenticate* wzbogaca zakres dotychczasowych desygnatów pojęcia *sign*, przy czym identyczna jest rola (funkcja) *authenticate* i *sign*. Należy tutaj zważyć, że UCC posługuje się często pojęciem *record authenticated*. Natomiast *record* to zgodnie z § 9-102. (a). (69) UCC, informacja zapisana na materialnym nośniku (środku) lub przechowywana na elektronicznym, lub innym nośniku (środku) i dostępna w dostrzegalnej formie. Pojawia się zasadnicze pytanie o stosunek *authentication* do *electronic signature*. Za oficjalnym komentarzem do UETA⁵ należy powtórzyć, że *authentication* zazwyczaj ma węższe znaczenie i cel niż *electronic signature* w rozumieniu UETA. Jakkolwiek *authentication* „tworzy” *electronic signature* w rozumieniu UETA, czyli skutki prawne wywołane *authentication* są niejako absorbowane na grunt regulacji *electronic signature*.

Inne ujęcie definityjne w zakresie podpisu występuje w artukule 2 i 7 UCC. Zgodnie z § 2-103.(1).(p) i § 7-102.(a).(11) UCC podpis to wyrażenie intencji poświadczenia lub użycie zapisu (ang. *record*) poprzez stworzenie, lub użycie materialnego symbolu albo połączenie lub logiczne powiązanie z zapisem elektronicznym dźwięku, symbolu lub procesu. Natomiast § 2-103.(1).(m) i § 7-102.(a).(10) UCC ustanawiają definicję *record* w identycznym brzmieniu jak § 9-102.(a).(69) UCC.

Definicja podpisu elektronicznego (ang. *electronic signature*)

Sec.106.(5) E-sign Act i sec.2.(8) UETA stanowi, że podpis elektroniczny oznacza elektroniczny dźwięk, symbol lub proces, dołączony lub logicznie powiązany z umową, lub innym *record* i stworzony lub użyty przez osobę z zamiarem podpisania *record*. Z kolei sec.106.(2) E-sign Act i sec.2.(5) UETA stanowi, że *electronic* znaczy odnoszący się do technologii (o właściwości) elektrycznej, cyfrowej, magnetycznej, bezprzewodowej, optycznej, elektromagnetycznej lub innej mającej podobne właściwości. *Record* to zgodnie z sec.106.(9) E-sign Act oraz sec.2.(13) UETA informacja, która jest zapisana na materialnym nośniku (środku) lub jest przechowywana na nośniku elektronicznym lub innym, przy czym jest możliwe jej odtworzenie w dostrzegalnej formie. Natomiast sec.106.(4) E-sign Act i sec.2.(7) UETA stanowi, że *electronic record* to umowa lub inny zapis stworzony, wygenerowany, wysłany, zakomunikowany, przekazany, otrzymany lub zgromadzony na nośniku elektronicznym. Jest to więc szczególny rodzaj *record*, obejmujący m.in. dane zgromadzone na dysku komputera lub dyskietce wiadomości poczty głosowej oraz

⁵ Jak się wydaje, przepisom prawa wzorcowego w USA zawsze towarzyszy oficjalny komentarz. W przypadku UETA zob. <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm>, dostęp na dzień 7.04.2010 r.

nagrania audio i wideo. Należy mieć na uwadze, że regulacje amerykańskie opierają się na zgodzie obu stron do dokonywania czynności z zastosowaniem podpisu elektronicznego. Jednak ustalenie, czy strony wyrażają taką zgodę, następuje nie tylko w oparciu o wprost wyrażone oświadczenie w tym kierunku, ale również może wynikać z kontekstu sytuacji, jak też innych okoliczności towarzyszących danej czynności⁶.

W zasadzie klasyfikacja podpisów elektronicznych jest możliwa tylko w oparciu o kryteria nawiązujące do zagadnień technologicznych. Jeśli regulacje konstruuje się w ten sposób, że nie preferuje się żadnego rozwiązania technologicznego, nie jest możliwe wskazanie konkretnych rodzajów podpisu elektronicznego. Na gruncie prawa federalnego oraz prawa wzorcowego regulację amerykańską można w tej kwestii scharakteryzować poprzez negatywne wskazanie, że nie wyodrębnia się obok zwykłego podpisu elektronicznego jakiejś szczególnej (zaawansowanej) jego formy. Za podpis elektroniczny, któremu należy przydać doniosłe skutki prawne, należy uznać każdy podpis elektroniczny, który jest wiarygodny, tj. możliwa jest identyfikacja poświadczającego oraz zamiaru, jaki mu przyswiecał przy podpisywaniu (w sensie „zamiaru poświadczenia”). Jak wcześniej wspomniano kwestia ta inaczej wygląda na gruncie prawa stanowego, na co wpływ miało choćby to, że regulacje stanowe często uchwalono wcześniej niż E-sign Act i UETA – najczęściej prawodawstwo stanowe datowane jest na drugą połowę lat dziewięćdziesiątych XX wieku. W związku z tym w regulacjach tych pojawia się pojęcie podpisu cyfrowego jako podpisu elektronicznego wykorzystującego technologię szyfrowania asymetrycznego. Uchwalenie E-sign Act, a zwłaszcza powstanie prawa wzorcowego UETA, spowodowało nowelizację dotychczasowych przepisów, jednak nie zawsze było to równoznaczne z prawną eliminacją instytucji podpisu cyfrowego. Częstym przypadkiem jest egzystowanie obok siebie regulacji podpisu elektronicznego i podpisu cyfrowego, przy czym skorzystanie z tych podpisów pociąga za sobą identyczne skutki prawne. Ogólnie można stwierdzić, że prawo poszczególnych stanów nie jest w pełni spójne pomiędzy sobą. Przykładowo w stanie Kalifornia, gdzie implementacji UETA, czy szerzej ujmując recypowania kwestii podpisu elektronicznego do systemu prawnego, dokonano poprzez zmianę *California Civil Code* z dnia 16 września 1999 r., kiedy to statuowano definicję podpisu elektronicznego (zob. § 1633.2. (h) tego aktu), jak również wyraźnie uregulowano skutki prawne skorzystania z tego podpisu (zob. § 1633.7. (a) tego aktu). W zasadzie powtórzono w tym zakresie postanowienia UETA⁷. Podobnie § 103 i § 303. (d) *Pennsylvania Electronic Transactions Act* z 16 grudnia 1999 r. Z kolei *New York Electronic Signatures Act* z dnia 25 stycznia 1999 r. stanowi o dwóch rodzajach podpisu: *digital and electronic signatures*, przy czym nie zróżnicowano skutków prawnych ich zastosowania. Natomiast *Illinois Electronic Commerce Security Act* z 14 sierpnia 1998 r. ustanawia aż trzy rodzaje podpisów: *electronic signa-*

*tures, secure electronic signatures and digital signatures*⁸. W prawie stanu Floryda spotykamy poniekąd dwoistą regulację. Przepisy sec. 668.001-668.006 *Florida Electronic Signature Act*, odnoszą się ogólnie do *electronic signatures*, zaś sec. 668.50 dotyczy wyłącznie UETA. Zgodnie z sec. 668.003. (3) *Florida Electronic Signature Act* podpis cyfrowy (*digital signatures*) to rodzaj podpisu elektronicznego, który przekształca wiadomość używającą szyfrowania asymetrycznego tak, że osoba mająca wiadomość i publiczny klucz sygnatariusza może dokładnie ustalić: (a) czy przekształcenie zostało dokonane z użyciem prywatnego klucza, który odpowiada publicznemu kluczowi sygnatariusza; (b) czy wiadomość była zmieniana, odkąd dokonano przekształcenia. Para kluczy oznacza „zestaw” składający się z prywatnego klucza i jego odpowiednika – klucza publicznego. Szyfrowanie asymetryczne jest algorytmem lub seriami algorytmów, które określają parę kluczy. Natomiast, zgodnie z pkt 4 przytoczonego przepisu, elektroniczny podpis oznacza jakiegokolwiek litery lub znaki, które zostały ujawnione elektronicznie lub w podobny sposób, wykonane lub użyte przez stronę z zamiarem poświadczenia pisma. Pismo jest podpisane elektronicznie, jeśli podpis elektroniczny jest logicznie powiązany z tym pismem. W przepisie dotyczącym skutków prawnych posłużenia się podpisem elektronicznym (faktycznie zrównanie go z podpisem tradycyjnym) nie ma mowy o szczególnych skutkach złożenia podpisu cyfrowego, jest mowa o podpisie elektronicznym, którego jednym z rodzajów jest podpis cyfrowy⁹.

W kontekście rodzajów podpisu elektronicznego omówienia wymaga kwestia poświadczania (podpisu lub umowy) przez notariusza lub inny organ władzy publicznej. Zgodnie z sec.101. (g) E-sign Act i sec.11 UETA, zadość temu wymogowi czyni złożenie podpisu elektronicznego przez właściwą osobę poświadczającą. Jak podniesiono w oficjalnym komentarzu do UETA, nie oznacza to jednak zwolnienia osoby poświadczającej z innych obowiązków, których musi dopełnić przy poświadczaniu. Chodzi tutaj zwłaszcza o obowiązek identyfikacji np. strony umowy, który często realizowany będzie poprzez osobisty kontakt tej strony i osoby poświadczającej¹⁰.

Podmioty uprawnione do posługiwania się podpisem elektronicznym

Podobnie jak ustawa modelowa UNICITRAL, prawo amerykańskie dopuszcza szeroki krąg podmiotów mogących posługiwać się podpisem elektronicznym, co w zasadzie oznacza nieograniczanie użytkowania podpisu elektronicznego wyłącznie do osób fizycznych. Mianowicie regulacje amerykańskie posługują się kategorią *person* na określenie w zasadzie każdego podmiotu prawa lub podmiotu handlowego, wymieniając przykładowo w sec.106. (8) E-sign Act oraz sec.2. (12) UETA: osoby indywidualne (*individual*), spółki, zarząd powierniczy, stowarzyszenia (*corporation, business trust, estate, trust, partnership, limited liability company, association, joint venture*) i podmioty publiczne (*governmen-*

⁶ Por. w tym zakresie rozważania Z. Radwańskiego na gruncie prawa polskiego: Z. Radwański, *Elektroniczna forma czynności prawnej*, Monitor Prawniczy 2001, nr 22, s.1113; Z. Radwański, Uwagi ogólne o zakresie stosowania formy elektronicznej w prawie cywilnym, *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1306; Z. Radwański, w: *System Prawa Prywatnego: Prawo cywilne – część ogólna. T. 2*, Z. Radwański (red.), Warszawa 2008, s. 171.

⁷ Por. A. Ambroziewicz, *Podpis elektroniczny – pojęcie i funkcje w obrocie*, Przegląd Sądowy, 1, 2001, s. 106.

⁸ G. J. Ferguson, O. J. Armas, *Enforcing electronic contracts in The Americas*, International Company and Commercial Law Review 1999, Spe, s. 102 i nt.

⁹ Sec. 668.004 *Florida Electronic Signature Act*: Unless otherwise provided by law, an electronic signature may be used to sign a writing and shall have the same force and effect as a written signature.

¹⁰ L. Plimpton, *The Arizona Electronic Transactions Act*, Arizona Attorney 2000, 11, s. 39.

tal agency, public corporation). Zauważyć jednak należy, że prawo amerykańskie przywołuje, w kontekście podpisu elektronicznego, specyficzną kategorię *person*, jaką są konsumenci, których, zwłaszcza E-sign Act (zob. sec.101. (c)) szczególnie chroni poprzez m.in. zaostreżenie wymogów co do ich zgody na stosowanie wobec nich środków komunikacji elektronicznej. Sec.106. (1) E-sign Act stanowi, że konsumentem jest osoba indywidualna, która w drodze umowy nabywa produkt lub usługę użytku osobistego, rodziny lub celów gospodarstwa domowego, jak również pełnomocnika takiej osoby.

Szerokie zakreślenie ram podmiotowych nie oznacza, że podpis elektroniczny w rozumieniu E-sign Act znajduje zastosowanie do wszystkich czynności prawnych. E-Sign Act nie ma zastosowania do elektronicznych transakcji obejmujących: testamenty, kodycyły i testamentowe zarządy powiernicze; przysposobienia, rozwody i inne sprawy rodzinne; do regulacji UCC, wyjąwszy §§ 1-107,2-206 i Artykuły 2 i 2A; i inne wskazane w przepisach E-sign Act. Podobnie jest w przypadku UETA¹¹.

Skutki prawne opatrzenia danych podpisem elektronicznym

Przepis sec.101. (a). (1) E-sign Act stanowi, że podpisowi, umowie lub innemu zapisowi związanemu z *transaction* nie mogą zostać odmówione skutki prawne (obowiązywanie, moc prawna i wykonalność) tylko dlatego, że są sporządzone w formie elektronicznej. Dalej pkt (2) mówi, że umowie związanej z *transaction* nie mogą zostać odmówione skutki prawne (obowiązywanie, moc prawna i wykonalność) tylko dlatego, że podpis elektroniczny lub elektroniczny zapis został użyty w takiej formie. Należy również wskazać, że zgodnie z sec.106. (13) E-sign Act, *transaction* to czynność lub zespół czynności odnoszących się do prowadzenia działalności gospodarczej, czynności konsumenckich lub innych handlowych zdarzeń prawnych między dwoma lub więcej osobami, dokonującymi jakiegokolwiek z następujących czynności: (A) sprzedaż, najem, wymiana, udzielenie licencji lub innej czynności (i) mającej za przedmiot majątek, w tym dobra materialne i niematerialne; (ii) usługi; (iii) oraz jakiegokolwiek kombinacje powyższych; (B) sprzedaż, najem, wymianę licencji lub inną czynność związaną z własnością lub kombinacją powyższych.

Przepisy sec.7 UETA zawierają podobne postanowienia. I tak lit. (a) stanowią, że zapis lub podpis nie może zostać uznany za niewywołujących skutków prawnych tylko dlatego, że jest w formie elektronicznej. Lit. (b) stanowi z kolei, że umowa nie może zostać uznana za niewywołującą skutków prawnych tylko dlatego, że elektroniczny zapis został użyty w takiej formie. W myśl lit. (c), jeżeli wymagane jest sporządzenie zapisu na piśmie, elektroniczny zapis spełnia taki warunek. Lit. (d) stanowi zaś, że jeżeli prawo wymaga podpisu, podpis elektroniczny czyni zadość takiemu wymogowi. Szczęólnego rozważania wymagają przywołane lit. (c) i (d). Jak podnosi się w oficjalnym komentarzu do UETA, celem tych przepisów jest uprawomocnienie dokonywania zapisów elektronicznych i podpisów elektronicznych jako ekwiwalentów pisma, przydając tym pierwszym moc równoważną zapisom papierowym i podpisom własnoręcznym. Przepis sec.13 UETA ponadto stanowi odnośnie różnego typu procedur, że dowód w postaci zapisu lub podpisu nie może zastać odrzu-

cony tylko z powodu formy elektronicznej. E-sign Act nie zawiera wprost postanowień odnośnie zrównania pod względem skutków prawnych formy elektronicznej z formą pisemną, jak to stanowi sec.7. (c) i (d) UETA, jednak z brzmienie sec.101. (c). (1) E-sign Act odwołującego się do lit. (a) tego przepisu, można wywieść zrównanie formy elektronicznej z formą pisemną (*"the use of an electronic record to provide or make available such information satisfies the requirement that such information be in writing"*).

Należy również zwrócić uwagę na regulację dotyczącą elektronicznego agenta (*electronic agent*), której zadaniem jest wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości pojawiających się w sytuacji, gdy wszystkie strony transakcji nie uczestniczą bezpośrednio w jej zawarciu, a czynności niejako bezpośrednio, w imieniu tych osób, dokonuje elektroniczny agent. Zgodnie z sec.101. (h) E-sign Act, umowie lub innemu zapisowi odnoszącemu się do transakcji nie mogą zostać odmówione skutki prawne (obowiązywanie, moc prawna i wykonalność) tylko dlatego, że została stworzona lub doręczona przez jednego lub więcej elektronicznych agentów (pośredników), tak długo jak czynności elektronicznego agenta są przypisane związanej z nim osobie. Przepisy UETA natomiast wiążą pojęcie elektronicznego agenta z transakcją automatyczną (*automated transaction*) – regulacji tej poświęcona jest sec.14 UETA, *automated transaction* została zaś zdefiniowana w sec.2. (2) UETA.

Pojęcie elektronicznego agenta wyjaśnione jest w sec. 106. (3) E-sign Act i sec.2. (6) UETA stanowiących, że jest to program komputerowy lub jakiegokolwiek automat, który niezależnie inicjuje czynność lub odpowiada przy sporządzaniu elektronicznego zapisu, lub wykonuje go w całości, lub części, bez wglądu lub ingerencji osoby w czasie tej czynności lub odpowiedzi. Sec.2. (3) UETA zawiera ponadto definicję programu komputerowego.

Weryfikacja podpisu elektronicznego

Neutralność technologiczna powoduje, że nie ma w prawie federalnym i wzorcowym wskazanej żadnej konkretnej technologii, która umożliwiałaby weryfikację nadawcy lub treści zapisu elektronicznego. W związku z tym nie ustanowiono szczególnego rodzaju podpisu elektronicznego. Można jedynie powołać się na praktykę. Według wytycznych *American Bar Association* certyfikat to wiadomość, która co najmniej: a) identyfikuje wydawcę certyfikatu, b) nazywa i identyfikuje podpisującego, c) zawiera klucz publiczny podpisującego, d) określa okres ważności, e) jest cyfrowo podpisana przez wydawcę certyfikatu¹².

W prawodawstwie niektórych stanów, jak wcześniej omówiono, występuje obok podpisu elektronicznego – podpis cyfrowy, który wykorzystując technologie szyfrowania asymetrycznego, wymaga istnienia instytucji *certificate* (pol. certyfikatu). Przykładem jest prawo stanu Floryda, gdzie sec. 668.003. (1) *Florida Electronic Signature Act* stanowi, że *certificate* oznacza komputerowy zapis, który: (a) identyfikuje *certification authority* (pol. jednostkę certyfikacyjną), (b) identyfikuje składającego, (c) zawiera publiczny klucz składającego, (d) jest cyfrowo podpisany przez *certification*

¹¹ S. E. Blythe, *Digital...*, s. 32-33; G. L. Berenstein, Ch. E. Campbell, *Electronic...*, s. 2.

¹² J. Gawęł, M. Świerczyński, *Podpis elektroniczny*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2001, 1, s. 199.

authority. Zgodnie z pkt 2 *certification authority* oznacza osobę, która wydaje *certificate*.

Sec. 2. (14) UETA definiuje pojęcie procedury bezpieczeństwa, czyli postępowania podjętego w celu weryfikacji, że elektroniczny podpis, zapis lub świadczenie pochodzi od określonej osoby lub w celu wykrycia zmian i błędów w informacji zapisanej elektronicznie. Postępowanie obejmuje użycie algorytmów lub innych kodów, identyfikujących słów, numerów, szyfrów, rozmowy zwrotnej lub inne.

Według oficjalnego komentarza do UETA procedura bezpieczeństwa może zostać zastosowana, aby zweryfikować elektroniczny podpis, zweryfikować tożsamość nadawcy lub zapewnić integralność elektronicznego zapisu. Definicja nie wskazuje jakiejś szczególnej technologii temu służącej. Pozwala to wykorzystać takie sposoby, które strony wybiorą, lub które są im nakazane regulaminowo, co z kolei zwiększa stopień elastyczności stosunków pomiędzy stronami i jednocześnie uwzględnia ewentualny przyszły rozwój technologiczny. Statuowana w UETA definicja jest względnie szeroka. Procedura bezpieczeństwa nie jest obowiązkowa, jest jedynie metodą wykazania źródła lub zawartości zapisu elektronicznego lub podpisu elektronicznego. Procedura bezpieczeństwa może być technologicznie bardzo wyszukana, tak jak np. szyfrowanie (kryptografia) asymetryczne. Jednak może być również skrajnie prosta, przykładowo wykorzystując rozmowę telefoniczną potwierdzającą tożsamość wcześniejszego nadawcy przez inny kanał komunikacji. Każdy z tych przykładów jest metodą potwierdzania tożsamości osoby lub dokładności wiadomości.

Podsumowanie

Regulacja podpisu elektronicznego w prawie amerykańskim jest o tyle skomplikowana i w pewnym zakresie niejasna, że obowiązują jednocześnie, niejako obok siebie, przepisy prawa federalnego i prawa stanowego. Co do tego ostatniego sytuacja znacznie uprościła się wskutek coraz większego rozpowszechnienia, a tym samym implementacji postanowień UETA, będących w tej mierze prawem wzorcowym. Cechą regulacji federalnej (E-sign Act) i UETA, podobnie jak w przypadku ustawy modelowej UNICITRAL, jest ścisłe trzymanie się zasady technologicznej neutralności. Niemniej w prawie stanowym spotkać można wciąż obowiązujące pozostałości po regulacjach powstałych jeszcze przed E-sign Act i UETA, które nierzadko szeroko odwołują się do koncepcji podpisu cyfrowego. Wydaje się jednak, że choć sytuacja prawna jest w tej mierze strukturalnie skomplikowana, to jednak nie stanowi to „zapory” dla wykorzystywania podpisu elektronicznego w obrocie gospodarczym.

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE KARNYM

DR MICHAŁ BERNACZYK¹, MGR ANNA PRESZ²

KARNOPRAWNA OCHRONA DOSTĘPU DO INFORMACJI PUBLICZNEJ W DZIAŁALNOŚCI PROKURATURY I SĄDÓW POWSZECHNYCH³. CZĘŚĆ I

1. Wstęp

Niniejszy artykuł powstał w celu dostarczenia organom ochrony prawa teoretycznego i praktycznego aparatu służącego wykrywaniu i ściganiu przestępstwa nieudostępnienia informacji publicznej z art. 23 ustawy z dnia 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (dalej jako: u.d.i.p.)⁴. Przedłożone opracowanie opiera się na kilkuletnich doświadczeniach związanych z wdrażaniem u.d.i.p., a także stanowi konstruktywną polemikę z poglądami nauki dot. karalności nieudostępnienia informacji publicznej. Omawiana ustawa weszła w życie 1.01.2002 r. i przez lata doczekała się obfitego orzecnictwa sądów administracyjnych, rzadziej ze strony powszechnych. Nie szczędzono jej artykułów i opracowań komentarzowych. Wkład teorii i sądowej praktyki we wdrażanie u.d.i.p. załamał się jednak na obszarze karnoprawnej ochrony prawa do informacji publicznej. W piśmiennictwie odnotowujemy pogląd, że omawiany przepis, chroniący konstytucyjne prawo do informacji, pozostaje bez większego znaczenia dla prokuratury i sądów karnych⁵. Jest to intrygujące spostrzeżenie, ponieważ w praktyce istnieje istotna dysproporcja pomiędzy bezprawną odmową dostępu do informacji, a liczbą skazanych za nieudostępnienie informacji publicznej. Zakładamy, że wynika to ze złożoności zagadnienia, które wymaga obszernej, popartej orzecnictwem, wiedzy z prawa karnego, prawa konstytucyjnego lub prawa administracyjnego. Abstrahując od dyskusji nad barierami mentalnymi i brakiem „otwartości”, transparentności władz publicznych w Polsce, to właśnie w „interdyscyplinarności” problemu upatrujemy zasadniczą przeszkodę w egzekwowaniu odpowiedzialności karnej z art. 23 u.d.i.p.

Polski model ochrony prawa do informacji publicznej nie zna wyspecjalizowanego organu powołanego do ochrony tego prawa. Brakuje *ombudsmana* ds. informacji, który pełniłby funkcję pewnego ustrojowego „bufora” w sporze obywatela z władzą o treść i granice prawa do informacji publicznej. Z perspektywy lat pojawiły się głosy krytyczne, twierdzące, że ustawodawca zbyt pochopnie zrezygnował z organu rzecznikowskiego lub admini-

stracyjnego⁶. Ustawa o dostępie do informacji publicznej opiera się na założeniu, że ochrona dostępu do informacji będzie realizowana przez sądy powszechne i administracyjne. W efekcie poruszamy się w mozaice sądowych środków weryfikacji dostępu do informacji – od ochrony udzielanej przez sądy administracyjne (art. 21 u.d.i.p.), cywilne (art. 22 u.d.i.p.), aż po analizowaną tutaj sankcję wymierzaną przez sąd karny (art. 23 u.d.i.p.).

Obserwując kontrowersje wokół niektórych koncepcji proponowanych w judykaturze, nie zapominamy, że wykładnia lakonicznych przepisów u.d.i.p. stanowi przyczynek do dyskusji nad aktywizmem sądów administracyjnych, które *de facto* umożliwiły zrozumienie i wdrożenie tej ustawy. Tytułem przykładu: pojęcie „informacja o sprawie publicznej” (art. 1 ust. 1 u.d.i.p.) jest „pojęciem-kluczem” dla określenia treści prawa do informacji. Bez niego nie sposób stwierdzić, czego ma dotyczyć poszukiwana informacja, a zatem do czego w istocie ma prawo każdy zainteresowany. Ustawowej „definicji” zarzuca się klasyczny błąd logiczno-językowy (*idem per idem*)⁷. Jeżeli jednak sięgniemy do dorobku orzeczniczego sądów administracyjnych, to relatywnie często stykamy się z definicjami opisowymi konstruowanymi w odniesieniu do określonego stanu faktycznego. Może to jednak budzić opór sądu powszechnego, który, stosując art. 23 u.d.i.p., staje w obliczu obszernego „prawa sędziowskiego”⁸, kontrowersyjnego ze swej istoty, a w dodatku ukształtowanego w innym pionie wymiaru sprawiedliwości. Nie dziwią więc postulaty, aby warunkiem wstępnym pociągania do odpowiedzialności za czyn z art. 23 u.d.i.p. była eliminacja z obrotu prawnego wadliwych rozstrzygnięć indywidualnych wydanych w trybie u.d.i.p. lub stwierdzenie beczynności podmiotu zobowiązanego⁹. Z punktu widzenia kognicji sądu powszechnego nie jest to konieczne, ale nie można przemilczeć, że prokuratorzy posiadają środki zmierzające do usunięcia z obrotu prawnego prawnych form działania administracji sprzecznych z u.d.i.p. oraz ugruntowanymi poglądami judykatury (zob. art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 20.06.1985 r. o Prokuraturze¹⁰). W praktyce dostrzegamy aktywność prokuratury, nie tyle w eliminowaniu wadliwych rozstrzy-

¹ dr Michał Bernaczyk – adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa Administracji i Ekonomii U.Wr., współpracownik Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej WPAiE U.Wr., aplikant radcowski OIRP we Wrocławiu.

² mgr Anna Presz – asesor Prokuratury Rejonowej w Wołowie, absolwentka Wydziału Prawa Administracji i Ekonomii U.Wr.

³ Praca naukowa finansowana na podstawie decyzji Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego ze środków na naukę w latach 2009-2011 jako projekt badawczy własny nr NN110058236.

⁴ Dz. U. z 2001 r., Nr 112, poz. 1198 ze zm.

⁵ S. Hoc, *Karnoprawna ochrona informacji*, Opole 2009, s. 178. Autor twierdzi, że „w praktyce przepis art. 23 ustawy [o dostępie do informacji publicznej – M.B., A.P.] jest przepisem martwym, nikt nie został z niego skazany, a w skali kraju toczyło się tylko kilka postępowań”, Op. cit., s. 178.

⁶ Zob. T. Górzyńska, *Podsumowanie (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?”* zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 137.

⁷ „Każdą informacją o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie”.

⁸ Zob. Z. Kmiecik, *Prawotwórstwo sędziowskie w sferze jurysdykcji sądów administracyjnych*, Państwo i Prawo z 2006 r., z. 12, s. 23-24.

⁹ Zob. teza nr 2 w komentarzu do art. 23 u.d.i.p. (w:) M. Kłaczynski, S. Szuster, *Komentarz do art. 23 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej*, SIP LEX 2003. Zob. także art. 3 ust. 1 pkt 6 oraz art. 5 ustawy z 20.06.1985 r. o prokuraturze (Dz.U. z 2008 r. Nr 7, poz. 39 – t. j. ze zm.).

¹⁰ Dz.U. z 2008 r. Nr 7, poz. 39 ze zm.

nień indywidualnych, ile normatywnego otoczenia dostępu do informacji¹¹. Jest to zagadnienie równie istotne dla karnoprawnej oceny zachowań ewentualnych sprawców. Jeżeli na podstawie niejasnego i dysfunkcyjnego art. 15 u.d.i.p. podmiot władzy publicznej wydaje akty prawa miejscowego (lub akty prawa wewnętrznie obowiązującego¹²) zobowiązujące urzędnika np. do pobierania kwoty na poziomie 1000 złotych¹³ tytułem „dodatkowych kosztów udostępnienia informacji”, to wśród zainteresowanych łatwo wytworzyć przeświadczenie, że wysoki koszt udostępnienia abstrahuje od ochrony interesów majątkowych władzy publicznej, lecz ma przede wszystkim zniechęcać obywateli do korzystania z prawa do informacji. Z drugiej strony potencjalny sprawca nierzadko nie ma powodu, aby negować swe związanie aktami prawa wewnętrznie obowiązującego.

Dostrzegając złożoność problemów, pozostajemy z nadzieją, że niniejszy artykuł przyczyni się do wykrystalizowania przesłanek odpowiedzialności karnej za nieudostępnienie informacji publicznej.

Zgodnie z art. 23 u.d.i.p. „**кто wbrew ciężącemu na nim obowiązowi, nie udostępni informacji publicznej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do roku**”.

Typ czynu zabronionego określony w tym przepisie stanowi występki umyślny, formalny (bezsukutowy), przybierający formę zaniechania i ścigany z oskarżenia publicznego. W toku dalszych wywodów omówimy przedmiot ochrony, podmiot, stronę podmiotową i przedmiotową czynu zabronionego, łącząc te wątki z (nierazko spornymi) poglądami sądów administracyjnych na temat treści prawa do informacji publicznej i przesłanek jego ograniczenia.

2. Przedmiot ochrony

Przedmiotem ochrony normy z art. 23 u.d.i.p. jest prawo obywatela do uzyskania informacji publicznej. Prawo to ma swoje źródło w art. 61 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.4.1997 r. (dalej jako: Konstytucja)¹⁴, którego ust. 1 stanowi, iż „obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne”, ponadto „o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”¹⁵. Artykuł 61 ust. 2 Konstytucji dodaje, iż „prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej

pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu”. Zgodnie z art. 61 ust. 4 Konstytucji „tryb udzielania informacji, o których mowa w ust. 1 i 2 określają ustawy, a w odniesieniu do Sejmu i Senatu ich regulaminy”.

Artykuł 61 Konstytucji jest publicznym prawem podmiotowym o charakterze politycznym¹⁶. Przesądza o tym usytuowanie w podrozdziale poświęconym wolnościom i prawom politycznym oraz kategoryczne sformułowanie wskazujące na tzw. polityczne prawo o charakterze pozytywnym¹⁷. Uprawnienie jest swoistym przejawem kontroli jednostki nad władzą publiczną w zakresie jej funkcjonowania i umożliwia sprawdzenie, w jaki sposób władza ta korzysta ze swych kompetencji i wykonuje zadania publiczne. Prawo do informacji ma też fundamentalne znaczenie dla działalności środków masowego przekazu, których swoboda jest integralną częścią ustroju Polski (art. 14 Konstytucji RP). Zgodnie z art. 3a ustawy z dnia 26.01.1984 r. Prawo prasowe¹⁸: „w zakresie prawa dostępu prasy do informacji publicznej stosuje się przepisy ustawy z dnia 6.9.2001 r. o dostępie do informacji publicznej”.

Nie jest naszym zadaniem szczegółowa analiza art. 61 Konstytucji, ponieważ przeprowadzono ją w nauce prawa konstytucyjnego¹⁹. Z punktu widzenia roli prokuratury i sądów karnych w ochronie prawa do informacji najistotniejsze jest spostrzeżenie, że Konstytucja poddaje się, z pewnymi wyjątkami²⁰, względnie czytelnemu podziałowi publicznych praw podmiotowych na „wolności” i „prawa”²¹. Należy odróżniać sytuację, w której jednostka pozyskuje informacje samodzielnie, wolna od zewnętrznej ingerencji władz publicznych (art. 54 Konstytucji). W przypadku kolizji interesu publicznego z „wolnością”, domniemanie przemawia na korzyść tej ostatniej (zob. art. 31 ust. 1 Konstytucji), a rola ustawodawcy sprowadza się do precyzyjnego wytyczenia granic ingerencji. W przypadku „praw” to ustawodawca określa od początku do końca ich treść, mając za punkt wyjścia istotę prawa określonego na poziomie Konstytucji. Jego rola i swoboda jest więc zdecydowanie większa niż w przypadku wolności. Zwracamy uwagę, że art. 23 u.d.i.p. chroni prawo do informacji z art. 61 Konstytucji, a nie „wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji” z art. 54 Konstytucji. Naszym zdaniem istnieje kapitalna różnica pomiędzy obowiązkiem państwa do „nieprzeszkadzania w pozyskiwaniu informacji” (art. 54), a obowiązkiem „świadczenia informacją” (art. 61) i taki kierunek potwierdza większość polskiej doktryny²². Są to dwa

¹¹ Zob. wyrok WSA w Rzeszowie z 7.11.2007 r., II SA/Rz 438/07, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

¹² Wyrok WSA z 24.01.2008 r., II SA/Sz 1006/07, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

¹³ Por. stan faktyczny opisany w: wyroku WSA z 14.05.2009 r. (II SA/Op 114/09), postanowienie NSA z 3.04.2008 r. (I OSK 950/07)

¹⁴ Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹⁵ Zwracamy uwagę, że dokonując uszczegółowienia ustawodawca operuje pojęciem „każdy” (art. 2 ust. 1 u.d.i.p.). Doktryna nie widzi przeszkód dla rozszerzenia prawa do informacji na poziomie ustawowym z uwagi na różnicę pomiędzy „obywatelem” a „obywatelem polskim” (zob. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwzględnie obowiązującego udostępnienia informacji publicznej, Warszawa 2008, s. 45-50 i powołana tam literatura). W praktyce może to oznaczać ściganie przestępstwa z art. 23 u.d.i.p. na wniosek pokrzywdzonych osób fizycznych nieposiadających polskiego obywatelstwa (cudzoziemców, apatrydów), a także osób prawnych właściwie reprezentowanych (por. wyrok WSA w Warszawie z 30.04.2007 r., II SA/Wa 2404/06, opubl. w SIP LEX nr 319393).

¹⁶ Por. M. Bernaczyk, Prawo do informacji publicznej traci wyłącznie polityczny charakter, „Rzeczpospolita - Prawo co dnia”, nr 127 z dnia 1.06.2007 r.

¹⁷ M. Bernaczyk, Obowiązek bezwzględnie obowiązującego udostępniania..., s. 26.

¹⁸ Dz. U. z 1984 r. Nr 5, poz. 24 ze zm.

¹⁹ Zob. B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2009, s. 306-319; W. Sokolewicz, Komentarz do art. 61 Konstytucji (w:) L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. IV, Warszawa 2005.

²⁰ Por. J. Ciapała, Konstytucyjna regulacja praw podmiotowych. Podstawowe konsekwencje prawne dla ustawodawcy [w:] J. Ciapała, K. Flaga-Wieruszyńska (red.), Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych. Zbiór studiów, Szczecin 2006, s. 43-44.

²¹ Rozróżnienia dokonuje się poprzez odniesienie do rzymskiej koncepcji różnicy pomiędzy prawem, a wolnością oddawaną poprzez negatywną (non facere) bądź pozytywną (dare, facere, prestare) korelację obowiązku władz publicznych względem podmiotu konstytucyjnych publicznych praw podmiotowych. Zob. L. Wiśniewski, Prawo a wolność człowieka – pojęcie i konstrukcja prawna [w:] Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona, L. Wiśniewski (red.), Warszawa 1997, s. 53.

²² L. Wiśniewski stanowczo rozróżniając art. 54 i 61 Konstytucji, pisze, że „tam właśnie [w art. 61 Konstytucji – M.B., A.P.] zamieszczone zostało prawo roszczeniowe obywatela do uzyskania oświadczenia lub za pośrednictwem mediów informacji o działalności organów władzy oraz osób pełniących funkcje publiczne”; zob. L. Wiśniewski, Wolność prasy w świetle Konstytucji RP, ustaw oraz wiążącego Polskę prawa międzynarodowego. Problemy podstawowe (w:) D. Górecki (red.), Wolność słowa w mediach. XLV Ogólnopolska konferencja katedr i zakładów prawa konstytucyjnego, Spała 2003 r., Łódź 2003, s. 23. P. Sarnecki rów-

odmienne publiczne prawa podmiotowe, chociaż to ostatnie powstało jako reakcja na niedostatki „swobodnego” pozyskiwania informacji o działalności władzy publicznej²³. Ich wspólnym mianownikiem jest „informacja” i być może to powoduje ich błędne utożsamianie ze sobą²⁴. Informacja pozyskana jako skutek wolności głoszenia poglądów może być informacją „o władzy publicznej”, ale niekoniecznie jest już informacją uzyskaną „od władzy”.

W praktyce może dojść do zbiegu tych dwóch zagadnień, ponieważ spoiwem problematyki są przedstawiciele mediów. Zwróćmy uwagę, że *massmedia* mogą pozyskiwać określone informacje o władzy publicznej na „własną rękę” (np. w drodze tzw. „śledztwa dziennikarskiego” bez aktywnego udziału władzy publicznej), ale równie dobrze mogą wystąpić o nią – jak każdy inny obywatel – w trybie u.d.i.p. Z powodu ustawowego obowiązku należytej staranności i ryzyka odpowiedzialności karnej za naruszenie czci²⁵, dziennikarz we własnym interesie powinien za pomocą u.d.i.p. podjąć próbę weryfikacji²⁶ informacji zebranych „samodzielnie”, o ile w danym stanie faktycznym u.d.i.p. w ogóle znajdzie zastosowanie. Nie wykluczamy, że weryfikacja prawdziwości informacji, w trybie u.d.i.p. lub art. 11 prawa prasowego, zebranych uprzednio przez dziennikarza „na własną rękę”²⁷, może mieć wpływ na budowanie wzorca należytej staranności (art. 12 ust. 1 pkt 1 prawa prasowego) „o szczególnie surowych i wymagających kryteriach”, z którym należy porównywać każdorazowe „kwestionowane zachowanie dziennikarza podczas wykorzystywania zebranych informacji”²⁸. Poza zakresem naszego zainteresowania pozostaje natomiast swoiste „dziennikarskie prawo do informacji” zawarte w art. 11 ust. 2 Prawa prasowego i związany z nim przepis karny (zob. art. 49 Prawa prasowego). To uprawnienie stanowi w naszym systemie prawnym pewną „wartość dodaną” do omawianego przez nas „obywatelskiego” prawa do informacji. Jak trafnie stwierdza J. Sobczak „dziennikarskie prawo do informacji posiada dwie postaci. Z jednej strony dziennikarz – tak jak każdy obywatel – ma prawo do informacji publicznej (...). Z drugiej strony posiada wynikające z treści art. 11 ust. 1 pr. pras. specjalne <<dziennikarskie>> prawo do informacji. Temu ostatniemu prawu odpowiada ustanowiony w art. 4 prawa prasowego obowiązek udzielania informacji, ciążyący na podmiotach wymienionych w tym przepisie”²⁹.

Należy więc patrzeć na funkcję karnoprawnej ochrony prawa do informacji publicznej w szerokim kontekście, mając na uwadze, że chroni się nie tylko narzędzie kontroli pomocne społeczeństwu

obywatelskiemu, ale i instrument sprzyjający funkcjonowaniu prasy i innych środków społecznego przekazu (art. 14 Konstytucji).

3. Podmiot czynu zabronionego

3.1. Relacja pomiędzy sprawcą a „podmiotem zobowiązanym do udostępnienia informacji publicznej”

Przestępstwo z art. 23 u.d.i.p. ma charakter przestępstwa indywidualnego właściwego³⁰. Podmiot jest oznaczony poprzez sformułowanie: „kto wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi”. Oznacza to, że sprawcą może być jedynie osoba o szczególnych właściwościach, tzn. taka, na której ciążył obowiązek udostępnienia informacji publicznej. Obowiązek powstaje z chwilą **objęcia kierownictwa w podmiocie wymienionym w art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p.** albo z chwilą **objęcia innej funkcji w strukturze organizacyjnej takiego podmiotu, o ile wraz z nią powierzono obowiązek udostępnienia informacji** (np. na podstawie umowy o pracę albo w ramach innego stosunku zatrudnienia opartego na właściwej pragmatyce służbowej³¹ lub Kodeksie pracy³²). Będzie to przede wszystkim osoba kierująca podmiotem wymienionym w art. 4 u.d.i.p., ale i podwładny, którego obowiązek został wyznaczony zakresem obowiązków pracowniczych, nierzadko dookreślonych na podstawie określonych aktów wewnętrznych, o czym będzie mowa dalej.

O przymiocie sprawcy decyduje pełnienie funkcji w podmiotach z art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p., który zawiera otwarty katalog „władz publicznych” oraz „innych podmiotów wykonujących zadania publiczne”, zaś art. 4 ust. 3 u.d.i.p. stwierdza, iż „obowiązane do udostępnienia informacji publicznej są podmioty, (...), będące w posiadaniu takich informacji”. W piśmiennictwie obszernie komentowano katalog podmiotów zobowiązanych, wskazując, że art. 4 ust. 1 u.d.i.p. nie jest dokładnym i wyczerpującym wyliczeniem³³. Zgodnie z art. 4 ust. 1 u.d.i.p. „obowiązane do udostępnienia informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne, w szczególności:

- 1) organy władzy publicznej³⁴;
- 2) organy samorządów gospodarczych i zawodowych³⁵;

niez oddzielił „wolność pozyskiwania informacji «na własną rękę»” (art. 54 Konstytucji RP) od prawa do informacji (art. 61 Konstytucji RP); zob. P. Samecki (w:) J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (red.), *Prawo mediów*, Warszawa 2005, s. 27. Odmienne – i naszym zdaniem błędne – pisze E. Czarny-Drożdżewski, która stwierdza, że prawo z art. 61 i 74 Konstytucji RP jest „odmianą prawa do informacji” określonego w art. 54 Konstytucji RP, a ten ostatni „jest nadrzędny m.in. w stosunku do art. 61 Konstytucji”, by w konkluzji stwierdzić, że „Konstytucja nie hierarchizuje praw w niej wyszczególnionych”; zob. E. Czarny-Drożdżewski, *Karna ochrona prawa do informacji publicznej*, *„Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”* 2005, z. 2, s. 150 i 175.

²³ Szerzej zob. M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwziostkowego udostępniania...*, s. 40.

²⁴ Krytycznie na ten temat zob. M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwziostkowego udostępniania...*, s. 26.

²⁵ Zob. uchwała SN z 17.04.1997 r., I KZP 5/97, OSNKW 1997, nr 5-6, poz. 44.

²⁶ Tak też postanowienie SN z 22.10.2008 r., III KK 137/08, Biul. PK 2009/2/48.

²⁷ O sposobach zbierania informacji pisze E. Czarny-Drożdżewski, *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniesławienia w środkach masowego komunikowania*, *Zakamycze* 2005, s. 123-127.

²⁸ Zob. uzasadnienie postanowienia SN z 7.02.2007 r., III KK 243/06, OSNKW 2007/5/43, Biul. SN 2007/5/17; wyrok SN z 15.03.2010 r., I CSK 291/09, niepubl.

²⁹ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 393-394.

³⁰ Podmiotem przestępstwa indywidualnego może być tylko osoba, która ma określone w ustawie właściwości (intra-neus), wyróżniające ją od innych osób (zwanych extra-neusami). Wśród przestępstw indywidualnych ze względu na podmiot rozróżnia się przestępstwa indywidualne właściwe oraz niewłaściwe. Pierwsze z nich znamionuje to, że indywidualne cechy (właściwości) podmiotu są warunkiem przestępności czynu. Natomiast cechą przestępstw indywidualnych niewłaściwych jest to, że indywidualna właściwość podmiotu wpływa na zastrzeżenie lub złagodzenie odpowiedzialności (przestępstwa kwalifikowane lub uprzywilejowane), a brak tej cechy plasuje czyn jako przestępstwo w typie podstawowym (powszechne). Andrzej Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 104-106.

³¹ Tytułem przykładu można wymienić: ustawę z 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. z 2008 r., nr 223, poz. 1458; zob. w szczególności art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy), ustawę z dnia 16.09.1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (Dz. U. z 2001 r., nr 86, poz. 953 - tekst jednolity ze zm.), ustawę z 21.11.2008 r. o służbie cywilnej (Dz. U. z 2008 r., nr 227, poz. 1505), ustawę z 18.12.1998 r. o pracownikach sądów i prokuratury (Dz. U. z 1998 r., nr 162, poz. 1125 ze zm.).

³² Dz. U. z 1998 r., Nr 21, poz. 94 – tekst jednolity ze zm.

³³ Zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, *Biuletyn Informacji Publicznej. Informatyzacja administracji*, Wrocław 2005, s. 115.

³⁴ Szerzej na ten temat zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, *Biuletyn Informacji Publicznej...*, s. 121-137; M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwziostkowego udostępniania...*, s. 214-224.

³⁵ Chodzi o podmioty powołane do życia na podstawie art. 17 ust. 1 (samorządy zawodowe) i art. 17 ust. 2 (samorządy gospodarcze) Konstytucji RP. Zob. K. Complik, *Normy pierwszego rozdziału Konstytucji RP*, Wrocław 2007, s. 162-165; M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwziostkowego udostępniania...*, s. 77, 224-225.

- 3) podmioty reprezentujące zgodnie z odrębnymi przepisami Skarb Państwa³⁶;
- 4) podmioty reprezentujące państwowe osoby prawne albo osoby prawne samorządu terytorialnego oraz podmioty reprezentujące inne państwowe jednostki organizacyjne albo jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego³⁷;
- 5) podmioty reprezentujące inne osoby lub jednostki organizacyjne, które wykonują zadania publiczne lub dysponują majątkiem publicznym, oraz osoby prawne, w których Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub samorządu gospodarczego albo zawodowego mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów”.

Praktyka orzecznicza nie napotkała większych trudności na obszarze art. 4 ust. 1 pkt. 1-4 u.d.i.p. Pomijamy rozważania nad desygнатem takich „organów władzy publicznej”, które bez trudu dają się zakwalifikować do któregoś z konstytucyjnych segmentów władzy publicznej. Zamiast tego zwracamy uwagę, że najwięcej kontrowersji powstawało na obszarze podmiotów wymienionych w art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p., który stanowi próbę uszczegółowienia pojęcia „innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa” (art. 61 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji)³⁸.

W piśmiennictwie dostrzeżono pewien rozdział między art. 61 ust. 1, zdanie drugie Konstytucji a art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. Wykładnia językowa Konstytucji sugeruje, że ze względu na użycie spójnika „i” obie cechy muszą wystąpić łącznie, co uważamy za uzasadniony pogląd. Odmienne rozumienie elementu „zadaniowego” i „majątkowego” zaprezentował W. Sokolewicz, zajmując stanowisko, że dla powstania obowiązków informacyjnych wystarczy wystąpienie tylko jednej z tych cech. Zdaniem powołanego autora wynika to ze specyfiki tekstu Konstytucji, wobec którego nie powinniśmy uznawać bezwzględnego pierwszeństwa wykładni językowej. Drugim argumentem jest założenie istnienia „racjonalnego ustrojodawcy”, który w interesie publicznym dążył do tego, „aby cała władza publiczna, we wszelkich jej postaciach, przejawach i aspektach spełniała warunek przejrzystości”, a wobec tego „nie ma żadnego rozsądnego powodu, aby [...] oczekiwać łącznego spełnienia obu tych kryteriów”³⁹.

Cytowany pogląd, wzbogacony o problematykę ustawową, spotkał się z krytyczną analizą piśmiennictwa. Jeśli bowiem interpretować „preambułę” art. 4 ust. 1 u.d.i.p. („Obowiązane do

udostępniania informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne, w szczególności: (...)” z uwzględnieniem zasad techniki prawodawczej⁴⁰, to dwukrotne przywołanie „wykonywania zadań publicznych” w art. 4 ust. 1 oraz sposób operowania spójnikiem „lub” w art. 4 ust. 1 pkt. 5 u.d.i.p. mogło sugerować, że ustawodawca „dostrzega potrzebę udzielania informacji publicznych przez podmioty reprezentujące tych, którzy zadań publicznych nie wykonują, a jedynie dysponują majątkiem publicznym”⁴¹. Problemy interpretacyjne powiększa użycie w art. 4 ust. 1 pkt. 5 u.d.i.p. enigmatycznego sformułowania „dysponowanie”, zamiast konstytucyjnego „gospodarowania”. Są to zbliżone zakresy znaczeniowe, ale niekoniecznie tożsame, zwłaszcza jeśli przyjrzymy się definicjom z zakresu publicznego prawa gospodarczego. M. Guziński uznaje, że „gospodarowanie mieniem publicznym polega niewątpliwie na podejmowaniu czynności faktycznych i prawnych, mających na celu wykorzystanie tego mienia w sposób zgodny z przeznaczeniem”, a „w skomplikowanym procesie gospodarowania mieniem publicznym organy Skarbu Państwa i organy poszczególnych wspólnot samorządowych podejmują, na podstawie przyznaných im prawem kompetencji, działania o charakterze cywilnoprawnym, jak i administracyjnoprawnym”⁴². Pod pojęciem „gospodarowania” kryją się więc czynności faktyczne i czynności prawne (cywilnoprawne, administracyjnoprawne), podczas gdy w niektórych ustawach pod pojęciem „gospodarowania” dominują czynności cywilnoprawne⁴³. „Dysponowanie” kojarzone w prawie cywilnym z możliwością używania, pobierania pożytków, rozporządzania lub z działaniami faktycznymi zmierzającymi do zachowania rzeczy wydaje się węższe znaczeniowo, aniżeli przedstawione wyżej pojęcie „gospodarowania”. Może się to wydawać naturalne, skoro przekazanie majątku publicznego do „dysponowania” następuje na rzecz podmiotów, które nie mają możliwości władczego działania charakterystycznego dla organów władzy publicznej (np. spółki komunalne lub komunalne zakłady budżetowe).

⁴⁰ Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych, Warszawa 1993, s. 150.

⁴¹ Zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 116-117. Zob. dalsze dot. statusu spółdzielni mieszkaniowych w świetle art. 4 ust. 1 pkt. 5 u.d.i.p.

⁴² Zob. M. Guziński, Wybrane zagadnienia zarządu mieniem publicznym (w:) A. Borkowski, A. Chelmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, Administracyjne prawo gospodarcze, Kolonia Limited 2000, s. 227.

⁴³ Ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. 2004 r. Nr 261, poz. 2603 t.j. ze zm.) zawiera dział II zatytułowany: „Gospodarowanie nieruchomościami stanowiącymi własność Skarbu Państwa oraz własność jednostki samorządu terytorialnego” (por. art. 12 i 13 ustawy). W ustawie z 30 maja 1996 r. o gospodarowaniu niektórymi składnikami mienia Skarbu Państwa oraz o Agencji Mienia Wojskowego (Dz.U. z 2004 r. Nr 163, poz. 1711 t.j. ze zm.) pojęcie „gospodarowania” służy do wyznaczenia zakresu przedmiotowego ustawy (art. 1 pkt 1 i 2 powołanej ustawy), wskazania podstawowego zadania Agencji Mienia Wojskowego (art. 7 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy). Zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 1-4 ustawy o gospodarowaniu niektórymi składnikami mienia Skarbu Państwa oraz o Agencji Mienia Wojskowego polega ono „w szczególności na sprzedaży lub zamianie mienia albo oddaniu gruntów w użytkowanie wieczyste, oddaniu mienia w użytkowanie, najem, dzierżawę, użyczenie, trwałe zarząd lub do korzystania na podstawie innego stosunku prawnego, oddaniu mienia w administrowanie, na podstawie umowy na czas oznaczony, za wynagrodzeniem, wnoszeniu mienia do spółek, a także nabywaniu i obejmowaniu udziałów w spółkach”. Do pojęcia „gospodarowania” odwołano się również w ustawie z 19.10.1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (zob. art. 24 ust. 1 powołanej ustawy; Dz.U. 2007 r. Nr 231, poz. 1700 t.j. ze zm.). Zgodnie z art. 12 ust. 3 powołanej ustawy za sobem własności Skarbu Państwa „dysponuje Agencja na zasadach określonych w ustawie”. Wszystkie wymienione ustawy pod pojęciem „gospodarowania” przyjmują zbliżony zestaw uprawnień, przy czym tylko ostatnia z nich zdaje się utożsamiać czynności wchodzące w zakres „gospodarowania” z „dysponowaniem”.

³⁶ Omawiana kategoria może obejmować różne agencje państwowe, np. Agencję Mienia Wojskowego, Agencję Nieruchomości Rolnych, Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Agencję Rynku Rolnego, Agencję Rezerw Materiałowych, Wojskową Agencję Mieszkaniową lub Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości. „Reprezentacja” w tym znaczeniu odrywa się od określonej, zawisłej sprawy administracyjnej lub sądowej, tzw. zarządzeniem bezpośrednim mieniem publicznym wykonywanym przez osoby prawne, którym powierzono wyłącznie mienie Skarbu Państwa. Oznacza zdolność do dokonywania określonych czynności prawnych związanych z powierzonym majątkiem publicznym. Taka interpretacja zostaje wzmocniona przez art. 6 ust. 1 pkt 2 lit. e) u.d.i.p., który odwołuje się do struktury własnościowej i potencjalnie związanej z nią reprezentacją. Takie podmioty można odróżnić od „organów władzy publicznej” (art. 4 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p.). Nie da się ich łatwo umieścić w strukturze administracji państwowej, ponieważ jako administracja specjalna wymykają się czytelnym regułom kwalifikacyjnym.

³⁷ M. Bernaczyk, Obowiązek bezwinnoskowego udostępniania..., s. 227-229.

³⁸ Na temat rezultatów wykładni tego przepisu zob. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwinnoskowego udostępniania..., s. 77.

³⁹ Zob. W. Sokolewicz, Komentarz do art. 61 Konstytucji RP (w:) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej..., s. 32.

Z punktu widzenia karnoprawnej ochrony prawa do informacji należy zwrócić uwagę, że nie może być mowy o odpowiedzialności z art. 23 u.d.i.p., w sytuacji, w której nie istnieje podmiot zobowiązany w rozumieniu art. 4 u.d.i.p.⁴⁴ Ten truizm nie był oczywisty w latach 2002-2005, kiedy orzecznictwo sądów administracyjnych borykało się z problemem samoistnego traktowania przesłanki „wykonywania zadań” i „majątku publicznego”. I tak oto początkowo przyjmowano, że spółdzielnia mieszkaniowa stanowi podmiot zobowiązany do udzielenia informacji publicznej⁴⁵, by w uchwale 7 sędziów NSA z 11.04.2005 r. (I OPS 1/05)⁴⁶ stwierdzić, że przepis art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. **nie ma zastosowania** do spółdzielni mieszkaniowych. Uzasadnienie wywodów sądu oparło się na współstosowaniu art. 61 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji oraz omawianego przepisu u.d.i.p. U podstaw pytania prawnego do NSA leżała też kwestia rozszerzenia pierwotnego, konstytucyjnego zakresu podmiotowego poprzez zastosowanie spójnika „lub”. Do tego zagadnienia nie odniesiono się bezpośrednio w uzasadnieniu uchwały, jednak po ustaleniu, że spółdzielnia nie wykonuje zadań publicznych⁴⁷ analizowano również kwestię, czy „dysponuje majątkiem publicznym”. Z tej operacji logicznej wynika sugestia, że dla powstania obowiązków informacyjnych konieczne jest wystąpienie obu przesłanek łącznie, jak i każdej z osobna⁴⁸, jednak sposób, w jaki NSA interpretuje owo „dysponowanie”, powoduje, że w praktyce zostaje ono zrównane z wykonywaniem władztwa publicznego. Tak bowiem odczytujemy przykładowe porównanie „dysponowania majątkiem publicznym” do „realizacji finansów publicznych”⁴⁹. Niemniej jednak NSA nie dopatrzył się w konkretnej sprawie takiego dysponowania, czemu wytknięto pominięcie publicznej genetyzacji mienia spółdzielczego⁵⁰. Sądowo-administracyjne dylematy dot. „publicznego” statusu spółdzielni pokazują również, że dostęp do informacji o działalności podmiotów nieobjętych zakresem zastosowania u.d.i.p. może być realizowany za pomocą art. 11 Prawa prasowego podlegającego ochronie karnoprawnej. Artykuł 4 Prawa prasowego obejmuje również takie podmioty, które co prawda działają w przestrzeni publicznej, ale nie muszą wcale zaliczać się do szeroko pojętego aparatu państwa⁵¹.

Po ogłoszeniu uchwały I OPS 1/05 NSA rozpoczął uchylanie wyroków sądów pierwszej instancji i odrzucał skargi kasacyjne wniesione przeciwko spółdzielniom mieszkaniowym w analogicznych sprawach⁵², co obrazuje implikacje dla ew. kwalifikacji karnoprawnej. Teoretycznie istnieje ryzyko rozbieżności w orzecznictwie sądowoadministracyjnym i powszechnym, dlatego przyszłość pokaże, na ile prokuratura i sądy karne będą traktować dorobek orzeczniczy WSA i NSA, nierzadko idący w sprzecznych kierunkach, jako „swoisty prejudykat” przy kwalifikacji podmiotu czynu zabronionego.

W piśmiennictwie zarzuca się u.d.i.p. „nieściśłość”, która polega na braku osób pełniących funkcje publiczne (por. art. 61 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji) w katalogu podmiotów z art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p.⁵³ Jednakże ten problem wyjaśniono już w literaturze komentarzowej⁵⁴. Biorąc pod uwagę zakres obowiązków wynikających z u.d.i.p., nie jest możliwe, aby osoba pełniąca funkcję publiczną zawsze wdrażała je samodzielnie i osobiście, wyjąwszy te nieliczne przypadki, w których określona struktura organizacyjna jest niewielka i prosta. Patrząc przez pryzmat organizacyjno-finansowy, irracjonalne wydaje się przeniesienie obowiązku informacyjnego z instytucji na osobę fizyczną (kojarzonego w tym miejscu z piastunem tejże instytucji). Obecne rozwiązanie nie narusza istoty prawa do informacji o działalności osób pełniących funkcje publiczne, co potwierdzają m.in. przepisy art. 5 ust. 2 i 3, art. 6 ust. 1 pkt 2 lit. „d”, art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. „d”, art. 6 ust. 2, art. 16 ust. 2 pkt 2 u.d.i.p.

Zgodnie z art. 4 ust. 2 u.d.i.p. „obowiązane do udostępnienia informacji publicznej są organizacje związkowe i pracodawców reprezentatywne, w rozumieniu ustawy z dnia 6.07.2001 r. o Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno-Gospodarczych i wojewódzkich komisjach dialogu społecznego (...), oraz partie polityczne”. Po nowelizacji u.d.i.p. z 2004 r.⁵⁵ istotne jest dostrzeżenie, że nie chodzi tu o każdy związek zawodowy lub organizację pracodawców, ale tylko te, które posiadają cechę reprezentatywności w rozumieniu art. 6 ust. 2 i 3 ustawy o Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno-Gospodarczych i wojewódzkich komisjach dialogu społecznego (dalej jako: u.t.k.)⁵⁶. Zgodnie z art. 6 ust. 2 u.t.k. za reprezentatywne organizacje związkowe uznaje się ogólnokrajowe związki zawodowe, ogólnokrajowe zrzeszenia (federacje) związków zawodowych i ogólnokrajowe organizacje międzyzwiązkowe (konfederacje), które spełniają łącznie następujące kryteria: 1) zrzeszają, z zastrzeżeniem art. 6 ust. 3 u.t.k., więcej niż 300.000 członków będących pracownikami; 2) działają w podmiotach gospodarki narodowej, których podstawowy rodzaj działalności jest określony w więcej niż w połowie sekcji Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), o której mowa w przepisach o statystyce publicznej⁵⁷.

udzielenia prasie informacji o swojej działalności, o ile na podstawie odrębnych przepisów informacja nie jest objęta tajemnicą lub nie narusza prawa do prywatności”.

⁵² Zob. J. Drachal, Dostęp do informacji publicznej w praktyce wydziałów informacji sądowej sądów administracyjnych (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 83 i powołane tam orzecznictwo.

⁵³ Zob. E. Czarny-Drożdżewski, Funkcjonowanie prokuratury..., s. 79.

⁵⁴ M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 94.

⁵⁵ Zob. art. 9 noweli z 8.10.2004 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 240, poz. 2407)

⁵⁶ Dz. U. Nr 100, poz. 1080 ze zm.

⁵⁷ Krytycznie na temat racjonalności przyjętych kryteriów ilościowych zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 157.

⁴⁴ Postanowienie NSA z 21.11.2006 r., I OSK 1231/06, SIP LEX nr 320831.

⁴⁵ Zob. wyrok NSA w Warszawie z 20.06.2002 r., II SAB 113/02, SIP LEX nr 78061. Wyrok NSA z 26.08.2004 r., OSK 416/04, niepubl., podajemy za I. Kamińską, M. Rozbicka-Ostrowską, Dostęp do informacji publicznej. Orzecznictwo sądów administracyjnych, Warszawa 2007, s. 60.

⁴⁶ Opubl. w ONSA i WSA 2005, nr 4, poz. 63.

⁴⁷ W uzasadnieniu NSA stwierdził, że „przepis art. 4 ustawy powinien być interpretowany w kontekście art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, który wskazuje, działalność jakich podmiotów stanowi przedmiot informacji. [...] Przykładowe wyliczenie podmiotów zobowiązanych w art. 4 ust. 1 w punktach od 1 do 5 jest poprzedzone ogólnym wyrażeniem, że są to «władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne». Oznacza to, że przy dokonywaniu oceny, czy dany podmiot jest zobowiązany do udostępniania informacji publicznej, konieczne jest w każdym wypadku ustalenie, czy podmiot ten mieści się w tym ogólnym określeniu «władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne»”; ibidem. Por. także uwagi w przypisie nr 43 zamieszczonym w: M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 34. Na temat „zadań władzy publicznej” i „zadań publicznego” zob. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwzględny udostępniania..., s. 83.

⁴⁸ Odmienne E. Czarny-Drożdżewski, Funkcjonowanie prokuratury a dostęp do informacji publicznej, Prokuratura i Prawo, nr 11 z 2008 r., s. 79.

⁴⁹ Zob. art. 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U.05.249.2104 ze zm.).

⁵⁰ Zob. J. Trzciński, Sądownictwo administracyjne gwarantem konstytucyjnego dostępu do informacji publicznej, (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 28-29.

⁵¹ Zgodnie z art. 4 ust. 1 Prawa prasowego „przedsiębiorcy i podmioty niezaliczone do sektora finansów publicznych oraz niedziałające w celu osiągnięcia zysku są obowiązane do

3.2. Wyodrębnienie sprawcy czynu w strukturze organizacyjnej

Skoro podmiotem omawianego czynu zabronionego może być tylko osoba fizyczna, sprawcą będzie m.in. osoba kierująca podmiotem określonym w art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p., która nie udostępniła informacji publicznej, np. wójt (burmistrz, prezydent), wojewoda, powiatowy inspektor nadzoru budowlanego, dyrektor izby skarbowej, naczelnik urzędu skarbowego, dyrektor urzędu kontroli skarbowej, członkowie zarządu spółki handlowej z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, kierownik komunalnego zakładu budżetowego, rektor państwowej szkoły wyższej, prezes sądu, prokurator rejonowy (okręgowy, apelacyjny). W takich sytuacjach wyodrębnienie potencjalnego sprawcy następuje za pomocą przepisów o ustroju danego podmiotu, które z reguły odnoszą się wprost do zagadnienia „reprezentacji podmiotu” (por. art. 22 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych⁵⁸).

Powyższa wskazówka będzie jednak trącić truizmem, o ile nie podkreślimy, że w realiach funkcjonowania podmiotów zbiorowych wykonywanie ustawowych zadań opiera się na skomplikowanych relacjach pomiędzy przełożonym a podwładnym. Krąg osób odpowiedzialnych za udostępnienie informacji publicznej może być wyznaczony zakresem obowiązków poszczególnych osób funkcjonujących w danej strukturze organizacyjnej. Obowiązek udostępnienia informacji może zostać nałożony na określonego pracownika w związku z jego zatrudnieniem na konkretnym stanowisku na podstawie pragmatyki służbowej, aktów wewnętrznych, regulaminu pracy. Wówczas taki pracownik staje się podmiotem czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p.

Stoimy na stanowisku, że dla bytu ewentualnego przestępstwa pozostaje zaś bez znaczenia, czy podległy pracownik:

- 1) będzie realizował przedmiotowy obowiązek na rzecz osoby reprezentującej daną jednostkę organizacyjną (tzn., czy będzie tylko „faktycznym” autorem przedmiotowego rozstrzygnięcia, które następnie zostanie przedłożone do podpisu kierownikowi jednostki),

czy też:

- 2) będzie realizował ów obowiązek samodzielnie, działając z upoważnienia kierownika jednostki, który z przyczyn organizacyjnych nie weryfikuje stale działalności umocowanego.

Drugi wariant jest o tyle istotny, że w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa organ powołany do ścigania przestępstw musi ocenić problem delegowania w podmiocie zobowiązanym. Delegowanie w ramach organizacji oznacza czasowe przekazanie przez przełożonego wykonywania części jego kompetencji i zadań podwładnemu z zachowaniem ostatecznej odpowiedzialności za wykonanie przekazanego zadania. Zmienia się osoba wykonująca kompetencję organu przez podejmowanie czynności w prawnych formach, ale upoważniony pracownik nie staje się przez to organem administracyjnym. Jest to upoważnienie do wykonywania kompetencji, a nie przeniesienie kompetencji⁵⁹. W administracji publicznej, która wypełnia znakomitą większość katalogu podmiotów z art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p., delegowanie występuje pod pojęciem „dekoncentracji wewnętrznej”. Jest ono

znane na wszystkich szczeblach administracji publicznej⁶⁰, jednak wyrażamy głęboką wątpliwość, czy „niedelegowana” odpowiedzialność administracyjna oznacza również zachowanie przy osobie delegującej odpowiedzialności karnej w każdym przypadku. Czym innym jest bowiem odpowiedzialność organu wynikająca z prawa administracyjnego, cywilnego, a czym innym odpowiedzialność karna za czyn człowieka w rozumieniu prawa karnego. Pośrednio potwierdza to stanowisko B. Adamiak, która odrywa źródło dekoncentracji wewnętrznej od osoby piastuna organu. Przytaczając liczne przykłady w ustawach ustrojowych, autorka wskazuje, że ustroj administracji publicznej w Polsce opiera się na koncepcji „organizacyjno-przedmiotowej a nie personalistycznej”⁶¹. Innymi słowy: dekoncentracja wewnętrzna jest skutkiem wykonania kompetencji organu, nie jest ściśle powiązana z osobą piastuna, dlatego opróżnienie stanowiska (brak piastuna), zmiana składu osobowego nie ma wpływu na trwałość aktu będącego podstawą delegowania⁶².

W przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa z art. 23 u.d.i.p. wpięramy ustalamy ew. podział i zakres kompetencji pomiędzy przełożonym a podwładnym, co w praktyce sprowadzi się do analizy prawnych form dekoncentracji w danej jednostce (np. przepisów obowiązującego statutu, regulaminu organizacyjnego, upoważnienia indywidualnego⁶³), reżimu załatwiania spraw i obiegu dokumentów⁶⁴.

Należy też zwrócić uwagę na rodzajowy zakres upoważnień, ponieważ przepisy u.d.i.p. odznaczają się – przynajmniej w świetle stanowiska NSA⁶⁵ – swoistym uregulowaniem norm proceduralnych, tak więc Kodeks postępowania administracyjnego (dalej jako: k.p.a.)⁶⁶ będzie stosowany w ograniczonym zakresie. Czynności orzecznicze wynikające z u.d.i.p., a delegowane na podstawie art. 268a k.p.a. dotyczą wydania decyzji odmownej (art. 16 u.d.i.p.). Wydaje się, że należy odróżnić upoważnienie do

⁶⁰ Por. art. 6 ust. 2, art. 37 ust. 1, 2 i 5 ustawy z 8.08.1996 r. o Radzie Ministrów (Dz. U.03.24.199 – tekst jednolity ze zm.), art. 33 ust. 1-4 i art. 39 ust. 1 i 2 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 – tekst jednolity ze zm.), art. 38 ust. 2 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 – tekst jednolity ze zm.), art. 46 ust. 2 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590 – tekst jednolity ze zm.), art. 7 ust. 1 i 3, art. 19 z 23.01.2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (Dz.U.09.31.206). Zob. także art. 17 ust. 10 i 11 ustawy o prokuraturze (Dz. U. z 2008 r. Nr 7, poz. 39 – tekst jednolity ze zm.) w brzmieniu ustalonym ustawą z 16.07.2009 r. o zmianie ustawy o prokuraturze oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 131 Sejmu VI kadencji).

⁶¹ Zob. B. Adamiak, O podmiotowości organów administracji publicznej w postępowaniu sądowoadministracyjnym, Państwo i Prawo z 2006 r., nr 11, s. 49.

⁶² Zob. B. Adamiak, O podmiotowości organów administracji publicznej..., s. 52. Na temat trwałości upoważnienia zob. wyrok WSA w Warszawie z 29.05.2006 r., I SA/Wa 496/06, Lex nr 227699.

⁶³ Por. § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 18.09.2003 r. - Regulamin wewnętrznego urzędowania wojewódzkich sądów administracyjnych (Dz. U. z 2003 r. Nr 169, poz. 1646) oraz art. 17 § 2 ustawy z 25.07.2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U.02.153.1269 ze zm.).

⁶⁴ Zob. załącznik do Rozporządzenia Prezesa RM z 22.12.1999 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej dla organów gmin i związków międzygminnych (Dz.U. z 1999 r. Nr 112, poz. 1319 ze zm.), załącznik do Rozporządzenia Prezesa RM z 18.12.1998 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej dla organów powiatu (Dz.U. z 1998 r. Nr 160, poz. 1074 ze zm.), załącznik do Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 18.12.1998 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej dla organów samorządu województwa (Dz.U. z 1998 r. Nr 160, poz. 1073 ze zm.), załącznik do Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 18.12.1998 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej dla zespolonej administracji rządowej w województwie (Dz.U. z 1998 r. Nr 161, poz. 1109 ze zm.).

⁶⁵ W świetle wyroku NSA z 24.05.2006 r. (I OSK 601/05) „uzasadnienie niestosowania kodeksu postępowania administracyjnego do postępowania przed wydaniem decyzji o odmowie lub umorzeniu postępowania można upatrywać w tym, że wołą prawodawcy jest odformalizowanie tego postępowania”, opubl. w SIP LEX nr 236545.

⁶⁶ Ustawa z dnia 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 – tekst jednolity ze zm.)

⁵⁸ Dz.U. z 2001 r. Nr 98, poz. 1070 ze zm.

⁵⁹ Zob. B. Adamiak, J. Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 2008, s. 904 i literatura tam powołana.

wydawania decyzji odmownych na podstawie art. 268a k.p.a. od upoważnienia do dokonywania czynności materialno-technicznych nieobjętych materią postępowania administracyjnego, lecz wynikających bezpośrednio z u.d.i.p. Chodzi tu o zawiadomienie, o tym, że wnioskowana informacja nie jest: informacją o sprawach publicznych (art. 1 ust. 1 u.d.i.p.), zawiadomieniem o braku przesłanki posiadania informacji publicznej (art. 4 ust. 3 u.d.i.p.), zawiadomieniem ze wskazaniem innego trybu dostępu do wnioskowanej informacji publicznej (art. 1 ust. 2 u.d.i.p.), odesłaniem do informacji publicznej ogłoszonej w BIP (art. 10 ust. 1 u.d.i.p.), powiadomieniem o powodach opóźnienia (art. 13 ust. 2 u.d.i.p.), powiadomieniem o przyczynach braku możliwości udostępnienia informacji zgodnie z wnioskiem i wskazaniem, w jaki sposób lub w jakiej formie informacja może być udostępniona niezwłocznie (art. 14 ust. 2 u.d.i.p.), powiadomieniem o kosztach dodatkowych (art. 15 ust. 2 u.d.i.p.).⁶⁷

Pracownik umocowany do udostępniania informacji wykonuje szereg czynności zmierzających do wypełnienia przedmiotowego obowiązku (np. dokonuje weryfikacji informacji będących w posiadaniu jednostki, sporządza dla kierownika reprezentującego jednostkę projekt decyzji odmownej lub inne pismo będące odpowiedzią na wniosek obywatela o udostępnienie informacji publicznej) i jeżeli go nie wykona, to może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej z art. 23 u.d.i.p.

Wątek podziału obowiązków w ramach struktury organizacyjnej jest nieistotny dla sądów administracyjnych⁶⁸ lub cywilnych weryfikujących procedurę udostępnienia informacji publicznej. Wyjątkowo, w przypadku wątpliwości sąd administracyjny bada, czy osoby wykonujące kompetencje legitymują się odpowiednim umocowaniem, niezależnie od tego, czy chodzi o wydawanie decyzji administracyjnej, czy też o podejmowanie innych aktów lub czynności z zakresu administracji publicznej, dotyczących uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa⁶⁹. Bez znaczenia są również przyczyny błędnej kwalifikacji prawnej, opieszałość w udostępnianiu informacji publicznej, zawinienie lub jego brak⁷⁰. Jednakże wszystkie te okoliczności nabierają kapitalnego znaczenia dla organów ścigania, które muszą odtworzyć przebieg procesu decyzyjnego z odniesieniem do zespołu ludzkiego, tworzonego nierzadko przez pokąsną grupę osób. Wydaje się, że ustawodawca od samego początku widział potrzebę mechanizmów zindywidualizowania odpowiedzialności za nieudostępnienie informacji publicznej⁷¹ i tym tłumaczymy rozwiązanie umieszczone w art. 8 ust. 6, art. 12 ust. 1, art. 16 ust. 2 pkt 2 u.d.i.p.

Powołane przepisy nakładają obowiązek oznaczania informacji publicznych danymi określającymi podmiot udostępniający informację, danymi określającymi tożsamość osoby, która wytworzyła informację lub odpowiada za treść informacji czy też imionami, nazwiskami i funkcjami osób, które zajęły stanowisko w toku postępowania o udostępnienie informacji⁷², a także oznaczenie podmiotów, ze względu na dobra których odmówiono dostępu, co służy ustaleniu osób zaangażowanych w proces udostępnienia informacji. Doświadczenie wyniesione z praktyki uczy, że kierownicy i pracownicy podmiotów publicznych, być może z niechęci lub niewiedzy, traktują ów obowiązek dość swobodnie, nie dostrzegając, że ujawnienie informacji o osobach odpowiedzialnych za informację lub współuczestniczących w jej wytworzeniu leży również w ich interesie. Wiele podmiotów publicznych korzysta z pomocy prawnej świadczonej przez profesjonalistów (zob. art. 6 ust. 1 ustawy z 6.07.1982 r. o radcach prawnych⁷³ lub ustawy z dnia 26.05.1982 r. Prawo o adwokaturze⁷⁴), co pozwala przyjąć założenie, że pracownicy mogą rozstrzygać z pomocą specjalisty praktyczne problemy z zakresu ochrony danych osobowych i dostępu do informacji publicznej. W interesie pracownika ubiegającego się o opinię prawną leży ujawnienie imienia i nazwiska osoby, która poradziła lub zaopiniowała metodykę udostępnienia (np. zakres anonimizowanych danych) lub zaleciła odmowę udostępnienia danych. Podkreślamy ten element, ponieważ ewentualna porada lub opinia prawna może być istotna z punktu widzenia błędu sprawcy co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego.

„Indywidualizując” informację poprzez wskazanie tożsamości osoby (imienia i nazwiska), pozbawiamy wrażenia, że informacja jest anonimowa⁷⁵, bo tak można odebrać np. komunikat o wytworzeniu informacji przez „sąd”, „urząd” czy „spółkę”. „Spersonifikowanie” informacji stanowi wyraz budowy zaufania obywateli do państwa i stosowanego przezeń prawa, natomiast na płaszczyźnie karnoprocesowej (teoretycznie) ułatwia czynności wyjaśniające. Nie wyklucza to jednak ustaleń (ani nie zwalnia z ich przeprowadzenia) na okoliczność procedowania z wnioskiem o udostępnienia informacji publicznej (lub informację skierowaną do ogłoszenia w BIP⁷⁶), niezależnie od tego, czy oznaczenie informacji publicznej w trybie w art. 8 ust. 6, art. 12 ust. 1, art. 16 ust. 2 pkt 2 u.d.i.p. było prawdziwe, fałszywe⁷⁷ czy też z jakichkolwiek powodów go zabrakło⁷⁸.

Zarówno osoba kierująca jednostką organizacyjną, jak i podwładny, któremu powierzono obowiązek udostępniania informacji publicznej mogą być zatem dwoma niezależnymi podmiotami

⁶⁷ Nie przekreślając praktycznych trudności w stosowaniu u.d.i.p., w orzecznictwie i piśmiennictwie zaakceptowano taką klasyfikację (zob. G. Sibiga, Prawne formy działania podmiotów udostępniających informację publiczną na żądanie indywidualne (w: Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 32-33), o konsekwencjach wyboru określonych form działania zob. A. Korzeniowska, Postępowanie przed samorządowymi kolegiatami odwoławczymi w sprawach z zakresu dostępu do informacji publicznej (w: Cz. Martysz, A. Matan, Pozycja samorządowych kolegiat odwoławczych w postępowaniu administracyjnym, Zakamycze 2005, s. 179-180. Odmiennej klasyfikację, aczkolwiek bez uzasadniania, proponuje E. Czarny-Drożdziejko, Karna ochrona prawa do informacji publicznej, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2005 r., z. 2, s. 167.

⁶⁸ Zob. Wyrok WSA w Warszawie z 24.05.2007 r., II SAB/Wa 207/06, opubl. w SIP LEX nr 344205.

⁶⁹ Zob. wyrok NSA z 9 lipca 2009 r., I OSK 1219/08, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

⁷⁰ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 23.11.2005 r., II SAB/Wa 167/05, opubl. w SIP LEX nr 213423.

⁷¹ Por. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 43.

⁷² Takim stanowiskiem będzie np. opinia prawna radcy prawnego urzędu w sprawie zakresu udostępnianych informacji lub pisemna informacja pracownika przekonanego, że polecenie przełożonego jest niezgodne z prawem albo zawiera znamiona pomyłki (art. 77 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o pracownikach samorządowych), a także pisemne potwierdzenie polecenia (art. 77 ust. 2 zdanie drugie ustawy o pracownikach samorządowych).

⁷³ Dz.U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059 – tekst jednolity ze zm.

⁷⁴ Dz.U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 – tekst jednolity ze zm.

⁷⁵ T.R. Aleksandrowicz, Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej, Warszawa 2002, s. 156.

⁷⁶ Zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, Praktyczne problemy wdrażania ustawy o dostępie do informacji publicznej, Elektroniczna Administracja, nr 6 z 2006 r., s. 12-13.

⁷⁷ Co może rodzić odpowiedzialność z art. 271 k.k., jednak zagadnienie ew. zbiegu w prawie karnym pozostawiamy odrębnemu opracowaniu.

⁷⁸ Teoretycznie nie da się wykluczyć sytuacji, w której podmiot zobowiązany posiada informację publiczną, jednak mimo należytej staranności nie wie, kto jest jej wytwórcą. W takiej sytuacji „odpowiedzialność za treść” można rozumieć jako wynikającą z faktycznego władania nośnikiem informacji odpowiedzialność za zachowanie zdolności do przetwarzania informacji publicznej. Por. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwnioskowego udostępniania..., s. 156 i nast.

przestępstwa indywidualnego z art. 23 u.d.i.p. (sprawcami pojedynczymi). Mogą również dokonać omawianego czynu zabronionego poprzez niektóre formy współdziałania przewidziane w art. 18 § 1 Kodeksu karnego (dalej: k.k.)⁷⁹.

Możliwa jest odpowiedzialność karna z art. 23 u.d.i.p. dwóch podmiotów przestępstwa indywidualnego jako sprawców pojedynczych, także w przypadku, gdy dochodzi do jednoczesnego dokonywania przez nich czynu zabronionego, jednak nie towarzyszy im porozumienie ani świadomość współdziałania. Brak elementu porozumienia i świadomości współdziałania po stronie obu podmiotów przy jednoczesnym zrealizowaniu ustawowych znamion czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. powoduje, że mamy do czynienia z osobliwym w praktyce sprawstwem koincydentalnym⁸⁰. Zobrazujemy to przykładem.

- Podwładny sporządza tzw. pismo informacyjne⁸¹ *de facto* odmawiające udostępnienia informacji publicznej⁸², ponieważ z jakiejś przyczyny nie chce wykonać nałożonego na niego obowiązku. Jako powód odmowy wskazuje, że jednostka organizacyjna nie posiada żądanej informacji (zob. art. 4 ust. 3 u.d.i.p.), co nie jest prawdą, a następnie przedkłada kierownikowi jednostki (aprobantowi) do podpisu projekt przedmiotowego pisma. Materia wnioskowanej informacji publicznej jest bardzo „popularna”, więc przełożony doskonale wie, że informacja znajduje się w posiadaniu jednostki⁸³. Nie docieka jednak, z jakiego powodu podwładny przyjął, że jednostka nie jest w posiadaniu tej informacji, godzi się z efektem tego rozstrzygnięcia, podpisuje je i wysyła zainteresowanemu obywatelowi.

Na marginesie wskazujemy, że największą słabością u.d.i.p. jest brak instrumentu weryfikującego fakt posiadania żądanej informacji, jeśli adresat żądania zaprzeczy, że takową dysponuje. Skarga na bezczynność nie jest wystarczającym środkiem⁸⁴. Można sobie wyobrazić, że w pewnych przypadkach organ wyższego stopnia wejdzie w posiadanie informacji, której odmówił organ podległy,

za czym idzie możliwość udostępnienia informacji skarżącemu w instancji odwoławczej⁸⁵, aczkolwiek to jest uzależnione od wartości akt sprawy. Kompetencje sądów administracyjnych wykluczają fizyczną ingerencję w zasoby podmiotu zobowiązanego, co już zasygnalizowano w orzecznictwie⁸⁶. W takich sytuacjach pozostaje jedynie przeszukanie podmiotu zobowiązanego, co może nastąpić w ramach postępowania przygotowawczego⁸⁷. W praktyce trudno wyobrazić sobie realne zaangażowanie organów powołanych do ścigania przestępstw w weryfikację przesłanki posiadania (art. 4 ust. 3 u.d.i.p.), jeżeli pokrzywdzony co najmniej nie uprawdopodobni istnienia wnioskowanej informacji za pomocą źródeł osobowych lub rzeczowych. Sygnalizujemy, że wraz ze wzrostem świadomości prawnej rośnie przekonanie, że w ramach ustawowych kompetencji podmiot zobowiązany powinien posiadać informacje określonego typu, dlatego zainteresowani coraz rzadziej zadowolają się twierdzeniem, że podmiot zobowiązany nie posiada wnioskowanej informacji⁸⁸.

Możliwa jest też odpowiedzialność karna dwóch podmiotów przestępstwa indywidualnego jako współsprawców, działających wspólnie i w porozumieniu ze sobą. Zgodnie z art. 18 § 1 k.k. odpowiada za współsprawstwo ten, kto wykonuje czyn zabroniony wspólnie i w porozumieniu z inną osobą. Do przyjęcia konstrukcji współsprawstwa konieczne jest, aby co najmniej dwaj współdziałający wykonywali czyn zabroniony wspólnie i w porozumieniu⁸⁹. Istotą współsprawstwa przy omawianym typie czynu zabronionego będzie zatem oparte na porozumieniu wspólne zachowanie sprawców polegające na zaniechaniu udostępnienia informacji publicznej, z których każdy obejmuje swym zamiarem urzeczywistnienie wszystkich znamion przedmiotowych omawianego czynu. Niezbędnym warunkiem dla przyjęcia konstrukcji współsprawstwa jest porozumienie, polegające na wzajemnym uzgodnieniu przez współsprawców woli popełnienia przestępstwa oraz ich świadome współdziałanie. Ilustruje to przykład:

- Osoba kierująca jednostką organizacyjną wspólnie i w porozumieniu z pracownikiem tej jednostki umawiają się co do przesłanek decyzji kierownika odmawiającej udostępnienia informacji publicznej. Oboje chcą (godzą się) z jakiegoś powodu zaniechać wykonania ciążącego na nich obowiązku. Zakładamy, że do rutynowych obowiązków pracownika należy przygotowywanie dla kierownika treści przedmiotowych decyzji. I tak oto wójt gminy (przełożony) oraz pracownik urzędu gminy (podwładny) umocowany na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: p.z.p.)⁹⁰ uma-

⁷⁹ Ustawa z 6.06.1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 1997, Nr 88, poz. 553 ze zm.).

⁸⁰ Szerzej na ten temat zob. G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglowski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Warszawa 2007, s. 260. i literatura tam powołana. Por. uzasadnienie wyroku SA we Wrocławiu z 22.05.1992 r., II AKr 122/92, opubl. w SIP LEX nr 21136.

⁸¹ Obowiązek udostępnienia informacji publicznej powstaje wówczas, gdy zostaną spełnione wszystkie przesłanki: 1) żądanie trafi do podmiotu władzy publicznej (art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p.), zob. postanowienie NSA z 21.11.2006 r., I OSK 1231/06); 2) żądanie dotyczy informacji o „sprawie publicznej” udostępnianej w trybie u.d.i.p. (art. 1 ust. 1 i 2 u.d.i.p.); zob. wyrok NSA z 19.12.2002 r., II SA 3301/02, opubl. w SIP LEX nr 78064); 3) podmiot zobowiązany posiada żadaną informację (art. 4 ust. 3 u.d.i.p.); wyrok WSA w Warszawie z 6.07.2006 r., II SAB/Wa 48/06, opubl. w SIP LEX nr 271609). W przypadku braku którejkolwiek z przesłanek adresat wniosku ustosunkowuje się do niego w drodze pisma informującego o braku określonej przesłanki, nie zaś w formie decyzji administracyjnej, którą zastrzeżono w u.d.i.p. dla decyzji umarzającej albo odmownej (art. 16 u.d.i.p.). Tak też M. Jaśkowska, Dostęp do informacji publicznej w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego, Toruń 2002, s. 65 z powołaniem na wyrok NSA z 27.09.2002 r., II SAB 289/02.

⁸² Ze względu na brak formy decyzji administracyjnej takiej postaci działania można przypisać „faktyczną odmowę dostępu do informacji publicznej”, Por. E. Jarzęcka -Siwik, Głos w dyskusji (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 123.

⁸³ Na tym etapie przełożony działając na podstawie art. 304 § 2 k.p.k., powinien zawiadomić o podejrzeniu popełnienia przestępstwa 13 § 1 k.k. w zw. z art. 23 u.d.i.p. Problematyka zbiegu z przestępstwami przeciwko wiarygodności dokumentów wymaga odrębnej analizy.

⁸⁴ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 6.07.2006 r., II SAB/Wa 48/06. Szerzej na ten temat ryzyka „manipulacji” lub rozbieżnej praktyki zob. M. Jabłoński, Weryfikacja faktu posiadania informacji publicznej przez podmiot zobowiązany (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 53-55.

⁸⁵ Zob. M. Jaśkowska, Dostęp do informacji publicznej w świetle orzecznictwa..., s. 71; A. Korzeniowska, Postępowanie przed samorządowymi kolegiami odwoławczymi..., s. 181.

⁸⁶ Tak też uzasadnienie wyroku WSA we Wrocławiu z 13.10.2005, IV SAB/Wr 41/05: „Wprowadzenie żądającego informację w błąd, przez udzielenie niezgodnej z rzeczywistością odpowiedzi co do faktu posiadania informacji, jest przesłanką powodującą powstanie możliwości poniesienia odpowiedzialności w trybie art. 23 powołanej ustawy w zbiegu z innymi przepisami określonymi w kodeksie karnym”.

⁸⁷ Ograniczony zakres na weryfikację posiadania na podstawie art. 13 i 17 ustawy z 15.07.1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Tekst jednolity - Dz.U. z 2001 r., nr 14 poz. 147 ze zm.).

⁸⁸ Por. stan faktyczny opisany w postanowieniu NSA z dnia 4.12.2007 r., I OSK 1751/07: „(...) skarżąca podniosła, że twierdzenie Kuratora o nie dysponowaniu w posiadanych zasobach żądanej dokumentacji jest nieprawdziwe, bowiem w 1998 r. organ ten przeprowadził na zlecenie Ministra Edukacji kontrolę w Szkole Podstawowej (...), wobec czego ma obowiązek przechowywać protokoły i zalecenia pokontrolne”, opubl. w SIP Legalis.

⁸⁹ Zob. wyrok SN z 15.05.2001 r., V KKN 730/98, opubl. w „Prokuratura i Prawo” (wkładka), 2001 r., nr 10, s. 1; wyrok SA w Łodzi z 12.07.2000 r., II Aka 122/00, opubl. w „Prokuratura i Prawo” (wkładka), 2001 r., nr 5, s. 25.

⁹⁰ Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 - t.j. ze zm.

wiają się, że ze względu na określone korzyści (osobiste lub majątkowe) będą utrudniać dostęp do informacji przegrywającym wykonawcom z powołaniem się na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa zwycięzcy przetargu (por. art. 5 ust. 2 u.d.i.p.). Pracownik wie, że przedsiębiorca nie uczynił takiego zastrzeżenia lub też wnioskowane informacje w oczywisty sposób nie mieszczą się w pojęciu tajemnicy przedsiębiorstwa⁹¹.

Możliwa jest również odpowiedzialność karna dwóch podmiotów przestępstwa indywidualnego w oparciu o konstrukcję sprawstwa polecającego pomiędzy osobą kierującą daną jednostką organizacyjną a podległym jej pracownikiem. Zgodnie z art. 18 § 1 k.k. odpowiada za sprawstwo ten, kto wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie czynu zabronionego. Sprawca polecający poprzez wykorzystanie stosunku zależności pomiędzy nim a wykonawcą wywiera swego rodzaju presję, będącą szczególnym rodzajem przymusu psychicznego. Presja ta – w zależności od konkretnego przypadku – może spowodować, iż polecenie dokonania czynu zabronionego przybierze formę nakazu bądź rozkazu dokonania czynu zabronionego⁹², a wykonawca nie sprzeciwi się poleceniu⁹³. Obrazuje to kolejny przykład.

- Na skutek presji kierownika podwładny przygotowuje dla niego projekt decyzji odmownej, pomimo że zaznajomiwszy się ze stanem faktycznym i prawnym sprawy, doszedł do przekonania o konieczności udostępnienia informacji publicznej. W strukturach organizacyjnych panujących w urzędach państwowych czy samorządowych uzależnienie pracownika od osoby kierującej daną jednostką (sprawcy polecającego) ma charakter formalny, tzn. wynika ze stosunku służbowego. Nietrudno wyobrazić sobie wydanie przez przełożonego polecenia podległemu pracownikowi, aby ten sporządził bezzasadną decyzję o odmowie udostępnienia informacji publicznej albo zniszczył posiadaną informację i powiadomił o jej braku, przy czym zaznaczamy, że wydanie takowego polecenia odbywa się z wykorzystaniem nadrzędności służbowej, a wykonanie go przez pracownika może wynikać z obawy np. przed utratą pracy, brakiem awansu w przyszłości lub inną formą represji pracowniczej.

W piśmiennictwie zaprezentowano błędny – w naszej ocenie – pogląd *E. Czarny-Drożdżejko*⁹⁴, iż bezpośrednim sprawcą oma-

wianego czynu zabronionego może być tylko osoba kierująca daną jednostką organizacyjną. Autorka omawiając odpowiedzialność karną pracownika za nieudostępnienie informacji publicznej w BIP, przyjęła, iż jest ona możliwa, ale nie bezpośrednio, tylko poprzez zastosowanie art. 21 § 2 k.k., zgodnie z którym, jeżeli okoliczność osobista dotycząca sprawcy, wpływająca chociażby tylko na wyższą karalność, stanowi znamię czynu zabronionego, współdziałający podlega odpowiedzialności karnej przewidzianej za ten czyn zabroniony, gdy o tej okoliczności wiedział, chociażby go nie dotyczyła. Tego poglądu nie można zaakceptować z dwóch powodów.

Po pierwsze, przyjmujemy, że odpowiedzialność karna za nieudostępnienie informacji w internetowym BIP jest ograniczona tylko do specyficznych przypadków (szczegółowe uzasadnienie prezentujemy dalej), co wynika z fundamentalnych zasad konstrukcyjnych u.d.i.p.

Po drugie, zdaniem *E. Czarny-Drożdżejko*, jeżeli podmiot zobowiązany do udzielania informacji publicznej „zleci faktyczne udostępnianie takich informacji, np. w BIP, osobie fizycznej na podstawie umowy cywilnoprawnej”⁹⁵ bądź powierzy ten obowiązek w ramach obowiązków pracowniczych⁹⁶, to w razie zaniechania ich udostępnienia, odpowiedzialności karnej będzie podlegał kierujący podmiotem zobowiązanym. Natomiast wspomniany pracownik będzie podlegał odpowiedzialności karnej, ale nie bezpośrednio, lecz jako współdziałający, jeżeli o okoliczności osobistej, dotyczącej sprawcy czynu zabronionego, wiedział. Taką okolicznością osobistą będzie w tym przypadku obowiązek spoczywający na osobie kierującej daną jednostką, polegający na udostępnianiu informacji⁹⁷. Idąc tokiem rozumowania cytowanej Autorki, należałoby przyjąć, iż nie jest możliwa samodzielna odpowiedzialność osoby (podwładnego), którą kierownik danej jednostki upoważnił do udostępniania informacji publicznej, podczas gdy wcześniej wykazaliśmy, że (zwłaszcza w ramach różnych form dekoncentracji wewnętrznej) upoważniony staje się podmiotem przestępstwa indywidualnego z art. 23 u.d.i.p.

Tymczasem *E. Czarny-Drożdżejko* przyjęła, że taka osoba nie ma cechy podmiotu indywidualnego i nie może odpowiadać bezpośrednio, lecz na zasadzie współsprawstwa z art. 21 § 2 k.k., gdy drugim współdziałającym jest osoba mająca cechę wymaganą dla sprawcy przestępstwa indywidualnego. Uważamy, że przywołane poglądy prowadzą do absurdalnych wniosków. Artykuł 21 § 2 k.k. dotyczy sytuacji, gdy spośród dwóch współdziałających jeden ma cechę wymaganą dla sprawcy przestępstwa indywidualnego, natomiast drugi tej cechy nie posiada, jednakże ponosi odpowiedzialność karną przy spełnieniu przesłanek określonych w tym przepisie⁹⁸. To szczególne uregulowanie odpowiedzialności *ekstraneusa* współdziałającego w popełnieniu przestępstwa indywidualnego obejmuje wyłącznie osoby współuczestniczące w popełnieniu przestępstwa, z wyłączeniem sprawcy pojedynczego⁹⁹. Z kolei przyjęcie konstrukcji współsprawstwa z art. 23 u.d.i.p. wymaga istnienia po stronie obu podmiotów umyślności (typ czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. nie przewiduje

⁹¹ Por. art. 8 ust. 2 i 3, art. 139 ust. 3 p.z.p. oraz art. 11 ust. 4 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.03.153.1503 ze zm. – tekst jednolity).

⁹² Natomiast wydanie polecenia wykonania czynu zabronionego w sytuacji, gdy nie istnieje uzależnienie wykonawcy od wydającego, polecenie nie może prowadzić do odpowiedzialności za sprawstwo polecające. W takim przypadku możliwa jest odpowiedzialność wydającego polecenie za podżeganie, jeżeli wykonawca polecenia nie miał przed jego wydaniem zamiaru popełnienia czynu zabronionego bądź odpowiedzialność za tzw. pomocnictwo psychiczne, jeżeli wykonawca polecenia miał już przed jego wydaniem zamiar popełnienia czynu zabronionego (zob. P. Kardas, teza nr 99 w komentarzu do art. 18 k.k. (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Zakamycze, 2004). Jednakże w strukturach opartych na hierarchii służbowej takie pozbawione stanowczego oddziaływania formy popełnienia czynu ustąpią raczej – zdaniem autorów – sprawstwu polecającemu.

⁹³ Por. art. 25 ust. 3 ustawy o pracownikach samorządowych, art. 18 ust. 3 ustawy o pracownikach urzędów państwowych, art. 77 ust. 3 ustawy o służbie cywilnej, art. 7 ust. 3 ustawy o pracownikach sądów i prokuratury.

⁹⁴ *E. Czarny-Drożdżejko*, Karna ochrona prawa do informacji publicznej, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2005 r., z. 2, s. 162-163.

⁹⁵ *E. Czarny-Drożdżejko*, Karna ochrona prawa..., s.163.

⁹⁶ Tamże, s. 162.

⁹⁷ Tamże, s. 163.

⁹⁸ Szerzej na ten temat zob. G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Warszawa 2007, s. 365.

⁹⁹ Tamże, s. 361-362.

postaci nieumyślnej) oraz występowania elementu porozumienia w kwestii nieudostępnienia informacji publicznej. Zatem w przypadku braku świadomości przełożonego kierującego jednostką o niezgodnej z prawem działalności podwładnego, brak jest możliwości przypisania przełożonemu umyślności działania. W konsekwencji brak jest podstaw do przyjęcia istnienia pomiędzy nimi współsprawstwa (brak elementu woli wspólnego działania oraz porozumienia). Przyjęcie, że podwładny, któremu powierzono obowiązek udostępniania informacji publicznej nie jest podmiotem z art. 23 u.d.i.p., a tym samym konstruowanie współsprawstwa na zasadzie art. 21 § 2 k.k., oznaczałoby jego bezkarność w przypadkach działania „na własną rękę”. W sytuacji, gdy podwładny z tylko sobie znanych pobudek nie chce udostępnić informacji publicznej i nie podejmuje działań zmierzających do jej udostępnienia (np. zachowuje całkowitą bierność, wprowadza wnioskodawcę w błąd, twierdząc, iż nie posiada informacji), to przełożony bez uprzedniego zweryfikowania prawidłowości wykonywania obowiązków przez podwładnego nie dowie się o działaniu sprzecznym z prawem.

Reasumując: zdaniem autorów niniejszego artykułu, powierzenie obowiązku udostępniania informacji publicznej pracownikowi (lub osobie pełniącej funkcję na innej podstawie) powoduje, iż staje się on podmiotem, na którym ciąży obowiązek udostępnienia informacji¹⁰⁰. Z chwilą przyjęcia na siebie obowiązku nabywa cechę indywidualizującą podmiot czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. Taka wykładania pozwala na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej podwładnego, który działał bez wiedzy przełożonego, niemającego świadomości, że podwładny bezzasadnie odmówił dostępu do informacji publicznej albo zataił fakt posiadania (ew. zniszczył wnioskowaną informację). Możliwe są formy współdziałania kierującego jednostką i podwładnego, któremu powierzono przedmiotowy obowiązek, jednakże nie na podstawie art. 21 § 2 k.k., lecz na zasadach ogólnych z art. 18 § 1 k.k., bowiem w takim przypadku podwładny ma cechę wymaganą dla sprawcy przestępstwa indywidualnego.

Natomiast współdziałanie podmiotów w rozumieniu art. 21 § 2 k.k. może mieć miejsce w przypadku, gdy jeden posiada cechę wymaganą dla sprawcy przestępstwa indywidualnego, natomiast drugi tej cechy nie posiada. Tak więc w przypadku współsprawstwa dla zastosowania tej konstrukcji jeden ze sprawców współdziałających musi mieć cechę wymaganą dla podmiotu przestępstwa indywidualnego (*intranseus*). Tytułem przykładu:

- osoba, kierująca jednostką organizacyjną, odpowiedzialna za udostępnianie informacji publicznej (*intranseus*) wspólnie i w porozumieniu z pracownikiem tejże jednostki, którego zakres obowiązków nie obejmuje udostępniania informacji publicznej (*ekstraneus*) opracowują sprzeczną z prawem decyzję odmowną.

Odwroćcie relacji „kompetencyjnej” za pomocą upoważnienia będzie również oceniane na tej samej podstawie prawnej. Na przykład:

- podsekretarz stanu został upoważniony przez ministra w trybie art. 37 ust. 2 ustawy z 8.08.1996 r. o Radzie Ministrów do obsługi całości problematyki związanej z kreowaniem wizerunku resortu, w tym do wdrożenia przepisów u.d.i.p.

W perspektywie czasu wpływa wniosek o udostępnienie informacji publicznej, jawnej, aczkolwiek „politycznie kompromitującej”, tak więc obaj funkcjonariusze, motywowani obawą przed odpowiedzialnością polityczną, wspólnie i w porozumieniu, postanawiają zataić fakt istnienia informacji.

W przypadku sprawstwa polecającego odpowiedzialność przełożonego (*ekstraneusa*), zastosowanie konstrukcji z art. 21 § 2 k.k., jest możliwe, gdy wykorzystując uzależnienie podwładnego (*intranseusa*)¹⁰¹, poleca mu (tzn. wywiera presję) dokonanie czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. Wówczas sprawca polecający poniesie odpowiedzialność za przestępstwo indywidualne przy zastosowaniu art. 21 § 2 k.k., jeżeli wiedział o właściwości (a to z racji zajmowanego stanowiska jest wielce prawdopodobne), jaką dysponuje bezpośredni wykonawca.

Wykraczając wyobraźnią poza urzędowe struktury, dostrzegamy możliwość zastosowania art. 21 § 2 k.k. także w sytuacji, gdy osoba „z zewnątrz” nakłania osobę, której powierzono przedmiotowy obowiązek tudzież kierującego daną jednostką (*intranseus*) do popełnienia omawianego czynu. Rzecz może dotyczyć osób umiejscowionych poza podmiotem władzy publicznej, które wchodzą w nim w określone interakcje (np. wykonawcy zamówień publicznych), lecz w danym stanie faktycznym nie doznają ochrony na podstawie art. 5 ust. 1 i 2 u.d.i.p. Jeśli nie ma przesłanek faktycznych i prawnych, aby przedsiębiorca był beneficjentem „tajemnicy przedsiębiorcy” (art. 5 ust. 2 u.d.i.p.), lecz nakłania *intranseusa* do nieudostępnienia informacji, to w rezultacie poniesienie odpowiedzialności karną z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 23 u.d.i.p.¹⁰²

Sprawcą omawianego czynu zabronionego może być człowiek (osoba fizyczna), który ze względu na wiek i poziom umysłowy jest zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej¹⁰³. Odpowiedzialność karna jest rodzajem odpowiedzialności osobistej, opartej na winie indywidualnej. Odpowiedzialności karnej nie będą podlegać poszczególne podmioty władzy publicznej. Ustawa z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (dalej: o.p.z.)¹⁰⁴ odgrywa marginalną rolę w praktyce, lecz statuuje odpowiedzialność osób prawnych, jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości, którym odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem: Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, spółek handlowych z udziałem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek za czyny zabronione, popełnione w ich imieniu lub interesie. Jednakże warunkiem odpowiedzialności jest skazanie osoby fizycznej, działającej w imieniu lub na rzecz podmiotu zbiorowego, który odniósł z przestępstwa popełnionego przez tę osobę bezprawną „korzyść” (zob. art. 3 *in fine*, art. 4 o.p.z.).

¹⁰¹ Zwróćmy uwagę, że ten przykład dotyczy sytuacji, w których kierownik jednostki nie zajmuje się bezpośrednio wypełnianiem obowiązków informacyjnych, ponieważ wskutek „dekoncentracji wewnętrznej” doszło do powierzenia kompetencji podwładnemu. Brak nam miejsca na rozliczne dywagacje dot. źródeł dekoncentracji i związane z tym implikacje, ale w zależności od ustroju prawnego jednostki organizacyjnej może istnieć podstawa do cofnięcia upoważnienia i powrót delegowanej kompetencji do kierownika jednostki. Wówczas kierownik zyskuje warunki do dokonania inkryminowanego czynu samodzielnie.

¹⁰² Zob. wyrok SN z 3.08.206 r., III KK 445/05, Biuletyn Prawa Karnego 2006, z. 8, poz. 1.2.8.

¹⁰³ Zob. art. 10§1 i 2 k.k. oraz art. 31§1 k.k.

¹⁰⁴ Dz. U. Nr 197, poz. 1661 ze zm.

¹⁰⁰ Tak też M. Jabłoński, K. Wygoda, Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz, Wrocław 2002, s. 265-266.

Porównawszy zakresy podmiotowe o.p.z. oraz u.d.i.p., stwierdzamy, że przepisy o.p.z. znalazłyby zastosowanie w przypadku niektórych państwowych lub samorządowych osób prawnych (zob. art. 2 ust. 1 i 2 o.p.z.). Jednakże art. 16 o.p.z. zawiera zamknięty katalog przestępstw, których uprzednie popełnienie przez osobę z art. 3 o.p.z. stwarzałoby podstawę do pociągnięcia podmiotu zbiorowego do odpowiedzialności. Umieszczenie w art. 16 o.p.z. czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. należy pozostawić ocenie ustawodawcy. Powątpiewamy jednak, czy pociągnięcie do odpowiedzialności publicznego podmiotu zbiorowego służyłoby usprawnieniu działalności ukaranego podmiotu i polepszeniu organizacji pracy. Dostęp do informacji publicznej i ochrona danych osobowych opierają się na (nierzadko kosztownym) przygotowaniu kadry i infrastruktury, a to z kolei jest finansowane ze środków własnych (por. art. 7 o.p.z.). Dyskusjom akademickim pozostawiamy scenariusze, w których podmiot władzy publicznej uzyskiwałby karnoprawną „korzyść” z zatajenia informacji publicznej.

ORZECZENIA

WYPEŁNIENIE FORMULARZA REJESTRACYJNEGO NIE JEST CHWILĄ ZAWARCIA UMOWY ON-LINE

Ostatnio w związku z serią pozwów przeciwko przedsiębiorcom o zapłatę z tytułu „samoczynnego” i milczącego przekształcenia umowy zawartej drogą elektroniczną z bezpłatnej („365 dni testowych za darmo”) w płatną, wytoczonych przez właściciela portalu businesssolutioncentre.pl, powstało w okręgu Sądu Okręgowego w Legnicy ciekawe orzecznictwo dotyczące m. in. kwestii obowiązywania regulaminów na stronach internetowych i chwili zawarcia umowy drogą elektroniczną na podstawie oferty zamieszczonej na WWW.

TEZY:

1. Dowodu na okoliczność zapoznania się z regulaminem on-line nie może stanowić wydruk formularza rejestracyjnego, na którym brak jest „kwadratu”, bądź też „odfajkowanego” pola, w którym osoba dokonująca rejestracji rzekomo zaznaczyła fakt zapoznania się z regulaminem korzystania z portalu.
2. Wypełnienie formularza rejestracyjnego zamieszczonego na portalu internetowym stanowi wyłącznie **potwierdzenie otrzymania** przez osobę dokonującą rejestracji oferty złożonej w postaci elektronicznej (nie jest równoznaczne z **przyjęciem oferty**).
3. Od chwili wypełnienia formularza rejestracyjnego, zgodnie z przepisem art. 66¹ § 1 k.c., oferent jest związany ofertą przedstawioną on-line, ale przez sam fakt dokonania rejestracji na portalu nie dochodzi jeszcze do zawarcia umowy między stronami.
4. Dla wywołania takiego skutku koniecznym jest bowiem nadto złożenie przez rejestrującego się oświadczenia woli o przyjęciu oferty. Oświadczenie takie może zostać złożone poprzez kliknięcie na stosowny link aktywacyjny.
5. Okoliczności, w których drogą elektroniczną złożone zostaje oświadczenie woli – takie jak e-maile, zapraszające do rejestracji na portalu – mogą mieć istotny wpływ na wynik jego tłumaczenia.

Na skutek pozwu Marcina B., Sąd Rejonowy w Legnicy ustalił, że w dniu 30 maja 2008 r. Marcin B. oraz Waldemar A. zawarli umowę świadczenia usług drogą elektroniczną polegającą na dostępie do obsługi prawnej, informacyjnej oraz organizacyjnej ułatwiającej wejście na nowe rynki zbytu. Zawarcie umowy nastąpiło poprzez zarejestrowanie się przez pozwanego na stronie internetowej firmy powoda – www.businesssolutionscentre.pl, zaakceptowaniu regulaminu korzystania z portalu, a następnie potwierdzenie procesu rejestracji przez kliknięcie na link aktywacyjny przesłany do pozwanego za pomocą poczty elektronicznej.

Pozwany miał możliwość skorzystania z dwóch ofert dokonując wyboru planów płatności: „abonament roczny” i „365 dni za darmo”. Pozwany wybierając opcję „365 dni za darmo” jako zarejestrowany podmiot nie był zobowiązany do zapłaty za abonament przez pierwszy rok, liczony od dnia dokonania pierwszej rejestracji. Obowiązek zapłaty opłaty abonamentowej powstawał z chwilą niewypowiedzenia umowy przez użytkownika listem poleconym na wskazany adres powoda w przeciągu trwania pierwszego roku z chwilą upływu 12 miesięcy kalendarzowych liczonych od dnia pierwszej rejestracji. Opłata stawała się wtedy wymagalna na kolejny rok. Przez upływem roku od dnia rejestracji, pozwany nie wypowiedział powodowi umowy o świadczenie usług, dlatego w dniu 28 maja 2009 r. powód wystawił fakturę VAT nr 30/2009/05 na kwotę 427 zł brutto, obejmującą należność za abonament za 2009 – 2010 rok. Dopiero w czerwcu 2009 r. pozwany zrezygnował z usług powoda, a w piśmie z dnia 05 października 2009 r. złożył oświadczenie o uchyleniu się od skutków pranych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu.

Zdaniem Sądu I instancji (wyrok z dnia 3.11.2009 r., sygn. akt V GC 425/09, publ.: http://www.nowemedia.org.pl/bsc_orzecznictwo.html) – w sprawie spełnione zostały wszystkie przesłanki świadczenia usług drogą elektroniczną określone w ustawie z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną ponieważ pozwany potwierdził otrzymanie i przyjęcie oferty, był więc nią związany. Do czasu złożenia potwierdzenia oferta nie wiąże oferenta, a potwierdzenie niezwłocznie powoduje skutek prawny w postaci związania ofertą. Gdy pozwany złożył oświadczenie o przyjęciu oferty, doszło do jednoczesnego potwierdzenia jej otrzymania i zawarcia umowy. W ocenie Sądu Rejonowego, pozwany miał możliwość zapoznania się z treścią regulaminu, co wystarczyło, by wzorzec umowny wiązał stronę. Zdaniem Sądu rejonowego powód udostępnił pozwanemu regulamin i jego treść, a pozwana miała możliwość zapoznania się z jego treścią, i jego ryzykiem pozostawało, że nie przeczytał tego regulaminu. Przyjęcie oferty oznaczało, że zaakceptował on warunki regulaminu. Zasadny nie był także zarzut pozwanego odnoszący się do funkcjonowania w obrocie regulaminów o różnej treści, gdyż pozwany nie wykazał, że w dacie zawierania umowy istniał inny regulamin, a ponadto, że inne przedłożone przez niego regulaminy, jako dowody w sprawie nie wskazywały, jakoby istniejące tam zmiany wpływały na zakres jego obowiązków.

Powód nie miał obowiązku przesyłać pozwanemu regulaminu, gdyż zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną mógł to zrobić tylko na żądanie w ściśle określonych sytuacjach, a pozwany nie wykazał, by zwracał się o przesłanie takiego regulaminu. Nadto, zadaniem powoda wynikającym z zawartej umowy, było zapewnienie pozwanemu dostępu do aktualnej informacji, a powód miał taki dostęp zapewniony. Po przeanalizowaniu treści umowy zawartej między stronami sporu, Sąd uznał, że konsekwencją zaakceptowania warunków regulaminu przez pozwanego, oznaczało, że był on związany postanowieniami regulaminu w zakresie subskrypcji płatnego dostępu. Z tego powodu na uwzględnienie nie zasługiwały również podnoszone przez

¹ radca prawny Rafał Cisek – współpracownik Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej (CBKE), twórca serwisu prawa nowych technologii NoweMEDIA.org.pl, ekspert w zakresie prawnych aspektów komunikacji elektronicznej.

pozwanego zarzuty co do uchylenia się od złożonego oświadczenia woli i zarzutu potrącenia. Samo niezapoznanie się przez stronę z warunkami umowy, a w przypadku pozwanego, niezapoznanie się z treścią regulaminu, nie rodziło skutków wadliwego oświadczenia woli.

Pozwany złożył apelację od powyższego wyroku, domagając się jego zmiany i oddalenia powództwa w całości. Sąd Okręgowy w Legnicy w wyroku z dnia 16 marca 2010 r. uwzględnił apelację i oddalił powództwo (sygn. akt. VI Ga 25/10, publ.: http://www.nowemedia.org.pl/bsc_orzecznictwo.html).

Zdaniem sądu rozpoznającego apelację, w niniejszej sprawie należało rozważyć przede wszystkim kwestię, czy w ogóle doszło do zawarcia umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną, a w szczególności, czy informacje zamieszczone na portalu internetowym należącym do powoda stanowiły ofertę zawarcia umowy oraz czy pozwany złożył oświadczenie woli w postaci elektronicznej o przyjęciu oferty powoda.

Istotnym w sprawie pozostawało również, czy w przypadku uznania, że między stronami doszło do zawarcia umowy, jaka była rzeczywista treść zawartej przez strony umowy, tj. **czy pozwany był związany postanowieniami regulaminu korzystania z portalu, które przewidywały niejako „samoczynne” i milczące zarazem przekształcenie się umowy z nieodpłatnej (wersja „365 dni za darmo”) w umowę odpłatną, w razie jej niewypowiedzenia przez upływem jednego roku od dnia dokonania pierwszej rejestracji w portalu.**

Kluczowymi zarzutami mającymi wpływ na trafność argumentów apelacji okazał się zarzut naruszenia art. 8 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz art. 66¹ k.c. Zdaniem Sądu Okręgowego wszystkie zawarte w apelacji wnioski odnoszące się do błędnej interpretacji tych przepisów zasługują na aprobatę.

Zdaniem Sądu ofertą w postaci elektronicznej jest zatem takie oświadczenie woli przedsiębiorcy (art. 66¹ § 2 k.c.) złożone w sieci teleinformatycznej, na stronach internetowych www, które wyraża stanowczą wolę zawarcia umowy, określając przy tym jej istotne postanowienia.

Ważną okolicznością jest przy tym treść przepisu art. 8 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, zgodnie z którym usługodawca (powód) ma obowiązek określić regulamin świadczenia usług drogą elektroniczną (pkt 1) oraz nieodpłatnie udostępnić usługobiorcy (pozwanemu) regulamin przed zawarciem umowy o świadczenie takich usług, a także – ale tylko na żądanie usługobiorcy (pozwanego) – w taki sposób, który umożliwia pozyskanie, odtwarzanie i utrwalanie treści regulaminu za pomocą systemu teleinformatycznego, którym posługuje się usługobiorca. Konsekwencją nieudostępnienia usługobiorcy we wskazany sposób treści regulaminu jest to, że nie jest on związany tymi postanowieniami regulaminu.

Zgodnie z pkt 3 art. 8 ustawy, regulamin określa w szczególności rodzaje i zakres usług świadczonych drogą elektroniczną, warunki świadczenia usług drogą elektroniczną (w tym wymagania techniczne niezbędne do współpracy z systemem teleinformatycznym, którym posługuje się usługodawca i zakaz dostarczania przez usługobiorcę treści o charakterze bezprawnym), warunki zawierania i rozwiązywania umów o świadczenie usług drogą elektroniczną, tryb postępowania reklamacyjnego. W punkcie 4 ustawy, na usługodawcę nałożono obowiązek świadczenia usług drogą elektroniczną zgodnie z regulaminem.

Z powyższego unormowania wynika, że przed rozpoczęciem świadczenia usług drogą elektroniczną usługodawca zobowiązany jest do sporządzenia regulaminu, na podstawie którego świadczone będą usługi i który powinien udostępnić usługobiorcom przed zawarciem umowy. Regulamin ten należy uznać za wzorzec umowny w rozumieniu art. 384 k.c., co oznacza, że musi być przede wszystkim doręczony przy zawarciu umowy (art. 384 § 1 k.c.), a gdy posługiwanie się nim jest w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte, wiąże on także wtedy, gdy strona mogła się z nim z łatwością zapoznać (art. 384 § 2 k.c.).

Należy jednak zwrócić uwagę, że postanowienia kodeksowe zostały w tym zakresie zmodyfikowane przez treść art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną i nie wystarczyła sama możliwość zapoznania się z regulaminem, ale koniecznym było ponadto jego udostępnienie usługobiorcy. Regulamin przekazany stronie bez zachowania tego wymogu nie wiąże drugiej strony. Z uwagi zatem na takie postanowienia ustawy, regulamin powinien zostać udostępniony przez usługodawcę przed zawarciem umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną, ale w odróżnieniu od art. 384 § 4 k.c. – jedynie na żądanie usługobiorcy usługodawca przekazuje regulamin w taki sposób, który umożliwia pozyskanie, odtwarzanie i utrwalanie treści regulaminu za pomocą systemu teleinformatycznego, którym posługuje się usługobiorca.

Rozstrzygnięcie kwestii prawidłowości regulaminu miały istotne znaczenie dla oceny, czy informacje zamieszczone przez powoda na stronie internetowej portalu www.businesssolutionscentre.pl stanowią ofertę zawarcia umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną. Sąd Okręgowy miał przy tym na uwadze, że powód, zgodnie z przytoczonym wyżej unormowaniem art. 8 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, w procedurze zawierania umów posługiwał się regulaminem, którego postanowienia doprecyzowują warunki proponowanego przez niego kontraktu, a który to regulamin, zgodnie z art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy, miał obowiązek udostępnić pozwanemu przed zawarciem umowy.

Powód dla wykazania, że pozwany Waldemar A. zarejestrował się na portalu należącym do powoda i zaakceptował regulamin, przedłożył jednak tylko wydruk komputerowej rejestracji na portalu, natomiast na okoliczność istnienia zobowiązania przedłożył fakturę VAT. W ocenie Sądu Okręgowego, dokumenty te nie stanowią wystarczającego dowodu zawarcia przez strony umowy.

Podkreślić należy, że z treści art. 232 k.p.c. wynika, iż strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zgodnie z art. 6 k.c. to na powodzie spoczywał ciężar wykazania wskazanych wyżej okoliczności a w konsekwencji zawarcia umowy i jej wykonania.

Z przedłożonego przez powoda regulaminu nie wynika w szczególności jaka w istocie była treść tego regulaminu w dacie zawierania rzekomej umowy przez strony, skoro w momencie wypełniania przez pozwanego formularza rejestracyjnego istniały

różne regulaminy, i które – co jest okolicznością niezwykle istotną – przewidywały różną odpłatność za usługi świadczone przez powoda.

Brak jest nadto potwierdzenia źródła wydruku regulaminu o treści wskazanej przez powoda, nie wykazał on bowiem, że regulamin w treści przez niego przedłożonej był dostępny na jego stronie internetowej w dacie korzystania z niej przez pozwanego, co biorąc pod uwagę dodatkowo, że podawany przez powoda adres, na którym miał znajdować się regulamin był zły bądź nieaktualny, gdyż nie można było się z nim zapoznać, bo podana strona nie istnieje, skutkowało uznaniem, że powód nie udowodnił, że pozwany rzeczywiście zapoznał się z jego treścią, a jeśli tak, to jaka była treść tego regulaminu. Ma to o tyle znaczenie, że każdego użytkownika obowiązuje zawsze aktualny regulamin znajdujący się na portalu.

W regulaminie przedstawionym przez powoda również brakowało wskazania daty jego sporządzenia i okresu obowiązywania, dlatego też Sąd nie mógł stwierdzić, czy to właśnie z tym regulaminem pozwany zapoznał się przy rejestracji. Wobec zarzutów pozwanego, powód powinien był wykazać, który z regulaminów obowiązywał w dniu 30 maja 2008 r., czego jednak w żaden sposób nie wykazał.

Powód twierdził, że pozwany zaakceptował jego ofertę poprzez złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej, tj. zarejestrował się na stronie internetowej powoda, zaakceptował regulamin i potwierdził rejestrację klikając na link aktywacyjny przesłany mu za pomocą poczty elektronicznej. Treścią oferty powoda było świadczenie usług polegających na kompleksowej obsłudze prawnej, informacyjnej oraz organizacyjnej.

Wbrew stanowisku Sądu I instancji – w sprawie nie było także wystarczających dowodów na uznanie, że doszło do aktywacji profilu pozwanego jako użytkownika portalu. Pozwany bowiem konsekwentnie w toku całego procesu podawał, że nigdy nie otrzymał, ani nie „kliknął” na link aktywacyjny, który rzekomo został wygenerowany z portalu internetowego powoda. Twierdzenia Marcina B. w tym zakresie, w zestawieniu dodatkowo z faktem, że nie przedłożył on na tą okoliczność żadnego dokumentu, pozwalają wnioskować, że brak jest przekonujących dowodów na to, że użytkownik ten kliknął na przesłany mu link aktywacyjny. Taka informacja nie wynika w szczególności z wydruku komputerowej rejestracji. **Nie wiadomo bowiem, czy informacje z formularza widoczne na wydruku rejestracji dostępne są dla administratora systemu już w momencie akceptacji regulaminu, czy dopiero po kliknięciu na link aktywacyjny i ostatecznym potwierdzeniu rejestracji.** Nie wykazanie przez powoda tak istotnej okoliczności, podważyło powoływanie się przez niego na fakt złożenia przez pozwanego oświadczenia woli o zawarciu umowy danej treści w postaci elektronicznej, tym bardziej w płatnej opcji.

Skoro pozwany wyraźnie zaprzeczył, jakoby miał otrzymać od powoda e-mail z linkiem aktywacyjnym i zarzucił, że nie dokonał akceptacji tego linku, a tym samym, że nie przyjął oferty powoda, to w tym stanie rzeczy, zgodnie z przepisem art. 6 k.c., to na powodzie spoczywał ciężar wykazania, że e-mail z linkiem aktywacyjnym został przez niego wysłany na adres poczty elektronicznej pozwanego i że pozwany, wbrew swoim twierdzeniom, w rzeczywistości kliknął na ów link, finalizując tym samym zawarcie umowy. **Powód nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających powyższe okoliczności. W szczególności nie udowodnił on, aby wysłał do pozwanego wiadomość z linkiem aktywacyjnym. W związku z tym należało przyjąć, że powód nie wykazał faktu skutecznego zawarcia umowy z pozwanym.**

Dowodem na okoliczność zapoznania się pozwanego z regulaminem nie może stanowić przedstawiony przez powoda wydruk formularza rejestracyjnego, na którym brak jest „kwadratu”, bądź też „odfajkowanego” pola, w którym pozwany rzekomo zaznaczyłby fakt zapoznania się z regulaminem korzystania z portalu. Miało to także istotne znaczenie dla przyjęcia po stronie pozwanego złożenia oświadczenia woli pod wpływem błędu.

Nader istotną kwestią pozostawało również, czy powód zapraszając do rejestracji na swoim portalu internetowym, złożył pozwanemu ofertę zawarcia umowy w rozumieniu art. 66 k.c., a także czy samo wypełnianie formularza na stronie internetowej powoda, doprowadziło do złożenia oświadczenia woli o przyjęciu oferty, zgodnie bowiem z przepisem art. 66¹ § 1 kc, oferta złożona w postaci elektronicznej wiąże składającego, jeżeli druga strona niezwłocznie potwierdzi jej otrzymanie.

Powyższa zasada odnosi się do wszelkich ofert złożonych w postaci elektronicznej, z wyjątkiem tych, które zostają złożone za pomocą poczty elektronicznej albo podobnych środków indywidualnego porozumiewania się na odległość. Warunek związania ofertą odnosi się zarówno do sytuacji, gdy oferta jest skierowana do ogółu, czy też określonej grupy osób (przede wszystkim w przypadku ofert pochodzących od przedsiębiorcy ogłoszonych na stronie internetowej), jak i do takich, gdy oferta jest kierowana do indywidualnego adresata (głównie w przypadku ofert od klientów złożonych na podstawie ogłoszenia na stronie internetowej).

Potwierdzenie otrzymania oferty należy jednakże odróżnić od przyjęcia oferty, albowiem owo potwierdzenie wywołuje wyłączny skutek w postaci związania oferenta złożoną ofertą i nie przesądza ono jeszcze stanowiska oblata wobec propozycji zawarcia umowy. Oblat może następnie ofertę przyjąć, odrzucić bądź przyjąć z zastrzeżeniem zmian lub uzupełnień (nowa oferta). Potwierdzenie to nie wymaga zachowania szczególnej formy, może zostać dokonane również w postaci elektronicznej, bądź w inny sposób. Potwierdzenie przez klienta otrzymania oferty ogłoszonej przez przedsiębiorcę na stronie internetowej następuje przeważnie przez jego zindywidualizowanie się, co wyraża się poprzez zalogowanie jego danych w witrynie internetowej. Od tego momentu oferent staje się związany ofertą zamieszczoną na swojej stronie internetowej, przy czym termin tego związania może wynikać z treści oferty, a w braku takiego wskazania, ustalany jest na podstawie art. 66 § 2 k.c. (kom. do art. 661 k.c. [w:] A. Kidyba (red.), tom I. Część ogólna, lex 2009).

Stosownie do treści art. 61 § 2 k.c., oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Sąd uznał, że wypełnienie przez pozwanego w dniu 30 maja 2008 r. formularza rejestracyjnego zamieszczonego na portalu powoda, którego wydruk powód dołączył do pozwu, stanowiło wyłącznie

potwierdzenie otrzymania przez pozwanego oferty powoda złożonej w postaci elektronicznej, tj. ogłoszonej na stronie internetowej www.businesssolutionscentre.pl. **Od tego momentu, zgodnie z przepisem art. 66¹ § 1 k.c., powód jako oferent był związany tą ofertą, ale przez sam fakt dokonania przez pozwanego rejestracji na portalu nie doszło jeszcze do zawarcia umowy między stronami. Dla wywołania takiego skutku koniecznym było bowiem nadto złożenie przez pozwanego oświadczenia woli o przyjęciu oferty.**

Dowodem na zawarcie spornej umowy nie mógł być załączony do pozwu wydruk formularza rejestracyjnego, albowiem – jak to wynika z powyższych rozważań – stanowi on jedynie potwierdzenie otrzymania przez pozwanego oferty powoda. Na okoliczność istnienia zobowiązania powód przedłożył także wystawioną przez siebie fakturę VAT. Faktura ta nie została jednak zaakceptowana przez pozwanego i nie stanowi sama w sobie dowodu zawarcia i treści umowy cywilno-prawnej oraz istnienia zobowiązania, jak twierdzi powód. Dokument taki może mieć ewentualnie znaczenie pomocnicze w ustaleniu treści umowy oraz potwierdzenia jej zawarcia jednak tylko w zestawieniu z innymi dowodami, które w tej sprawie nie dowodzą faktu zawarcia żadnej umowy.

Sąd I instancji nie nadał należytego znaczenia okolicznościom w jakim powód proponował współpracę różnym osobom, w tym pozwanemu. Powód Marcin B. wysłał na adres e-mail pozwanego zaproszenie do dodania swojej oferty handlowej i wizytówki firmy na wspomnianym portalu, informując że dla pierwszych 1000 firm rejestracja jest za darmo z pełnym dostępem do giełd i informacji handlowych zamieszczonych na portalu.

Taka treść informacji przekazanej przez powoda miała istotny wpływ na dalsze postępowanie pozwanego. Powód kilkakrotnie wysłał do pozwanego maile z zaproszeniem do odwiedzenia portalu z wyraźnym zaznaczeniem braku opłaty w przypadku rejestracji dla pierwszych 1000 osób. Wykładnia oświadczeń woli i intencji po obu stronach pozwala wysunąć wniosek, że nic nie wskazywało na to, że była to oferta zawarcia umowy o charakterze odpłatnym, a wobec różnej treści regulaminu niewiadomą pozostawałoby nawet w jakiej wysokości opłata mogłaby zostać pobrana.

Przepis art. 65 § 2 k.c. wskazuje na zgody zamiar stron umowy, przez który należy rozumieć wspólne uzgodnienie istotnych dla danego typu czynności postanowień bądź w samej umowie, bądź poza nią (np. w rokowaniach). **Nie ulega także wątpliwości, że okoliczności, w których złożone zostało oświadczenie woli mogą mieć istotny wpływ na wynik jego tłumaczenia.** Z zaprezentowanych stanowisk stron sporu można wyraźnie wywieść, że strony wysyłanym przez powoda e – mailom nie nadawały jednakowego znaczenia. Według powoda, e – maile stanowiły ofertę zawarcia umowy (odpłatnej), zaś pozwany uznał je jedynie za propozycję darmowego skorzystania przez okres jednego roku z usług powoda. W ocenie Sądu – wobec tak wyrażonych propozycji powoda i jednoznacznego sformułowania „bezpłatny dostęp”, zasadnie pozwany mógł oczekiwać darmowego dostępu do portalu przez okres roku.

Pozwany nie miał nawet obowiązku zwracania się do powoda o dalsze wyjaśnienia, gdyż e – maile od były zredagowane w jasny i czytelny sposób, a ich interpretacja nie pozwala wysuwać tak dalece idących wniosków jak możliwość obciążania opłatą w razie niewypowiedzenia umowy przed upływem roku od rejestracji.

Dodatkowo, reakcja pozwanego po dowiedzeniu się o obciążaniu go opłatą korespondencja między stronami i prezentowane przez niego w toku całego procesu stanowcza pozycja wobec wysuwanych przez powoda roszczeń spowodowały, że zdaniem Sądu – uchylenie się przez niego od skutków prawnych oświadczeń woli było skuteczne. Obrona ta jednak zasługiwałaby na uwzględnieniu, dopiero po uznaniu, że między stronami doszło do zawarcia umowy, co wobec powyższych rozważań, nie było konieczne.

Uwagę zwraca fakt, że w przypadku, gdyby powód wiedział o odpłatności za korzystanie z portalu, nie zdecydowałby się na zalogowanie na stronie internetowej firmy powoda. Świadczy o tym również reakcja pozwanego po wystawieniu przez powoda faktury VAT obciążającej go zapłatą za usługi biznesowe. Oceny tej nie zmienia fakt, że samo niezapoznanie się przez pozwanego z warunkami regulaminu, spowodowało brak możliwości przypisania takim czynnościom pozwanego przymiotu działania pod wpływem błędu, ponieważ bezsporną okolicznością między stronami pozostawało, że powód „kliknął” na opcję „za darmo”, która była dostępna obok wariantu płatnego dostępu”, co jasno wskazywało na jego zamiar uzyskania darmowego dostępu do portalu.

Nadto, nawet wobec nierozstrzygnięcia, która wersja regulaminu wiązała powoda, w każdej z nich było napisane, że możliwość obciążania opłatą nie dotyczy klientów, którzy wybrali wariant „365 dni za darmo”. W takim układzie okoliczności, za skuteczne należało uznać uchylenie się przez pozwanego od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli.

W świetle powyższych okoliczności, należało uznać, że powód nie wykazał, jakoby pozwany złożył oświadczenie woli o przyjęciu oferty, Sąd uznał, że między stronami nie doszło do zawarcia umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną, co przesądzało o bezzasadności wytoczonego powództwa.

Nawet w razie ustalenia przez Sąd, że pozwany zaakceptował ofertę powoda i między stronami doszło do zawarcia umowy, i tak nie byłoby podstaw do przyjęcia, że po stronie pozwanego powstał obowiązek zapłaty na rzecz powoda abonamentu. Powód nie przedstawił bowiem żadnego dowodu na okoliczność zaakceptowania przez pozwanego regulaminu korzystania z portalu o treści takiej, jak treść regulaminu załączonego do pozwu, a to właśnie w regulaminie zamieszczone zostało rozróżnienie na bezpłatną i płatną opcję dostępu do portalu, **jednak wobec posługiwania się przez pozwanego różnymi regulaminami nie było możliwym ustalenie jaki regulamin obowiązywał w dniu zapoznawania się z nim przez pozwanego, a w konsekwencji jaka była wysokość opłaty.**

Omawiany wyrok zasługuje na całkowitą aprobatę. Ma to szczególne znaczenie wobec plagi podstępного podsuwania ofert rzekomo darmowej rejestracji na różnych portalach. Często potem okazuje się, że osoby rejestrujące są po pewnym czasie obciążane różnymi płatnościami, czego nie spodziewały się podczas „bezpłatnej rejestracji”. Jaskrawym przykładem jest kasus „Pobieraczka” (<http://www.nowemedia.org.pl/pobieraczek.html>). Z tym, że portal Pobieraczek.pl próbował obciążać niespodziewanymi płatnościami głównie konsumentów, którzy są bardziej chronieni przez prawo niż przedsiębiorcy.

Warto w tym miejscu przytoczyć również orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 19 kwietnia 2005 (sygn. akt XVII Amc 23/05). Sąd ten uznał za zabronione stosowanie w umowie klauzuli o treści: „Automatyczne przedłużenie na kolejne 12 miesięcy następuje z dniem zakończenia ważności poprzedniej umowy, pod warunkiem nie złożenia w tym dniu rezygnacji.”

Odnosnie stosunków między przedsiębiorcami brakowało do tej pory w tym zakresie orzeczeń polskich sądów. Dlatego dotąd na odnotowanie zasługiwał wyrok niemieckiego sądu w sprawie Fair Guide z dnia 8 stycznia 2005 r. W orzeczeniu tym Sąd Okręgowy w Chemnitz podtrzymał wyrok z dnia 4 czerwca 2004 r., stanowiący, że sposób sformułowania oferty przez Construct Data AG (wydawcę katalogu Fair Guide w wersji on-line), potwierdza zamiar oszukania (zwiedzenia) zgodnie z art. 263 par. 1 Niemieckiego Kodeksu Kryminalnego (oszustwo). Sąd orzekł, że Construct Data AG nie ma żadnych roszczeń przeciwko jakemukolwiek klientowi, który podpisał formularz i że wpis klienta na liście musi zostać usunięty. **Według sądu, oferta wpisu w Fair Guide była systematycznie formułowana w taki sposób, aby stworzyć wrażenie, że klient korzysta z darmowej usługi.** Ogólne wrażenie szaty graficznej i kopii wskazuje na zamiar ukrycia faktu, że jest to oferta płatna, przed podpisującym klientem, który nie przeczytał formularza uważnie. Cieszy fakt, że polski sąd wreszcie wypowiedział się w podobnej sprawie.

Na koniec warto dodać, iż po wydaniu wyroku opisanego wyroku przez Sąd Okręgowy w Legnicy, Sąd Rejonowy w Legnicy wydał kolejny wyrok w analogicznej sprawie dotyczącej rejestracji na omawianym portalu, w którym oddalił już w I instancji powództwo właściciela serwisu businesssolutioncentre.pl, podpierając się argumentacją zaproponowaną właśnie w omawianym wyroku apelacyjnym. Można więc śmiało powiedzieć, iż komentowane orzeczenie stało się przyczynkiem do ustalenia pewnej jednolitej linii orzecznictwa w zakresie zawierania umów drogą elektroniczną.

SPIS TREŚCI

AKTUALNOŚCI	2
 NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE PRYWATNYM	
DR Marek Świerczyński Prawo właściwe a nieuczciwa konkurencja w Internecie	6
DR Justyna Balcarczyk Prasa internetowa – rejestracja?	10
SĘDZIA Łukasz Dyląg Elektroniczna forma oświadczenia woli	16
MGR Agata Majchrowska Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu świadczenia usług elektronicznych z użyciem elektronicznych instrumentów płatniczych	22
 NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE PUBLICZNYM	
DR Andrzej Michór Komisja nadzoru finansowego jako gwarant stabilności systemu finansowego w Polsce	28
DR Witold Srokosz Zakres stosowania Dyrektywy PSD (Payment Services Directive)	33
DR Dariusz Szostek Zmiany w kodeksie postępowania administracyjnego w aspekcie e-administracji	37
MGR Łukasz Goździaszek Podpis elektroniczny w prawie amerykańskim	41
 NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE KARNYM	
DR Michał Bernaczyk, MGR Anna Presz Karnoprawna ochrona dostępu do informacji publicznej w działalności prokuratury i sądów powszechnych ³ . Część I	47
 ORZECZENIA	
RADCA PRAWNY Rafał Cisek Wypełnienie formularza rejestracyjnego nie jest chwilą zawarcia umowy on-line	59
 O NAS	65



CENTRUM BADAŃ PROBLEMÓW PRAWNYCH I EKONOMICZNYCH KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ (CBKE)

Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej (CBKE) jest jednostką naukowo-badawczą działającą w ramach Uniwersytetu Wrocławskiego. Jednostka ta powołana została w celu prowadzenia badań naukowych nad: umowami elektronicznymi, prawem telekomunikacyjnym, przestępczością komputerową, ochroną danych osobowych przetwarzanych informatycznie, stosowaniem technik informatycznych w wymiarze sprawiedliwości, ochroną własności intelektualnej w Internecie, ideą elektronicznego rządu, informatyką prawniczą, prawem mediów oraz prawnymi aspektami dostępu do informacji.

Początek XXI wieku to okres bujnego rozwoju tzw. technologii IT, co spowodowało, że założenie CBKE pokryło się z dynamicznie wzrastającym zainteresowaniem tą tematyką. Kolejne lata funkcjonowania na Wydziale ugruntowały naszą pozycję jako solidnego organizatora i współorganizatora przedsięwzięć naukowo-badawczych.

Priorytety naszego działania obejmują m. in. prowadzenie w ramach i pod kierownictwem Uczelni prac naukowo-badawczych, rozwijanie międzynarodowych kontaktów i współpracy naukowej, nawiązywanie współpracy z innymi organizacjami i ośrodkami akademickimi zajmującymi się pokrewną tematyką, jak również rozwijanie i kształtowanie życia naukowego wśród studentów oraz integracja środowiska studenckiego i naukowego.

Kierownikiem CBKE jest prof. dr hab. Jacek Gołaczyński. Zespół Centrum stanowią pracownicy naukowcy Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz doktoranci prawa. Doktoranci prowadzą badania naukowe pod kierunkiem Rady Naukowej CBKE składającej się z siedmiu profesorów naszego Wydziału oraz profesora z Uniwersytetu w Hanowerze. Przewodniczącym Rady jest Dziekan Wydziału dr hab. prof. Włodzimierz Gromski.



VNT LAW & COMMUNICATIONS SPÓŁKA Z O.O.

VNT Law & Communications spółka z o.o. organizuje seminaria otwarte (terminarz szczegółowy vnt.com.pl) ale także dedykowane wysoko specjalistyczne seminaria zamknięte dla sądów (zarówno okręgowych jak rejonowych), okręgowych rad radców prawnych, adwokackich, kancelarii prawnych, urzędów, przedsiębiorców itp. Wykładowcami są uznani specjaliści zarówno naukowcy, jak sędziowie, wysokiej rangi urzędnicy, a także praktycy. Oprócz seminariów z prawa, jako jeden z nielicznych podmiotów w kraju, organizujemy dla małych grup (np. w ramach danej izby korporacyjnej, sądu okręgowego itp.) specjalistyczne zajęcia z prawniczego języka angielskiego (współpraca z Londyńską Izbą Przemysłowo Handlową w zakresie certyfikowania znajomości specjalistycznego języka angielskiego). Realizujemy aktualnie projekty współfinansowane ze środków UE.

Aktualnie realizowane szkolenia dedykowane (możliwość realizacji dla poszczególnych korporacji czy też sądów):

- Elektroniczne postępowanie upominawcze
- Wpływ najnowszych zmian w k.p.c. na postępowanie sądowe
- Konsekwencje zmian k.p.c. dla funkcjonowania sądu i pełnomocników w związku z e-protokołem
- Nowa regulacja hipoteki (wejście w życie 2011 r)
- Nowelizacja ustawy o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne
- Informatyzacja postępowania cywilnego
- Dokument elektroniczny w postępowaniu administracyjnym oraz sądowym
- Zmiany w procedurze administracyjnej. Konsekwencje nowelizacji ustawy o informatyzacji na orzecznictwo sądów administracyjnych (seminarium dedykowane dla sądów administracyjnych)
- Zmiany w k.p.a. – konsekwencje dla urzędów ale także pełnomocników
- Konsekwencje zmian k.p.a. dla wydawania decyzji stypendialnych
- Zmiany w ordynacji podatkowej i k.p.a. Nowe obowiązki w związku z przysyłaniem dokumentów do Urzędu Skarbowego.
- Dostosowanie systemów teleinformatycznych urzędu oraz sądów do Krajowych Ram Interoperacyjności
- Nowa instrukcja kancelaryjna
- Umowy zawierane w działalności wydawniczej
- Odpowiedzialność aptekarza za błędne wydawanie leków
- Aktywności marketingowe w branży farmaceutycznej (aspekty prawne)
- Reklama wyrobów farmaceutycznych
- Problematyka pomocy prawnej
- Reklamacja w obrocie międzynarodowym. Regulacje UE, UNIDROIT i Konwencji wiedeńskiej
- Ochrona danych osobowych
- Faktura elektroniczna
- Umowy wdrożeniowe systemów IT
- Inne

Oferta zamkniętego specjalistycznego kursu językowego dedykowanego środowiskom prawniczym 'English for Lawyers' - realizowanego metodą „blended learning”:

(KURSY PRZYGOTOWYWANE DLA KONKRETYCH GRUP ZAWODOWYCH)

1. Wariant 70 godzin lekcyjnych (zajęcia raz w tygodniu, 2 godziny lekcyjne)
2. Wariant 105 godzin lekcyjnych (zajęcia raz w tygodniu, 3 godziny lekcyjne)
3. Wariant 140 godzin lekcyjnych (zajęcia dwa razy w tygodniu po dwie godziny lekcyjne lub raz w tygodniu cztery godziny lekcyjne)

KURS OBEJMUJE:

1. Uczestnictwo w zajęciach (grupa do 10 osób)
2. Test określający poziom językowy uczestników (prowadzimy zajęcia na wszystkich poziomach zaawansowania)
3. Zajęcia w wybranym przez Klienta czasie i miejscu
4. Prowadzenie kursu przez profesjonalnych lektorów-anglistów, tłumaczy przysięgłych z dużym doświadczeniem, pracowników uczelni wyższych i egzaminatorów Londyńskiej Izby Przemysłowo Handlowej
5. Podręcznik
6. Materiały dydaktyczne + dostęp do edukacyjnej platformy internetowej e-VNT
7. Konsultacje wirtualne z lektorem prowadzącym
8. Leksykalny moduł tematyczny do wyboru: „Sędzia”, „Radca Prawny”, „Adwokat”, „Notariusz”, „Prokurator” oraz „Komornik”, uwzględniający specyfikę danego zawodu z podziałem na British oraz American English
9. Moduł interkulturowy z native'm
10. Opiekę metodyczną doświadczonego metodyka (opracowanie planu kursu pod kątem wymagań Klienta, niezapowiedziane hospitacje zajęć, ankieta dla uczestników)
11. Stały monitoring postępów uczestników (w formie raportu)
12. Opcjonalny moduł niemiecki, francuski, hiszpański i rosyjski.
13. Egzamin końcowy
14. Możliwość zorganizowania i przeprowadzenia międzynarodowego egzaminu
15. Certyfikat uczestnictwa
16. Kartę stałego Klienta VNT, uprawniającą do preferencyjnych cen na szkolenia i tłumaczenia prawnicze

UWAGA!!! ORGANIZUJE MY JĘZYKOWE KURSY PRZYGOTOWAWCZE DLA DOKTORANTÓW Z UWZGLĘDNIENIEM WYMAGAŃ DANEJ UCZELNI.

UCZYMY RÓWNIEŻ PRAWNICZEGO JĘZYKA NIEMIECKIEGO, FRANCUSKIEGO, HISPZAŃSKIEGO I ROSYJSKIEGO NA WSZYSTKICH POZIOMACH ZAAWANSOWANIA.