



Redakcja:

Redaktor naczelny – prof. dr hab. Jacek Gołaczyński
Sekretarz redakcji – dr Dariusz Szostek
Redaktor numeru – dr Marek Leśniak

Rada programowa:

dr hab. prof. nadzw. UMK Andrzej Adamski
dr hab. prof. UKSW Grażyna Szpor
dr Marek Świerczyński, UKSW
dr Wojciech Wiewiórowski, UG
dr Grzegorz Sibiga, INP PAN
adwokat Xawery Konarski
dr hab. prof. nadzw. UW. Włodzimierz Gromski
dr hab. prof. nadzw. UW. Krzysztof Wójtowicz
prof. dr hab. Ryszard Jaworski, UW
radca prawny Jacek Wilczewski,
Kancelaria Prawna Grynhoff Woźny Wspólnicy
adwokat Artur Kmiecik
sędzia Jacek Czaja

Recenzent numeru:

prof. UŚ dr hab. Jacek Górecki

Korekta językowa:

dr Agnieszka Kulik-Jęsień

Okładka, skład i łamanie:

Kamil Ligienza

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

ISSN 2082-100X

Adres redakcji:

Uniwersytet Wrocławski Wydział Prawa,
Administracji i Ekonomii,
Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych
Komunikacji Elektronicznej,
ul. Uniwersytecka 22/26, 51-145 Wrocław
e-mail: ebiuletynbke@prawo.uni.wroc.pl

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,
Mam przyjemność przedstawić Państwu trzeci numer czasopisma Kwartalnik Naukowy „Prawo Mediów Elektronicznych”.

W tym numerze publikujemy poglądy dotyczące prawa cywilnego, procedury cywilnej oraz prawa administracyjnego. Przedstawiamy także omówienie orzeczenia sądowego dotyczące prawa domenowego. Zachęcam także do zapoznania się ze sprawozdaniami z konferencji naukowych.

I tak, w części obejmującej prawo prywatne znajdziecie Państwo artykuł Ł. Dyłağa pt. *Dokument a dokument elektroniczny w prawie cywilnym – pojęcie oraz istota desygnatu (w kontekście projektu nowelizacji Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego)* oraz M. Świerczyńskiego pt. *Problem braku uregulowania reklamy internetowej na przykładzie reklamy produktów leczniczych*. W ramach postępowania cywilnego znalazł swe miejsce artykuł B. Kaczmarek-Templin pt. *O perspektywie nowego dokumentu w świetle projektowanych zmian Kodeksu postępowania cywilnego*. Autorka także omawia projektowaną nowelizację k.p.c. I w końcu w artykule pt. *Powszechny dostęp do przeglądania księgi wieczystej prowadzonej w systemie informatycznym (Nowej księgi wieczystej)* M. Leśniak zaprezentował techniczne i prawne uwarunkowania związane z dostępem do ksiąg wieczystych prowadzonych w systemie informatycznym.

W rubryce poświęconej prawu publicznemu publikujemy artykuł pt. *Pieniądz elektroniczny w świetle dyrektyw* przygotowany przez T.R. Smusa omawia regulacje zawarte w dyrektywach unijnych, a odnoszące się do instytucji pieniądza elektronicznego, a także artykuł D. Szostka i M. Świerczyńskiego pt. *Faktura przesyłana w formie elektronicznej*. Dotyka on zagadnień związanych z wejściem w życie rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie przysyłania faktur w formie elektronicznej. W końcu prezentujemy także artykuł M. Podlesia pt. *Wysyłkowa sprzedaż leków przez Internet*, dotyczy prawnych regulacji odnoszących się do dystrybucji niektórych leków przy pomocy sprzedaży internetowej. Tę rubrykę kończy artykuł K. Wojsyka dotyczący nowej instrukcji kancelaryjnej.

W tym numerze czasopisma zamieściliśmy także omówienie orzeczenia sądowego w sprawie dotyczącej oceny zapisu na sąd polubowny w sprawie o ochronę domeny internetowej (autorstwa R. Ciska).

Prezentujemy również omówienie III Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Dokumenty a prawo” przygotowane przez B. Kaczorowską oraz sprawozdanie z konferencji pt. „Aktualne problemy informatyzacji sądownictwa”, która odbyła się we Wrocławiu w grudniu 2010r (autorstwa Anety Gniadek).

Zżyczę miłej lektury.

Prof. dr hab. Jacek Gołaczyński

Zasady publikacji:

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

SPIS TREŚCI

AKTUALNOŚCI

4

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE PRYWATNYM

SĘDZIA Łukasz Dyląg

Dokument a dokument elektroniczny w prawie cywilnym – pojęcie oraz istota desygnatu (w kontekście projektu nowelizacji Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego) 8

DR Marek Świerczyński

Problem braku uregulowania reklamy internetowej na przykładzie reklamy produktów leczniczych 13

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE CYWILNYM

ADWOKAT Berenika Kaczmarek-Templin

O perspektywie nowego dokumentu w świetle projektowanych zmian Kodeksu Postępowania Cywilnego 18

DR Marek Leśniak

Powszechny dostęp do przeglądania księgi wieczystej prowadzonej w systemie informatycznym (Nowej księgi wieczystej) 21

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE PUBLICZNYM

DR Tomasz R. Smus

Pieniądz elektroniczny w świetle dyrektyw 26

DR Dariusz Szostek, DR Marek Świerczyński

Faktura przesyłana w formie elektronicznej 31

DR Marcin Podleś

Wysyłkowa sprzedaż leków przez Internet 36

DR INŻ. Kajetan Wojsyk

Nowa instrukcja kancelaryjna 41

ORZECZENIA

RADCA PRAWNY Rafał Cisek

Abuzywność klauzuli o zapisie na sąd polubowny w Regulaminie Rejestracji Domen NASK a skuteczność dokonanego przez abonenta zapisu na sąd polubowny 45

RECENZJE

Joanna Kulesza

Odpowiedź na recenzję dra Adama Haręzy książki pt. „Ius internet” 48

O NAS

50

AKTUALNOŚCI

ORGANIZATOR SĄD APELACYJNY WE WROCŁAWIU I DEPARTAMENT INFORMATYZACJI I REJESTRÓW SĄDOWYCH MINISTERSTWA SPRAWIEDLIWOŚCI, PATRONAT HONOROWY MINISTERSTWO SPRAWIEDLIWOŚCI

KONFERENCJA: AKTUALNE PROBLEMY INFORMATYZACJI SĄDOWNICTWA

W dniu 10 grudnia 2010 r. we Wrocławiu odbyła się Konferencja zorganizowana przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu przy współpracy merytorycznej Departamentu Informatyzacji i Rejestrów Sądowych Ministerstwa Sprawiedliwości, której tematem przewodnim były „Aktualne problemy informatyzacji sądownictwa”.

Konferencję otworzyła Małgorzata Bohun Wiceprezes Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu oraz Jacek Czaja Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości. W spotkaniu uczestniczyli ponadto Prezesi sądów apelacji wrocławskiej, sędziowie z okręgu Sądu Okręgowego we Wrocławiu i Gliwicach, Dyrektorzy, Informatycy i zainteresowani tą tematyką pracownicy sądów powszechnych apelacji wrocławskiej.

Podczas Konferencji zwrócono uwagę na złożoność problematyki dokumentu elektronicznego, na którą składają się m.in.: jego definicja, forma, treść i moc prawna. Pojawiły się pytania o oryginał dokumentu elektronicznego, jego nośnik, a także własnoręczność podpisu pod nim. Tematyka ta została omówiona na gruncie obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego oraz kodeksu postępowania cywilnego, ale i ich projektów nowelizacji.

Ponadto dokonano także podsumowania dotychczas zrealizowanych zadań w zakresie informatyzacji wymiaru sprawiedliwości oraz przedstawiono sposoby wprowadzenia systemu zarządzania informacją w skali Resortu Sprawiedliwości. Podjęte działania mają na celu usprawnienie organizacji pracy poszczególnych jednostek organizacyjnych wymiaru sprawiedliwości. Plany związane z informatyzacją postępowania w sprawach o wykroczenia, postępowania egzekucyjnego oraz propozycje zmian w istniejącym już elektronicznym postępowaniu upominawczym przewidują unowocześnienie procedur sądowych.

Jednym z kolejnych technicznych rozwiązań zaproponowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości jest sporządzanie protokołu z posiedzenia jawnego poprzez utrwalanie przebiegu rozprawy za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk lub obraz i dźwięk. Przedstawiono korzyści dla stron postępowań oraz sądownictwa, które przede wszystkim sprowadzają się do skrócenia czasu trwania rozpraw, unikania zbędnych przerw koniecznych w celu formułowania i kontrolowania protokołu pisemnego i zastąpienie tradycyjnej formy utrwalania czynności procesowych poprzez wykorzystanie nowoczesnych rozwiązań technologicznych.

Następnie podniesiono znaczenie informatyzacji prokuratury, która ściśle współpracuje z wydziałami karnymi sądów powszechnych. Wyniki dotychczasowych doświadczeń przekonują, iż przekazywanie dokumentów w wersji elektronicznej do sądów, powoduje skrócenie czasu podczas wytwarzania kolejnych dokumentów przez pracowników sekretariatów sądowych.

Na koniec Konferencji została przybliżona tematyka prowadzenia Biuletynu Informacji Publicznej jako obowiązku wynikającego z ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 6.09.2001 r. Podkreślono, iż jego prawidłowe funkcjonowanie wpływa także na kształtowanie wizerunku władzy sądowniczej, a jednocześnie jest odpowiedzią na potrzeby społeczne.

Poniżej przedstawiamy szczegółowy Program Konferencji:

- Jarosław Paszke Dyrektor Departamentu Informatyzacji Rejestrów Sądowych w Ministerstwie Sprawiedliwości – Informatyzacja sądownictwa – dotychczasowe dokonania i zamierzone cele;
- Prof. Jacek Gołaczyński Sędzia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu – E-dokument w kodeksie postępowania cywilnego;
- Dr Dariusz Szostek – E-dokument w kodeksie cywilnym;
- Janusz Szczęsny Zastępca Dyrektora Departamentu Informatyzacji Rejestrów Sądowych w Ministerstwie Sprawiedliwości – E-usługi a zmiana organizacji i przetwarzania danych;
- Mgr Łukasz Goździaszek – Propozycje zmian w elektronicznym postępowaniu upominawczym;
- Marcin Szymański Naczelnik Departamentu Informatyzacji Rejestrów Sądowych w Ministerstwie Sprawiedliwości – Informatyzacja postępowania cywilnego poprzez wdrożenie protokołu elektronicznego;
- Andrzej Kaucz Prokurator – Informatyzacja prokuratury oraz możliwości wykorzystania SIP LIBRA w sądownictwie;
- Sędzia Bogdan Pękalski Departament Informatyzacji Rejestrów Sądowych w Ministerstwie Sprawiedliwości – Informatyzacja postępowania egzekucyjnego.
- Dr Michał Bernaczyk – BIP – wybrane zagadnienia;
- Marcin Sosiński Sędzia Sądu Okręgowego we Wrocławiu – Informatyzacja postępowania w sprawach o wykroczenia.



BOGNA KACZOROWSKA

KONFERENCJA: III OGÓLNOPOLSKA KONFERENCJA NAUKOWA „DOKUMENTY A PRAWO”

WARSZAWA, 5 LISTOPADA 2010

W dniu 5 listopada 2010 r. w Warszawie odbyła się III Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Dokumenty a prawo” zorganizowana przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Polską Wytwórnię Papierów Wartościowych S.A., przy współpracy Stowarzyszenia Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Patronat honorowy nad konferencją objął podsekretarz stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji minister Piotr Kołodziejczyk, natomiast patronat medialny sprawowany był przez Program Pierwszy Polskiego Radia oraz Dziennik Gazetę Prawną.

Uroczystego otwarcia konferencji dokonali: prorektor Uniwersytetu Warszawskiego prof. dr hab. Tadeusz Tomaszewski, dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego prof. dr hab. Krzysztof Rączka oraz prezes zarządu Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A. Krzysztof Żarnota.

Obrady konferencji podzielone zostały na trzy panele, poświęcone kolejno problematyce biometrii, e-administracji oraz zagadnieniom rozwoju badań dokumentów w kontekście bezpieczeństwa obrotu.

W referacie prof. dr. hab. Andrzeja Pacuta oraz dr. inż. Adama Czajki (Politechnika Warszawska, Naukowa Akademicka Sieć Komputerowa – NASK) omówione zostały kwestie bezpieczeństwa systemu biometrycznego uwierzytelniania osób. Tematykę paszportu biometrycznego podjęli w swych prelekcjach Tomasz Goliński (Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A.) oraz mgr Magdalena Tomaszewska (Uniwersytet Warszawski). Zastosowanie biometrii w dziedzinie bankowości, ze szczególnym uwzględnieniem podstaw prawnych bankowości biometrycznej, było przedmiotem wystąpienia prof. dr. hab. Remigiusza Kaszubskiego (Uniwersytet Warszawski). Reprezentująca Centralne Laboratorium Kryminalistyczne Komendy Głównej Policji podinsp. mgr Beata Krzemińska zaprezentowała system biometrycznej identyfikacji daktyloskopijnej funkcjonujący w Policji.

Kwestie komunikacji elektronicznej i możliwości wykorzystania nowoczesnych technologii w procedurach prawnych zostały wyeksponowane w części konferencji poświęconej e-administracji. Referat prof. dr. hab. Huberta Izdebskiego (Uniwersytet Warszawski) dotyczył wykorzystania dokumentu elektronicznego w postępowaniu administracyjnym. Mgr Justyna Matusiak zaprezentowała analizę porównawczą rozwiązań prawnych w zakresie administracji elektronicznej w Polsce i na świecie, koncentrując swe rozważania na zagadnieniu wpływu procedur administracyjnych wykorzystujących środki elektroniczne na obrót transgraniczny, w kontekście komunikacji elektronicznej z podmiotami publicznymi, podpisu elektronicznego, tzw. e-dowodów osobistych, e-podatków i e-sądu. Dariusz Pośląd (Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A.) podjął się zilustrowania normatywnych ograniczeń interoperacyjności elektronicznego dokumentu publicznego w sferze urzędowej, na przykładzie nowego dowodu osobistego. Przedstawiciel Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji – Kajetan Wojsyk skupił się na prezentacji prawnych i praktycznych problemów związanych z konwersją formy i postaci dokumentów w społeczeństwie informacyjnym.

Próba oceny przydatności poszczególnych kryteriów badawczych w zakresie ekspertyzy dokumentów była przedmiotem referatu prof. dr. hab. Tadeusza Tomaszewskiego (Uniwersytet Warszawski). Referat przygotowany przez doc. dr. Grzegorza Ruska i dr. Rafała Cieślę (Uniwersytet Wrocławski) dotyczył omówienia sposobów zabezpieczenia dokumentów na podstawie przeglądu dostępnych środków kryjących. Zalety udostępnianych drogą elektroniczną usług administracyjnych nie wymagających podpisu elektronicznego w rozumieniu ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. Nr 130, poz. 1450 z późn. zm.), bazujących na alternatywnych formach potwierdzania tożsamości stron (zaufany profil, login, hasło) zaprezentował Paweł Wojciechowski (Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A.), starając się wykazać, że w ramach tego rodzaju ograniczonego uwierzytelniania rola tzw. zaufanej trzeciej strony może być z powodzeniem spełniana także przez podmioty nie posiadające statusu kwalifikowanego podmiotu świadczącego usługi certyfikacyjne związane ze stosowaniem podpisu elektronicznego. Ppłk SG Tomasz Kling (Centralny Ośrodek Szkolenia Straży Granicznej w Koszalinie) przedstawił relację ze specjalistycznego szkolenia urzędników z zakresu znajomości dokumentów komunikacyjnych i tożsamości, przeprowadzanego w ramach projektu realizowanego wspólnie z Polską Wytwórnią Papierów Wartościowych S.A. Referat nadkom. mgr Ewy Lewandowskiej i podinsp. mgr. Dariusza Zajdla (Centralne Laboratorium Kryminalistyczne Komendy Głównej Policji) dotyczył identyfikacji osoby na podstawie badań antroposkopijnych w kontekście nowych technologii wytwarzania dokumentów urzędowych i jakości zawartych w nich wizerunków.

Uczestnicy konferencji mieli ponadto okazję zapoznania się z aktualnymi publikacjami prezentowanymi w najnowszym numerze wydawanego przez Polską Wytwórnię Papierów Wartościowych S.A. specjalistycznego kwartalnika „Człowiek i dokumenty” (2010, nr 19), wpisującymi się w tematykę współczesnej debaty, w której poszukuje się odpowiedzi na pytanie, czy obecny etap rozwoju i stopień upowszechnienia środków komunikacji elektronicznej pozwalają na stwierdzenie o wkroczeniu społeczeństwa w fazę „e-życia”.

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE PRYWATNYM

SĘDZIA ŁUKASZ DYLAĞ

DOKUMENT A DOKUMENT ELEKTRONICZNY W PRAWIE CYWILNYM – POJĘCIE ORAZ ISTOTA DESYGNATU (W KONTEKŚCIE PROJEKTU NOWELIZACJI KODEKSU CYWILNEGO I KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO)

Posługiwanie się dokumentami jest podstawą funkcjonowania wszelkich instytucji, urzędów i przedsiębiorstw we współczesnym świecie. Pomimo dynamicznego rozwoju nowych technologii i rozpowszechniania się elektronicznych nośników danych, pojęcie dokumentu wciąż – niejako mimowolnie – kojarzy się z kartką papieru zawierającą informację stwierdzoną pismem. Stwierdzona w taki sposób informacja jest świadectwem jakichś faktów i okoliczności. Papierowe dokumenty wciąż dominują w administracji i wymiarze sprawiedliwości. Są powszedniością również w obrocie cywilnoprawnym.

Pojęcie dokumentu nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę na gruncie prawa cywilnego. Definicja legalna dokumentu występuje natomiast w art. 115 § 14 Kodeksu karnego, zgodnie z którym dokumentem jest każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne. Ta szeroka definicja dotyczy dokumentu jako przedmiotu czynności wykonawczej licznej kategorii przestępstw i nie znajduje zastosowania w prawie cywilnym. Omawianą regulację należy odnosić przede wszystkim do przestępstw, w przypadku których przedmiotem ochrony jest wiarygodność dokumentów (rozdział XXXIV Kodeksu karnego, art. 270-277).

W Kodeksie postępowania cywilnego ustawodawca ograniczył się do rozróżnienia dokumentów urzędowych i prywatnych. Zgodnie z art. 244 § 1 k.p.c.: „Dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone.” Przepis ten stosuje się odpowiednio do dokumentów urzędowych sporządzonych przez organizacje zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje społeczne w zakresie zleconych im przez ustawę spraw z dziedziny administracji publicznej (art. 244 § 2 k.p.c.). Na strukturę dokumentu urzędowego ze względu na jego elementy składają się:

- 1) istnienie w przepisanej formie,
- 2) autentyczność (prawdziwość),
- 3) formalna moc dowodowa (skuteczność prawna dokumentu)¹.

Dokumenty urzędowe są wystawiane w przepisanej formie przez uprawnione organy w zakresie ich kompetencji (rzeczow-

wych, miejscowych). Z dokumentami prywatnymi wiąże się domniemanie prawdziwości, jeżeli są one podpisane. Dokument prywatny stanowi bowiem dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie (art. 245 k.p.c.). Nie korzysta on natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartego w nim oświadczenia². Dokumenty niepodpisane (anonimowe) – jako że uniemożliwiają identyfikację wystawcy – nie są dokumentami prywatnymi w rozumieniu art. 245 k.p.c.

Analogicznego wyszczególnienia dokumentów urzędowych (bez definiowania pojęcia dokumentu jako takiego) dokonano w art. 76 Kodeksu postępowania administracyjnego oraz w art. 194 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2005 r. nr 8, poz. 60, ze zm.).

W doktrynie od dawna istnieje spór, czy podpis jest koniecznym elementem dokumentu w szerokim znaczeniu. Niewątpliwie, jak słusznie wskazuje B. Kaczmarek, uwzględniając funkcję, jaką pełni podpis, spór w istocie dotyczy kwestii możliwości identyfikacji autora³. Problem autentyczności dokumentu, ustalenia jego autorstwa, nabiera istotnego znaczenia w odniesieniu do dokumentów elektronicznych, których zastosowanie jest coraz szersze. W prawie cywilnym materialnym i procesowym wciąż brak jest regulacji dotyczących nośników elektronicznych, które to regulacje byłyby adekwatne do dynamicznego rozwoju technologicznego w zakresie przesyłania i utrwalania informacji. „Dokumentowanie” w postaci elektronicznej zdarzeń mających znaczenie prawne jest już codziennością. W postępowaniu sądowym strony coraz częściej sięgają po dowody w postaci danych tekstowych utrwalonych w postaci elektronicznej (np. SMS). Wprawdzie Kodeks postępowania cywilnego reguluje dowód z oględzin (art. 292-298, art. 308) i przewiduje otwarty katalog środków dowodowych (art. 309 k.p.c.), niemniej jednak wydaje się, że konieczne jest wprowadzenie w prawie cywilnym regulacji, która pozwoli na wyraźne określenie pozycji dokumentów elektronicznych wśród innych środków dowodowych. Użyteczna byłaby tutaj na pewno odpowiednia definicja legalna pojęcia dokumentu (niekoniecznie natomiast odrębna definicja pojęcia dokumentu elektronicznego).

Pojęcie dokumentu elektronicznego zostało zdefiniowane w ustawie z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2005 r. nr

¹ K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do artykułów 1 – 366*, C.H. Beck 2010.

² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2000 r., I CKN 794/00.

³ B. Kaczmarek, *Moc dowodowa dokumentu elektronicznego w postępowaniu cywilnym – polemika*, *Monitor Prawniczy* nr 5, rok 2008.

64, poz. 565 ze zm.). Zgodnie z art. 3 pkt 2 tej ustawy, dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Informatyczny nośnik danych zaś – zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy – to materiał lub urządzenie służące do zapisywania, przechowywania i odczytywania danych w postaci cyfrowej. Cytowana definicja dokumentu elektronicznego, choć nie znajduje przełożenia na grunt prawa cywilnego, jest krokiem ustawodawcy na drodze porządkowania terminologicznego aktów prawnych. Spotkała się ona jednak w doktrynie z krytyką – zastrzeżenia dotyczyły wymogu „określonej struktury wewnętrznej”. Według D. Adamskiego i M. Kutylowskiego, wymóg dotyczący „określonej struktury wewnętrznej” ma sens jedynie wówczas, gdy powiąże się go nie z kontekstem znaczeniowym danych, lecz formalnym, technicznym, określającym umiejscowienie poszczególnych informacji w dokumencie. Zdaniem tych autorów, interpretacja taka wydaje się celowościowo wątpliwa, ponieważ oznacza, że zapis nie może być rozumiany jako dokument elektroniczny, dopóki jakieś bliżej nieokreślone gremia nie ustalą jego technicznej struktury wewnętrznej⁴.

Należy odnotować, że omawiana definicja dokumentu elektronicznego nie przewiduje wymogu podpisu jako jego konstytutywnego elementu. Na uwagę zasługuje też przepis art. 61 ust. 1 pkt 2 ustawy o informatyzacji, który stanowi: „Ileokroć w przepisach dotyczących informatyzacji zawartych w odrębnych ustawach jest mowa o danych elektronicznych, danych w postaci elektronicznej, danych w formie elektronicznej, danych informatycznych, informacjach w postaci elektronicznej albo informacjach w formie elektronicznej – należy przez to rozumieć, w przypadku wątpliwości interpretacyjnych, dokument elektroniczny, o którym mowa w art. 3 pkt 2 niniejszej ustawy.” Cytowana regulacja nie znajduje zastosowania do przepisów: ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2002 r. nr 72, poz. 665, ze zm.), ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz.U. z 2005 r. nr 1, poz. 2, ze zm.), ustawy z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz.U. nr 169, poz. 1385, ze zm.). Omawiane rozwiązanie miało w założeniu charakter przejściowy, ponieważ w art. 62 ustawy o informatyzacji Rada Ministrów zobowiązana została do przygotowania w terminie dwóch lat projektu ustawy dotyczącego dostosowania terminologii w przepisach odrębnych ustaw dotyczących informatyzacji do określeń wymienionych w art. 3 pkt 1 i 2 ustawy o informatyzacji („informatyczny nośnik danych” i „dokument elektroniczny”).

Propozycja definicji legalnej pojęcia dokumentu została przedstawiona w projekcie Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości pod kierownictwem prof. Zbigniewa Radwańskiego. Zgodnie z art. 105 tego projektu: „Dokumentem jest informacja obejmująca treść oświadczenia woli lub innego oświadczenia, utrwalona w sposób umożliwiający jej zachowanie i odtworzenie.” Jak widać, autorzy projektu odstąpili od pierwotnego zamiaru uznania za dokument samej tylko niematerialnej informacji (posiadającej wszakże przymiot utrwalenia w sposób umożliwiający jej zachowanie i odtworzenie). Definicja ta nie przesądza,

co może być nośnikiem treści dokumentu, jest neutralna technologicznie. Według projektu konstytutywną cechą dokumentu jest jego treść, która może obejmować różne oświadczenia, w tym oświadczenia woli. Elementem konstytutywnym dokumentu nie jest natomiast podpis. W uzasadnieniu projektodawcy stwierdzili, że treść dokumentu może zostać 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 neutralności omawianej definicji wyznacza funkcja dowodowa dokumentu, która wymaga, aby sposób utrwalenia informacji umożliwiał jej zachowanie i odtworzenie. Twórcy projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego przewidzieli również wprowadzenie nowego typu formy szczególnej czynności prawnych: formy dokumentowej. Jej pierwowzorem stała się znana w prawie niemieckim forma tekstowa, która „jest zastrzeżona w przypadku, gdy nie ma potrzeby dokonania czynności w formie pisemnej lub elektronicznej, tj. opatrzenia dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub podpisem własnoręcznym, a wystarczający jest „śląd pisemny” pozwalający na określenie osoby składającej oświadczenie woli np. e-mail, telefaks itp. Forma tekstowa jest formą pośrednią pomiędzy formą pisemną (elektroniczną) a ustną”⁵. Zgodnie z art. 106 projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego, dla zachowania formy dokumentowej należy złożyć oświadczenia woli w postaci dokumentu w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie. Jak wynika z powyższego regulacja formy dokumentowej zakłada, że brak podpisu autora dokumentu będzie „rekompensowany” możliwością identyfikacji tego autora w inny sposób.

Opisany wyżej projekt definicji legalnej pojęcia dokumentu i unormowania formy dokumentowej jest niewątpliwie nowatorski. Zakłada on oderwanie pojęcia dokumentu od nośnika. Wprowadzenie tej regulacji do systemu prawa cywilnego oznaczałoby, że za dokument każdorazowo należałoby uznawać utrwaloną i możliwą do odtworzenia treść. Jej materialna postać (np. kartka papieru, dysk magnetyczny, dysk optyczny) miałaby znaczenie drugorzędne. Bez wątpienia – taka całkowicie neutralna technologicznie definicja dokumentu odnosiłaby się również do informatycznych nośników danych. Zbędne byłoby w tej sytuacji odrębne definiowanie na gruncie prawa cywilnego pojęcia dokumentu elektronicznego.

Prace nad projektem zmian w Kodeksie cywilnym w zakresie dotyczącym definicji pojęcia dokumentu ostatecznie wyraźnie zmieniły kierunek. Datowany na dzień 12 listopada 2010 r. projekt ustawy o zmianie KC i KPC przewiduje – w obrębie wielu zmian dotyczących formy czynności prawnych, dokumentów i postępowania dowodowego – dodanie w Kodeksie cywilnym art. 77² zawierającego definicję ustawową pojęcia dokumentu. Zgodnie z projektowanym art. 77² k.c.: „Dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający jej odtworzenie.” Projekt ustawy przewiduje również wprowadzenie formy dokumentowej jako nowej formy szczególnej czynności prawnych przez dodanie art. 77³ k.c.: „Dla zachowania dokumentowej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie.” Propozycja unormowania formy dokumentowej jest analogiczna z omówionym wyżej art. 106 projektu Księgi pierwszej Kodeksu Cywilnego.

⁴ D. Adamski, M. Kutylowski, *Terminologia ustawy o informatyzacji – niespójności ciąg dalszy*, Prawo Mediów Elektronicznych nr 4, rok 2006.

⁵ Uzasadnienie Projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego z października 2008 r., s. 118.

Wprowadzenie formy dokumentowej związane będzie z nowelizacją art. 73-74 k.c. oraz art. 76-77 k.c. W konsekwencji – tak samo jak w przypadku formy pisemnej – czynność prawna dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy dokumentowej będzie nieważna, jeżeli ustawa będzie przewidywała rygor nieważności. W przeciwnym razie, zgodnie z art. 74 k.c., forma dokumentowa będzie mieć charakter formy *ad probationem*, chyba że została ona zastrzeżona wyłącznie dla wywołania określonych skutków czynności prawnej (*ad eventum*). Zastrzeżenie w umowie formy dokumentowej (albo pisemnej) bez określenia skutków jej niezachowania spowoduje, że w razie wątpliwości będzie ona poczytywana za zastrzeżoną wyłącznie dla celów dowodowych (art. 76 k.c.). Projekt ustawy przewiduje również nowelizację art. 74 § 3 k.c., która spowoduje, że w stosunkach między przedsiębiorcami uchybienie wymogowi formy pisemnej lub dokumentowej w sytuacji, gdy nie został on zastrzeżony *ad solemnitatem*, nie będzie skutkowało szczególnymi sankcjami dowodowymi, a jednocześnie pozostanie bez wpływu na ważność dokonanej czynności prawnej. Zmieniony ma zostać również art. 77 § 2 k.c. dotyczący rozwiązania umowy za zgodą obu stron, odstąpienia od niej albo wypowiedzenia. Jeżeli umowa zostanie zawarta w formie pisemnej lub dokumentowej, czynności te powinny zostać dokonane przy zachowaniu formy dokumentowej, chyba że ustawa lub umowa stanowi inaczej. Poważne wątpliwości budzi zapowiedź skreślenia art. 77 § 3 k.c., który reguluje formę czynności prawnych prowadzących do zakończenia umowy zawartej w innej formie szczególnej – wynika to z faktu, że art. 77 § 2 k.c. w brzmieniu po nowelizacji nie będzie obejmował swoim zakresem umów zawartych w formie innej niż pisemna bądź dokumentowa. Projekt zakłada również zmianę art. 720 § 2 k.c. poprzez zmianę wymogu formy *ad probationem* dla umowy pożyczki. Zamiast formy pisemnej konieczne będzie zachowanie formy dokumentowej, gdy wartość umowy pożyczki będzie wyższa niż tysiąc złotych (obecnie maksymalna wartość umowy pożyczki nieobjęta dyspozycją tego przepisu wynosi pięćset złotych).

Stworzenie definicji legalnej pojęcia dokumentu było punktem wyjścia dla wprowadzenia do Kodeksu cywilnego formy dokumentowej jako nowego typu formy szczególnej czynności prawnych. Według projektowanych zmian byt dokumentu oraz zachowanie formy dokumentowej nie wymaga złożenia podpisu. Z uzasadnienia projektu ustawy wynika, że projektodawcy podzielili stanowisko wyrażone w uzasadnieniu do art. 106 projektu nowego Kodeksu cywilnego, iż wprowadzenie formy dokumentowej prowadzi do stworzenia prawnych ram funkcjonowania formy, która obecnie jest już w obrocie powszechnie stosowana (np. poczta elektroniczna, SMS), a z uwagi na coraz bardziej dynamiczny rozwój nowych technologii, stale zyskuje na znaczeniu. Zgodnie z projektem forma dokumentowa będzie obejmować swoim zakresem oświadczenia woli składane nie tylko w postaci tekstowej, ale również w postaci audialnej czy audiowizualnej. Jej ujęcie jest zatem szersze aniżeli ujęcie formy tekstowej w prawie niemieckim.

Wprowadzenie do Kodeksu cywilnego definicji legalnej pojęcia dokumentu i formy dokumentowej w opisanym ujęciu związane będzie z odpowiednimi zmianami przepisów Kodeksu postępowania cywilnego regulujących postępowanie dowodowe (art. 244-254 oraz art. 308). Projekt ustawy przewiduje dodanie (w Oddziale 2 Rozdziału 2 Działu III Tytułu VI Księgi pierwszej

Części pierwszej KPC) art. 243¹, który będzie brzmiał następująco: „Przepisy oddziału niniejszego stosuje się do dokumentów sporządzonych w formie dokumentowej.” Zdaniem autorów projektu zmian, konieczne jest dokonanie rozróżnienia na dokumenty w postaci papierowej i dokumenty w postaci elektronicznej zawierające oświadczenia wiedzy bądź oświadczenia woli oraz na inne dokumenty, które nie zawierają takich oświadczeń. Do tych pierwszych zastosowanie będą miały przepisy art. 244 k.p.c. i następnych, natomiast do tych drugich będzie się odnosił art. 308 k.p.c.

Przepisy art. 244 k.p.c. i następnych po nowelizacji będą się odnosiły do dokumentów urzędowych i prywatnych sporządzonych w postaci papierowej lub elektronicznej. Kryterium rozróżnienia dokumentów urzędowych i prywatnych (występujących w postaci papierowej bądź elektronicznej) nadal stanowić będzie osoba wystawcy dokumentu i forma jego sporządzenia określona w przepisach szczególnych. Moc dowodowa dokumentów urzędowych i prywatnych nadal będzie różna w związku z obowiązywaniem omówionych wyżej domniemań prawnych w postępowaniu dowodowym. Brzmienie art. 244 k.p.c. według projektu nowelizacji ma przedstawiać się następująco: „§ 1. Dokumenty urzędowe, sporządzone w formie przewidzianej w przepisach szczególnych w postaci papierowej lub elektronicznej przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone. § 2. Przepis § 1 stosuje się odpowiednio do dokumentów urzędowych sporządzonych przez inne podmioty w zakresie zleconych im przez ustawę spraw z dziedziny administracji publicznej. § 3. Przepis § 1 stosuje się odpowiednio do dokumentów, którym przepisy szczególne przyznają moc prawną dokumentów urzędowych, do poświadczonych przez wystawcę wydruku dokumentu urzędowego w postaci elektronicznej i do poświadczonych w postaci elektronicznej dokumentu urzędowego.” Autorzy projektu zrezygnowali z przewidzianego obecnie w art. 244 § 2 k.p.c. wyszczególnienia podmiotów uprawnionych do sporządzania dokumentów urzędowych. Wprowadzenie ogólnej formuły „podmioty, którym zlecono zadania z zakresu administracji publicznej” ma ograniczyć pojawiające się obecnie wątpliwości interpretacyjne. Moc dowodową dokumentów urzędowych będą miały również poświadczonych przez wystawców wydruki dokumentów urzędowych w postaci elektronicznej oraz dokumenty urzędowe poświadczonych w postaci elektronicznej. Zmiana art. 245 k.p.c. dotyczącego dokumentów prywatnych zakłada – w odniesieniu do nowo projektowanej definicji dokumentu w art. 77² k.c. – że podpis złożony na dokumencie prywatnym nie jest jego elementem konstytutywnym: „Dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej, poświadczony wydruk takiego dokumentu prywatnego w postaci elektronicznej oraz poświadczony w postaci elektronicznej taki dokument prywatny stanowi dowód tego, że jego wystawca złożył oświadczenie zawarte w dokumencie.” Identyfikacja autora oświadczenia powinna być możliwa nie tylko na podstawie podpisu, ale również innymi sposobami. Dokument prywatny będzie korzystał z domniemania z art. 245 k.p.c. niezależnie od tego, w jakiej postaci został sporządzony (papierowej, elektronicznej). Z prywatnym dokumentem pod względem skutków prawnych został zrównany jego poświadczony wydruk oraz dokument prywatny poświadczony w postaci elektronicznej.

Dowodem w postępowaniu cywilnym będzie zarówno dokument elektroniczny zawierający oświadczenie woli opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu (równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej), jak i dokument elektroniczny, który nie został opatrzone podpisem elektronicznym opartym na kwalifikowanym certyfikacie lub został opatrzone podpisem niezłożonym za pomocą bezpiecznego urządzenia służącego do składania podpisu. W tym miejscu wypada odnotować, że projekt nowelizacji Kodeksu cywilnego zawiera wyraźne wprowadzenie formy elektronicznej (równoważnej formie pisemnej). Niewątpliwie doprowadzi to do zakończenia sporu pomiędzy zwolennikami wyodrębnienia elektronicznej formy czynności prawnych jako nowej formy szczególnej a autorami twierdzącymi, iż jest to wyłącznie (elektroniczna) postać formy pisemnej. Dokonując interpretacji art. 60 k.c. i art. 78 § 2 k.c. różni autorzy zajmowali całkowicie odmienne stanowiska we wskazanym zakresie. Np. Z. Radwański wskazywał, że 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. Prezentując odmienny pogląd, J. Janowski wywodził, że przeciwko wyodrębnieniu szczególnej formy elektronicznej czynności prawnych przemawia tożsamość skutków prawnych dokumentów opatrzanych podpisem własnoręcznym i elektronicznym. O wyodrębnieniu szczególnej formy czynności prawnej powinny, zdaniem tego autora, decydować szczególne skutki prawne, jakie prawo wiąże z jej zachowaniem⁷.

Projekt zmian w Kodeksie cywilnym przewiduje uchylenie § 2 art. 78 i dodanie art. 78¹ w następującym brzmieniu: „§ 1. Dla zachowania formy elektronicznej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci danych elektronicznych, do których dołączono lub które logicznie powiązane z podpisem elektronicznym w sposób umożliwiający identyfikację składającego oraz wykrycie każdej późniejszej zmiany treści takiego oświadczenia. § 2. Jeżeli z ustawy lub czynności prawnej nie wynika nic innego, złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej spełnia wymagania złożenia oświadczenia woli w formie pisemnej.” Uznanie samodzielności formy elektronicznej rozwieje wszelkie wątpliwości co do możliwości posłużenia się tą formą dla spełnienia wymogu zastrzeżonej formy pisemnej (i odwrotnie). Znamiennym jest, że omawiana regulacja formy elektronicznej – w przeciwieństwie do aktualnie obowiązującego art. 78 § 2 k.c. – nie nawiązuje bezpośrednio do regulacji bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego przy pomocy kwalifikowanego certyfikatu zamieszczonej w art. 5 ustawy z dnia z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2001 r. nr 130, poz. 1450 ze zm.). Bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany przy pomocy kwalifikowanego certyfikatu wywołuje skutki prawne określone ustawą, jeżeli został złożony w okresie ważności tego certyfikatu. Złożony w okresie zawieszenia kwalifikowanego certyfikatu wykorzystywanego do jego weryfikacji wywołuje skutki prawne z chwilą uchylenia tego zawieszenia. 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 (art. 5 ust. 3 ustawy z dnia z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym). W nowo projektowanym art. 78¹ k.c. forma elektroniczna została unormowana poprzez wymóg powiązania danych elektronicznych z podpisem elektronicznym w sposób zapewniający integralność tych danych i umożliwiający identyfikację osoby składającej oświadczenie. Regulacja ta odwołuje się do ogólnej definicji podpisu elektronicznego, zgodnie z którą 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 z dnia z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym). W doktrynie bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu bywa określany jako podpis elektroniczny w znaczeniu węższym⁸. Zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy z dnia z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym: bezpiecznym podpisem elektronicznym 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.”

Opatrzanie dokumentu elektronicznego (danych w postaci elektronicznej) bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu powoduje, że dokument ten pod względem skutków prawnych staje się równoważny dokumentom opatrzonym podpisami własnoręcznymi (wynika to z art. 5 ust. 2 ustawy z dnia z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym).

Omawiany projekt zmian w Kodeksie postępowania cywilnego obejmuje wyraźne wprowadzenie możliwości posługiwania się dowodami elektronicznymi w postępowaniu sądowym. Z całą pewnością ocena autentyczności zapisów na informatycznych nośnikach danych często będzie wymagała udziału biegłych, gdyż sąd nie będzie posiadał wystarczającej wiedzy specjalistycznej. Tak jak dotychczas sąd, badając prawdziwość pisma, mógł wezwać osobę, od której pismo pochodziło, w celu napisania poddyktowanych jej wyrazów, tak obecnie – badając prawdziwość zdigitalizowanych dokumentów – będzie mógł w razie potrzeby wezwać wystawcę dokumentu w postaci elektronicznej do udostępnienia nośnika informatycznego, na którym został on zapisany. Z obowiązku udostępnienia informatycznych nośników danych zwolniony będzie ten, kto na zapytanie, czy dokument sporządzono na danym nośniku lub czy pochodzi on od niego, mógłby jako świadek odmówić składania zeznań (projektowany art. 254 §§ 4 i 5 k.p.c.).

Dokumenty niezawierające oświadczeń woli ani wiedzy, sporządzone w formie dokumentowej, będą stanowiły dowody, do których odpowiednio stosowane będą przepisy o dowodzie

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

⁷ J. Janowski, *Elektroniczny obrót prawny*, Warszawa 2008, s. 154.

⁸ J. Janowski, *Elektroniczny obrót prawny*, Warszawa 2008, s. 154.

z oględzin. Przepis art. 308 k.p.c. w projektowanym brzmieniu wskazuje, że chodzi tu o dowody z innych dokumentów niż wymienione w art. 243¹ k.p.c., a w szczególności z filmu, telewizji, fotografii, planów, rysunków oraz płyt lub taśm dźwiękowych i innych przyrządów utrwalających albo przenoszących obrazy lub dźwięki.

Projektowane zmiany w Kodeksie postępowania cywilnego są implikacją stworzenia nieobecnej dotychczas w polskim prawie cywilnym definicji legalnej pojęcia dokumentu. Twórcy projektu nowelizacji odstąpili od propozycji uznania za dokument wyłącznie informacji. W istocie jednak kluczowe znaczenie ma fakt, że projekt definicji wciąż zakłada, iż podpis nie jest elementem konstytutywnym dokumentu. Projektowany art. 77² k.c. definiuje dokument nie jako informację (możliwą do odtworzenia), lecz nośnik informacji umożliwiający jej odtworzenie. Zgodnie z tą definicją dokument powinien mieć postać materialną i zawierać możliwą do odtworzenia informację. Przepis art. 105 projektu Księgi pierwszej Kodeksu Cywilnego przewiduje natomiast, że dokumentem jest informacja utrwalona w sposób umożliwiający jej zachowanie i odtworzenie. Choć teoretycznie obie cytowane definicje są biegunowo odmienne, to jednak wybór którejkolwiek z nich wydaje się nie mieć praktycznego znaczenia. Wszak w obu przypadkach za dokument należy uznawać możliwą do odtworzenia utrwaloną informację (ergo zawierający ją nośnik).

K. Wojsyk podkreśla, że istotną cechą dokumentu jest jego utrwalenie, np. przez utrwalenie treści, która jest sama w sobie niematerialna, ulotna. Dopiero utrwalenie tej treści, czyli związanie jej z jakimś materialnym nośnikiem powoduje, że może stać się ona dokumentem⁹. Na uwagę zasługują rozważania dotyczące zagadnienia oryginalności dokumentów papierowych i elektronicznych: „W środowisku papierowym oryginalność jest ściśle związana nie tyle z treścią, ile z nośnikiem. (...) W środowisku elektronicznym jest zupełnie inaczej – kopia cyfrowa jest konkretnym zbiorem – sekwencją zer i jedynek, dwóch stanów namagnesowania nośnika, dwóch stanów struktury powierzchni odbijającej lub rozpraszającej światło itd. ... W środowisku papierowym nośnik był gwarantem integralności i niezmienności treści, gdyż znaków naniesionych na ten nośnik nie można było bez pozostawienia śladów usunąć; w środowisku elektronicznym takim gwarantem integralności treści stał się podpis elektroniczny – a treść została zupełnie niezależna od nośnika... Oznacza to, że można oryginał treści przenosić w różny sposób między odległymi miejscami bez zajmowania się materialnym nośnikiem. Co istotne – kopia będzie identyczna z oryginałem. Co jeszcze istotniejsze – i mające kluczowe znaczenie – możliwość oddzielenia treści od jej nośnika doprowadziła do powstania warunków niezniszczalności treści”¹⁰. K. Wojsyk dokonuje wyraźnej dystynkcji pomiędzy pojęciami „forma” i „postać”. Jego zdaniem postać jest materializacją formy. Forma natomiast jest działaniem – i nie w każdej sytuacji musi być utrwalona, a więc nie zawsze musi przyjąć trwałą postać. Postać jest materialną reprezentacją przekazu, swoistym nośnikiem przekazywanej treści, bez względu na jej rodzaj. Oznacza to, że np. dokument w formie pisemnej może mieć postać papierową bądź elektroniczną¹¹.

Argumenty logiczne przemawiają za uznaniem, że to treść (myśl, informacja) ma pierwszorzędne znaczenie dla bytu dokumentu.

Niewątpliwie musi być ona jakoś utrwalona i możliwa do odtworzenia, a w tym celu związana ze swoim nośnikiem, niemniej jednak – zwłaszcza w dobie rozpowszechnienia nośników informatycznych umożliwiających nieograniczone zwielokrotnienie i rozproszenie treści – nie powinno budzić wątpliwości, że nośnik ma względem treści funkcję akcesoryjną i pomocniczą.

W polskiej nauce już M. Allerhand podkreślał kluczowe znaczenie treści dla istnienia dokumentu. Twierdził, że dokumentem jest każdy przedmiot, który wyraża pewną myśl, przy czym obojętne jest, z czego przedmiot ten jest wykonany oraz jakimi środkami myśl ta została w tym przedmiocie wyrażona. Nie musiało to być pismo. Od dokumentów odróżnił przedmioty oględzin, do których zaliczył m.in. pomniki i fotografie, gdyż przedmioty te nie wyrażają jego zdaniem żadnej myśli¹².

Pomimo wskazanych zastrzeżeń, zamiar wprowadzenia do Kodeksu cywilnego definicji legalnej pojęcia dokumentu oraz formy dokumentowej jako nowej formy szczególnej czynności prawnych należy ocenić pozytywnie. Implikowana tymi zmianami nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie dotyczącym postępowania dowodowego pozwoli na bardziej przejrzystą klasyfikację środków dowodowych – w szczególności zapisów tekstowych, audialnych lub audiowizualnych zawartych na informatycznych nośnikach danych.

⁹ K. Wojsyk, *Dokument jaki jest każdy widzi ... , a jaki będzie?*, Człowiek i Dokumenty nr 15.

¹⁰ ibidem.

¹¹ ibidem.

¹² cyt. za: Arkadiusz Krzysztof Bieliński, *Charakter podpisu w polskim prawie cywilnym materialnym i procesowym*, C.H. Beck 2007 (M. Allerhand, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Lwów 1932, s. 83).

DR MAREK ŚWIERCZYŃSKI

PROBLEM BRAKU UREGULOWANIA REKLAMY INTERNETOWEJ NA PRZYKŁADZIE REKLAMY PRODUKTÓW LECZNICZYCH

Internet jest coraz ważniejszym medium służącym udostępnianiu informacji o produktach, w tym o produktach leczniczych. Wiąże się to z aktywną rolą użytkowników, którzy poszukują określonych informacji i nie są jedynie ich biernymi odbiorcami, odmiennie niż w przypadku tradycyjnych środków przekazu (prasa, radio, telewizja). Okoliczność ta powinna mieć istotne znaczenie dla stwierdzenia czy dany przekaz internetowy stanowi reklamę czy neutralną informację, jak również co do zakresu informacji które mogą być przekazywane za pośrednictwem Internetu. Trzeba przy tym podkreślić, że w przypadku produktów leczniczych uznanie danego przekazu za reklamę powoduje, że podlegać on będzie daleko idącym rygorom wynikającym z ustawy Prawo farmaceutyczne z 6 września 2001 r.¹ oraz rozporządzenia z 21 listopada 2008 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych.

1. Reklama a informacja w Internecie

Problem kwalifikacji danych przekazów internetowych wiąże się z bardzo szeroką definicją reklamy produktów leczniczych zawartą w art. 52 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne. Jej literalne brzmienie może sugerować, że każdy materiał zawierający nazwę handlową produktów leczniczych może zostać uznany za reklamę tych produktów. Dopiero dokładna analiza przepisu, w tym również celów i funkcji regulacji reklamowych, pozwala na stwierdzenie, że nie każda informacja internetowa zawierająca nazwy handlowe produktów leczniczych powinna zostać uznana za reklamę produktów leczniczych a jedynie taka, która w bezpośredni i jednoznaczny sposób (np. poprzez posłużenie się zwrotami wartościującymi typu „najlepszy”, „najskuteczniejszy”, „bezpieczny”) zachęca do stosowania tych produktów. Przy dokonywaniu kwalifikacji danych działań jako reklamy znaczenie powinny mieć okoliczności towarzyszące (np. zamieszczenie neutralnych informacji o ochronie zdrowia obok banera reklamowego).

Analogiczny problem dotyczy działań, które tradycyjnie uznawane są wyłączone spod pojęcia reklamy, tj. w szczególności przekazywanie informacji o sponsorowaniu, działań promocyjnych czy tzw. informacji handlowej². Wszystkie te kategorie działań mogą w danym przypadku zostać uznane za rodzaj reklamy produktów leczniczych, a więc będą podlegać wszystkim ograniczeniom wynikającym z przepisów prawa farmaceutycznego. Wynika to po pierwsze z faktu braku odróżnienia tych

działań od reklamy przez samą ustawę Prawo farmaceutyczne (co ma z kolei miejsce w przypadku innych regulacji prawnych³), jak i szerokiego ujęcia samej definicji reklamy, z czym wiąże się również przesądzenie w samej ustawie, że pewne kategorie działań, w tym: sponsoring konferencji, kongresów i zjazdów oraz spotkań promocyjnych czy działania prowadzonych przez przedstawicieli medycznych i handlowych, jako formy reklamy. Tym samym argumentacja oparta na twierdzeniu, że internetowy czy sms-owy konkurs bądź loteria promocyjna nie stanowią reklamy (ponieważ są promocją) nie znajduje uzasadnienia prawnego.

Dotychczas organy regulacyjne, w szczególności Główny Inspektor Farmaceutyczny przyjmowały dosyć restrykcyjną interpretację przepisów reklamowych w odniesieniu do przekazów internetowych. Wielokrotnie dochodziło do wydania decyzji wstrzymującej możliwość prowadzenia działań informacyjnych za pośrednictwem strony internetowej w przypadku, gdy posłużono się nazwami handlowymi produktów leczniczych. Jako przykład można wskazać sytuację podawanie nazw różnych leków antykonceptyjnych na stronie społecznej dotyczącej antykoncepcji. Mimo, że witryna ta nie była prowadzona przez przedsiębiorców farmaceutycznych to jednak GIF uznał, że doszło do prowadzenia niedozwolonej reklamy leków na receptę. Decyzja GIF została jednak następnie uchylona wyrokiem WSA.

W związku z restrykcyjnym podejściem organów regulacyjnych pojawia się pytanie czy rozwiązaniem jest posługiwanie się jedynie nazwami międzynarodowymi leków (tj. nazwami zawartych w nich substancji czynnych). W danym wypadku może to nie pozwolić na indywidualizowanie konkretnego produktu leczniczego, a wymóg takiej indywidualizacji produktu wynika naszym zdaniem z definicji reklamy⁴. Ocena powinna być jednak dostosowana do danej sytuacji. Jeśli bowiem odbiorca nie będzie mieć trudności z ustaleniem o jaki konkretnie produkt leczniczy chodzi to tym samym podstawowa przesłanka definicji reklamy zostanie spełniona. W wielu sytuacjach działanie takie może jednak skutkować zmniejszeniem ryzyka zakwestionowania danych działań informacyjnych.

Jednym z aspektów reklamy internetowej leków, który był już wielokrotnie omawiany w doktrynie⁵ jest możliwość posłużenia się nazwą leku, w tym leku na receptę w domenie (adresie strony internetowej). Argumentuje się trafnie, że domena spełnia rolę komunikacyjną (spełnia analogiczną rolę jak tradycyjny

¹ Zob. szerzej J. Adamczyk, M. Świerczyński, Produkty lecznicze i wyroby medyczne (w:) E. Traple (red.), Prawo reklamy i promocji, Warszawa 2007, s. 61–102.

² Por. K. Grzybczyk, Komentarz do art. 52, w: Prawo farmaceutyczne. Komentarz (red. L. Ogiełło), Warszawa 2010, s. 519 i n.

³ Zob. art. 2(1) pkt 2 ustawy w wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi; art. 2 pkt 7 ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych.

⁴ Por. M. Ożóg, System handlu produktem leczniczym i produktami pokrewnymi, Warszawa 2009, s. 600.

⁵ P. Białecki, Reklama leków wydawanych wyłącznie z przepisu lekarza a domena internetowa, Prawo i Medycyna 2001, nr 9, s. 97.

adres zamieszkania czy siedziby spółki) a więc ze swej istoty nie jest reklamą (jednostronnym przekazem informacyjnym zachęcającym do stosowania produktu). O ile twierdzenie takie jest zasadniczo słuszne, o tyle powstaje pytanie jakie są praktyczne konsekwencje takiego rozróżnienia, a w szczególności czy oznacza to swobodę w wyborze nie tylko domeny, ale również sposobu sformułowania treści strony internetowej udostępnianej za pośrednictwem takiej domeny. W przypadku bowiem gdy dana strona internetowa nie zawiera nazwy handlowej leku (np. zawiera tylko ogólne informacje o danym schorzeniu), ale jest jednak identyfikowana przez domenę zawierającą taką nazwę to można w danym wypadku stwierdzić, że przekaz oceniany jako całość stanowi reklamę produktów leczniczych a zatem podlega obostrzeniom przewidzianym w pr. farm.

Przykładowo GIF zakwestionował próbę argumentacji opartą na twierdzeniu, że celem serwisu identyfikowanego za pośrednictwem domeny zawierającej nazwę leku była tylko promocja zdrowia oraz podniesienie świadomości społecznej na temat pneumokoków (oparcie na art.52 ust.3 pkt 5). W adresie strony internetowej wskazano bowiem nazwę produktu leczniczego (decyzja z 10.08.2009 r. GIF-P-R-450-83-3/JD/09). W innej decyzji materiały internetowe zostały uznane za reklamę ze względu na możliwość szybkiego zidentyfikowania nazwy leku (decyzja z 6.6.2009 r. GIF-P-R-450-12-3/KP/09). Każda kampania informacyjna prowadzona przez producenta leku może zostać zatem zakwestionowana przez GIF jeśli odwołuje się do nazwy danego leku.

Powyższe uwagi prowadzą również do wniosku, że przy tworzeniu stron internetowych należy w sposób świadomy rozróżniać przekazy informacyjne oraz reklamowe, tj. nie łączyć obu rodzajów serwisów informacyjnych. W przypadku działań reklamowych należy stworzyć odrębną witrynę internetową (najlepiej udostępnianą za pośrednictwem oddzielnej domeny – np. z nazwą leku), która spełni wszystkie wymagania prawne dotyczące reklamy. Oddzielnie należy natomiast udostępniać strony internetowe poświęcone danemu schorzeniu czy też ogólnej działalności danego przedsiębiorcy farmaceutycznego. W tym ostatnim przypadku jedynym dopuszczalnym działaniem jest zamieszczenie zestawienia leków, bez opisu wskazań, ewentualnie w połączeniu ze zdjęciami opakowań oraz z udostępnieniem Charakterystyki Produktów Leczniczych (ta ostatnia forma działań może nasuwać jednak wątpliwości w związku z nowelizacją przepisów, która wchodzi w życie 1 kwietnia 2011 r.). Działania te – same w sobie – nie stanowią bowiem reklamy produktów leczniczych, o czym decydują wyraźne wyłączenia zapisane w art.52. ust.3 ustawy Prawo farmaceutyczne.

Odrębną uwagę należy poświęcić serwisom społecznym sponzorowanym. Katarzyna Grzybczyk uznaje formę sponsoringu społecznego za dozwoloną o ile nie odnosi się pośrednio lub bezpośrednio do produktów leczniczych a jest jedynie elementem budowy wizerunku przedsiębiorcy i jego renomy⁶. Analogiczna ocena powinna dotyczyć serwisów internetowych stanowiących część kampanii społecznej.

2. Wymagania dotyczące reklamy internetowej

W tym miejscu należy zaznaczyć, że obecne przepisy nie regulują w sposób odrębny reklamy internetowej. Stosuje się zasady ogólne, które są dostosowane jedynie do tradycyjnych nośników reklamy (prasa, radio, telewizja, upominki itd.). W rozporządzeniu reklamowym pojawiło się tylko rozróżnienie na reklamę wizualną, audiowizualną oraz dźwiękową. Różne obowiązki, w tym dotyczące tzw. ostrzeżenia, dotyczą każdego rodzaju tych reklam. W przypadku strony internetowej może zatem pojawić się w szczególności wątpliwość czy traktować ją jako reklamę audiowizualną czy wizualną. Zależnie zaś od klasyfikacji przyjmujemy inne wymogi dotyczące treści, wielkości i umiejscowienia ostrzeżenia i tzw. skróconej informacji o leku.

Ułatwieniem dla przedsiębiorców jest zastosowanie się do wytycznych wynikających z obowiązujących branżowych kodeksów etycznych. Przykładowo kodeks INFARMA⁷ określa w załączniku⁸ szczegółowe wymagania dotyczące stron internetowych tworzonych przez członków tego stowarzyszenia. Wskazano w nim, że strony internetowe mogą zawierać niereklamowe informacje poświęcone edukacji zdrowotnej przedstawiające charakterystyki chorób, metody zapobiegania i testy oraz sposoby leczenia, jak również inne informacje mające na celu promowanie zdrowia publicznego. Z kolei wszelkie informacje na stronach internetowych skierowane do pracowników ochrony zdrowia, które są reklamą muszą być zgodne z kodeksem. Informacje takie muszą być jednoznacznie wskazane, jako informacje dla pracowników ochrony zdrowia oraz odpowiednio zabezpieczone przed dostępem osób nieuprawnionych do odbioru tego typu informacji.

3. Odbiorcy reklamy internetowej

Z punktu widzenia regulacji reklamowych kluczowe znaczenie ma ustalenie do jakiego kręgu odbiorców reklama jest kierowana. Przepisy farmaceutyczne wyróżniają tu dwie kategorie: profesjonalistów medycznych i farmaceutycznych (tj. tzw. osoby uprawnione do przepisywania leków i prowadzenia obrotu tymi lekami) oraz nieprofesjonalistów (tj. sytuację kierowania przekazów do tzw. publicznej wiadomości). W świetle przepisów farmaceutycznych bez znaczenia jest natomiast, przyjmowane na gruncie niektórych innych ustaw (np. regulacji dotyczących reklamy napojów alkoholowych lub wyrobów tytoniowych), rozróżnienie na reklamę publiczną i niepubliczną. Nie ulega wątpliwości, że zwrot „kierowanie reklamy do publicznej wiadomości”, którym posługują się przepisy farmaceutyczne (wzorem regulacji unijnej) nie można utożsamiać z sytuacją publicznego rozpowszechniania reklamy (chodzi bowiem o skierowanie reklamy do przeciętnego odbiorcy – pacjenta a nie o publiczny charakter przekazu)⁹. W przypadku działalności internetowej oznacza to, że strony internetowe o charakterze zindywidualizowanym (dostępne dla wybranych osób) zawierające przekazy reklamowe również mogą zostać zakwestionowane. Innymi słowy

⁷ Kodeks Dobrych Praktyk Marketingowych Przemysłu Farmaceutycznego, Współpraca z Przedstawicielami Ochrony Zdrowia i Organizacjami Pacjentów - aktualna wersja 2009 r., <http://infarma.pl/index.php?id=17>.

⁸ Załącznik nr 1 - Wytyczne dotyczące stron internetowych dostępnych dla pracowników ochrony zdrowia, pacjentów i ogółu społeczeństwa w Unii Europejskiej.

⁹ M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, Prawo farmaceutyczne. Zagadnienia cywilnoprawne i regulacyjne, Warszawa, 2008.

⁶ K. Grzybczyk, Komentarz..., s. 528.

fakt prowadzenia reklamy niepublicznej nie oznacza wyłączenia regulacji reklamowych (odmiennie niż w przypadku witryn poświęconych reklamie napojów alkoholowych czy wyrobów tytoniowych). Rozróżnienie na reklamę kierowaną do profesjonalistów i nieprofesjonalistów jest natomiast istotne w kontekście odpowiedniego zabezpieczenia dostępu do strony internetowej. Jeśli bowiem przekaz ma zostać skierowany do profesjonalistów (niezależnie od tego czy stanowi on reklamę produktów leczniczych czy też informację „neutralną”) to tym samym nie powinien być w łatwy sposób dostępny dla nieprofesjonalistów (por. decyzja z 2.06.2009 r. GIF-P-R-450-42-3/KP/09). Przykładem jest prasa internetowa kierowana do lekarzy. Jeśli zamieszczona w niej zostanie reklama leku na receptę, to fakt braku odpowiedniego zabezpieczenia dostępu do prasy może spowodować zakwestionowanie reklamy ze względu na uznanie jej za reklamę kierowaną do publicznej wiadomości (ze względu na możliwość zapoznania się z nią przez pacjentów). Według interpretacji GIFu znaczenie ma tu bowiem sama możliwość zapoznania się z reklamą a nie intencje – zamiar reklamodawcy co do skierowania przekazu do danej kategorii osób (ta ostatnia przesłanka nie była dokładnie badana w dotychczasowych decyzjach wstrzymujących reklamy).

4. Reklama wielu produktów leczniczych

Typowym działaniem jest prowadzenie reklamy jednego produktu leczniczego. W przypadku łącznej reklamy wielu produktów może pojawić się problem wprowadzania w błąd odbiorców (np. przypisanie właściwości jednego leku drugiemu reklamowanemu leku, który ich nie posiada). Kwestii tej dotyczą niejasne przepisy rozporządzenia reklamowego. Zgodnie z § 3 ust.2 rozporządzenia w przypadku reklamy produktów leczniczych zawierających różny skład substancji czynnych, ich jednoczesne prezentowanie w reklamie jest dopuszczalne, jeżeli reklama każdego z reklamowanych produktów leczniczych spełnia warunki określone w rozporządzeniu. Jednakże ust.3 przewiduje wyjątek od tej zasady. Wskazuje on, że dopuszcza się jednoczesne prezentowanie w reklamie produktów leczniczych zawierających tę samą substancję czynną, lecz różne postacie farmaceutyczne.

Przepisy te nie są sformułowane jednoznacznie. W przypadku reklamy internetowej przyjąć należy moim zdaniem następującą interpretację: wymogi informacyjne dotyczące reklamowanych łącznie produktów leczniczych, zawierających tę samą substancję czynną, lecz różne postacie farmaceutyczne, mogą być przedstawione łącznie. W przypadku innych leków reklamowanych łącznie konieczne jest natomiast odrębne spełnienie wymagań informacyjnych. Dozwolone jest przy tym zastosowanie jednego ostrzeżenia (o ile jednym z produktów nie będzie lek roślinny, który wymaga specjalnej treści ostrzeżenia). W praktyce, w celu uniknięcia wątpliwości, najlepiej jednak rozdzielić przekazy reklamowe dotyczące różnych leków pomiędzy różne strony internetowe.

Działaniem nasuwającym zastrzeżenie prawne będzie równoczesne prezentowanie w ramach jednej reklamy internetowej produktów należących do różnych kategorii – suplementów diety, wyrobów medycznych i produktów leczniczych. Takie działanie, samo w sobie, może skutkować zabronionym przypisywaniem właściwości leczniczych produktom, które w ogóle nie zostały zarejestrowane jako leki.

5. Zakaz reklamy niezarejestrowanych leków

Reklama, niezależnie od tego do kogo jest kierowana, może dotyczyć jedynie leków, które zostały w Polsce dopuszczone do obrotu. Zakazane jest natomiast reklamowanie produktów, które takiej rejestracji nie posiadają, nawet jeżeli są sprowadzane do Polski na zasadzie tzw. importu docelowego (finansowego). Aby w ogóle rozpocząć reklamę pozwolenie na dopuszczenie leku do obrotu musi zostać już wydane, nie jest bowiem wystarczające samo prowadzenie postępowania w tej sprawie. Warto w związku z tym wskazać, że w reklamie należy podać numer pozwolenia. Pewne wątpliwości mogą natomiast dotyczyć możliwości promowania leków, które pozostają na zasadzie wyprzedaży w obrocie (pozwolenie wygasło, np. wskutek braku spełnienia wymogów procedury dostosowania dokumentacji do wymogów prawa unijnego, który to proces zakończył się w 2008 r., ale nadal w obrocie pozostają leki, które zostały wcześniej wprowadzone na rynek).

Z tego względu tak istotne znaczenie ma stwierdzenie czy dany przekaz stanowi reklamę czy neutralną informację (ta ostatnia może bowiem dotyczyć nowych terapii). Jednakże uzasadnienie neutralnego charakteru przekazu dotyczącego leku niezarejestrowanego w Polsce będzie dodatkowo utrudnione. Może bowiem pojawić się zarzut próby obejścia zakazów reklamowych. Rozwiązaniem może być umieszczenie serwera za granicą i zlokalizowanie strony internetowej w języku angielskim bądź w różnych językach europejskich, tak aby uniknąć zarzutu specjalnego skierowania przekazu do polskich odbiorców.

6. Korespondencja elektroniczna

Jednym z działań, które zostały wprost wyłączone przez pr. farm. spod pojęcia reklamy produktów leczniczych jest „korespondencja, której towarzyszą materiały informacyjne o charakterze niepromocyjnym, niezbędne do udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące prawidłowego stosowania konkretnego produktu leczniczego” (art.52 ust.3 pkt 3). Nic nie stoi na przeszkodzie aby wyłączenie to stosować w przypadku korespondencji elektronicznej, w tym poczty elektronicznej bądź nawet komunikatów SMS czy MMS. Pod to wyłączenie można również zakwalifikować zestawy pytań i odpowiedzi zamieszczanych na stronach internetowych dotyczących produktów leczniczych (tzw. FAQ). Jednakże nie powinny one wykraczać poza te, które znajdują się w CHPL i ulotce dla pacjentów¹⁰.

7. Witryna internetowa a bezpieczeństwo danych

Nie ulega wątpliwości, że zawierające reklamy produktów leczniczych strony internetowe muszą być zgodne z przepisami prawa i obowiązującymi kodeksami postępowania dotyczącymi ochrony prywatności, bezpieczeństwa i poufności informacji osobowych, jeżeli tylko w jakikolwiek sposób dane użytkowników (odbiorców reklam) są gromadzone i przetwarzane. Wiąże się to z coraz częstszą praktyką uwzględniania interaktywnej roli Internetu i tworzenia serwisów reklamowych, które nie zawierają tylko biernej informacji, ale przewidują dodatkowe funkcjo-

¹⁰ K. Grzybczyk, Komentarz..., s. 545.

nalności dla użytkowników (usługi elektroniczne, np. możliwość subskrypcji informacji na temat leku czy choroby albo usługi sms-owej przypominającej o konieczności zastosowania leku). W tej sytuacji zastosowanie znajdą szczególne wymogi dotyczące ochrony danych osobowych przewidziane w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną, o których często się zapomina, mimo że przewidują one pewne modyfikacje w stosunku do ogólnych zasad ochrony danych osobowych (m.in. polegające na ograniczeniu zakresu gromadzonych danych). Ponadto już samo posłużenie się na stronie internetowej mechanizmem *cookies* pociąga za sobą potrzebę poinformowania użytkowników o takim działaniu.

Warto w tym miejscu wskazać, że przepisy nie wymagają utworzenia osobnego dokumentu w postaci tzw. „polityki prywatności”. Zamieszczenie takiego dokumentu na stronie internetowej jest jednak wskazane w ramach dobrych praktyk reklamowych. Może ona również stanowić fragment regulaminu świadczenia usług, którego zamieszczenie na stronie internetowej, nie ma jedynie informacyjnego charakteru, ale pozwalającej na jakąkolwiek interakcję z użytkownikami będzie już obowiązkowe.

8. Prawo właściwe dla oceny przekazów reklamowych

Coraz bardziej pilnym zagadnieniem jest określenie reguł kolizyjnych dotyczących reklamy internetowej. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że według tradycyjnego ujęcia obowiązujące przepisy reklamowe podlegają zasadzie terytorializmu, tj. stosuje się je w odniesieniu do działań mających miejsce lub wywołujących skutek na terytorium Polski. Internet ma jednak charakter aterytorialny, co jednak nie może oznaczać, że z założenia nie podlega regulacjom krajowym. Problematyczne będzie jednak powiązanie przekazów z terytorium danego państwa. Zagadnienie to w mojej ocenie również powinno stać przedmiotem prac legislacyjnych.

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE CYWILNYM

ADWOKAT BERENIKA KACZMAREK-TEMPLIN

O PERSPEKTYWIE NOWEGO DOKUMENTU W ŚWIECIE PROJEKTOWANYCH ZMIAN KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

Dotychczas ani przepisy Kodeksu cywilnego, ani przepisy Kodeksu postępowania cywilnego nie zawierały definicji pojęcia „dokument”. Kwestia ta natomiast szczegółowo roztrząsana była w doktrynie procesu cywilnego¹.

W przedwojennej doktrynie przeważały poglądy, że dokumentami mogą być różne przedmioty ruchome zawierające pewną treść (dokumenty sensu *largo*). Po wojnie dominujące były poglądy, że za dokument uznawane były tylko te sporządzone w formie pisemnej (dokumenty sensu *stricto*).

Najszerza definicja została przedstawiona przez M. Allerhanda². Twierdził on, że każdy przedmiot, wyrażający pewną myśl, bez względu na to, z czego jest ten przedmiot wykonany oraz jakimi środkami myśl ta została wyrażona jest dokumentem, przy czym nie wymaga on podpisu. Odmienny, lecz powszechniej akceptowany, pogląd głoszony przez m.in. W. Siedleckiego, zakładał, że za dokument może być uznany tylko dokument pisemny, zawierający obowiązkowo podpis wystawcy³.

Z przedstawionych w piśmiennictwie stanowisk można wywieść, że dokument można zdefiniować jako metodę skutecznego i trwałego przechowywania treści oświadczenia woli. Elementarnym sposobem zbierania danych jest forma pisemna, do zachowania której konieczne jest przedstawienie treści przy pomocy pisma z zachowaniem zasad gramatyki, składni i semantyki⁴. Treść dokumentu można przedstawić w dowolnej postaci, maszynowej, własnoręcznej, wydruku, elektronicznej. Funkcją dokumentu jest utrwalenie jego treści co najmniej tak długo, żeby można odtwarzać lub powielać ją w takim samym stanie w toku całego postępowania sądowego⁵.

Powszechnie uznanym w doktrynie poglądem jest, iż aby mówić o dokumencie, powinien on zawierać następujące trzy składniki, przede wszystkim materiał, na którym jest sporządzony, oświadczenie woli, a także podpis⁶.

Z uwagi na rozwój nowych technologii coraz częściej pojawiają się głosy aprobujące szeroką koncepcję „dokumentu”⁷. Doku-

ment nie powinien być łączony wyłącznie z postacią papierową. W piśmiennictwie postuluje się, by wiązać go także z nowymi środkami technicznymi⁸.

Jako dowód w sprawie cywilnej może być dopuszczony także przedmiot, w którym myśl ludzka została wyrażona przy użyciu innego sposobu utrwalenia niż pismo⁹. Brak pisemności skutkuje niemożnością uznania go za dokument. Przeprowadzenie takiego dowodu następuje w oparciu o regulację z art. 308 KPC, przy zastosowaniu odpowiednio przepisów o dowodzie z oględzin oraz o dowodzie z dokumentów.

Do tej pory istniał także pewien dysonans w rozumieniu pojęcia „dokument” na gruncie prawa materialnego i prawa procesowego.

Dokumentami w rozumieniu Kodeksu cywilnego są tylko te obejmujące oświadczenia woli, natomiast Kodeks postępowania cywilnego za dokumenty uznaje również te obejmujące oświadczenia wiedzy, a nawet oświadczenia uczuć¹⁰.

Prawo materialne są do dokumentów zalicza także mapy, plany, rysunki. Odmienne są one traktowane przez prawo procesowe. Nie mają one statusu dokumentów, ale mogą być traktowane jako tzw. inne środki dowodowe. Zdarzają się również sytuacje odwrotne, na przykład list jest dokumentem (prywatnym) w procesie, a dla prawa materialnego nie będzie spełniał takiej funkcji.

Sytuacja ulegnie diametralnie zmianie po wejściu w życie projektowanych zmian Kodeksu cywilnego¹¹.

Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego uznała, że odpowiednim miejscem do zamieszczenia definicji dokumentu będzie Kodeks cywilny. Zgodnie z projektem dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający jej odtworzenie.

Projekt wprowadza również jako *novum* w regulacji czynności prawnych formę dokumentową. Dla jej zachowania należy złożyć oświadczenie woli w postaci dokumentu w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie.

Wobec regulacji kodeksowej należy przyjąć, że pośród dokumentów możliwy do zastosowania będzie podział uwzględniający formę sporządzenia, według którego dokumenty będzie można dzielić na utrwalone w formie pisemnej, w formie elektronicznej lub w formie dokumentowej. Inny podział dokumentów może być oparty o ich treść. Można je zatem podzielić na

¹ Zob. K. Knoppek, Dokument w procesie cywilnym, Poznań 1993, T. Ereciński, Z problematyki dowodu z dokumentu w sądowym postępowaniu cywilnym, Studia z prawa postępowania cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Zbigniewa Resicha, Warszawa 1985, s. 75, S. Dalka, Dowód z dokumentu w sądowym postępowaniu cywilnym, Palestra 1974, nr 8-9, s. 49.

² M. Allerhand, cytowany za K. Knoppek, Dokument w procesie cywilnym, Poznań 1993.

³ W. Siedlecki, Postępowanie cywilne. Zarys wykładu, Warszawa 1977, s. 267.

⁴ K. Knoppek, Dokument w procesie cywilnym, Poznań 1993, s. 21.

⁵ W. J. Kocot, Wpływ Internetu na prawo mediów, Warszawa 2004, s. 334-335.

⁶ K. Knoppek, Dokument w procesie cywilnym, Poznań 1993, s. 13-16.

⁷ K. Flaga-Gieruszyńska [w:] Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego, tom I, A. Zieliński (red.), Warszawa 2005, s. 666 i n. Zasadniczą cechą dokumentów jest utrwalanie określonych spostrzeżeń lub oświadczeń w celu przedstawienia ich w tej formie w przyszłości. Prowadzi to do dopuszczenia innych, poza pisemną, metod gromadzenia oraz przechowywania treści dokumentów, jak na przykład zapisu elektronicznego. Por. także B. Kaczmarek, Dowód z dokumentu elektronicznego w świetle przepisów o dowodach w postępowaniu

cywilnym, Prawo Mediów Elektronicznych dodatek do Monitora Prawniczego nr 16/2006 s. 39-43.

⁸ W. J. Kocot, Wpływ Internetu na prawo mediów, Warszawa 2004, s. 334-335.

⁹ Por. W. Miszewski, Proces cywilny w zarysie, Warszawa-Lódź 1946, s. 173.

¹⁰ Por. K. Knoppek, Dokument w procesie cywilnym, Poznań 1993.

¹¹ Projekt Księgi I Kodeksu cywilnego przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości tzw. Zielona Księga Kodeksu cywilnego, Warszawa, październik 2008r., tekst dostępny na stronie www.ms.gov.pl

dokumenty zawierające oświadczenia woli, oświadczenia wiedzy oraz inne.

Ustawodawca opowiedział się zatem za przyjęciem teorii szerokiej¹² rozumienia pojęcia „dokumentu”. Zmiany konieczne są również w Kodeksie postępowania cywilnego. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przygotowała projekt uwzględniający definicję dokumentu i inne regulacje, które znajdują się w nowym Kodeksie cywilnym¹³. Dalsza część artykułu odnosi się do projektu nowelizacji KPC w części dotyczącej właśnie dowodu z dokumentów.

Najszerzej unormowane zostanie przeprowadzenie dowodu z dokumentów zawierających oświadczenia wiedzy lub woli, sporządzonych w postaci papierowej i elektronicznej. Na mocy nowego art. 243¹ do dokumentów sporządzonych w postaci dokumentowej zastosowanie znajdą przepisy oddziału 2 pt. „Dokumenty”.

Do innych dokumentów sporządzonych w formie dokumentowej, nie zawierających oświadczeń woli bądź wiedzy zastosowanie będzie miał art. 308 KPC. Dowód z nich przeprowadza się stosując odpowiednio przepisy regulujące dowód z dokumentu lub dowód z oględzin. Ustawodawca zalicza do tej kategorii między innymi filmy, telewizję, fotografię, plany, rysunki oraz płyty lub taśmy dźwiękowe i inne przyrządy utrwalające albo przenoszące obrazy lub dźwięki.

Zgodnie z nową regulacją art. 244. § 1 KPC dokumenty urzędowe, sporządzone w formie przewidzianej w przepisach szczególnych w postaci papierowej lub elektronicznej przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone. Ta sama regulacja odnosi się odpowiednio do dokumentów, którym przepisy szczególne przyznają moc prawną dokumentów urzędowych, do poświadczonych przez wystawcę wydruku dokumentu urzędowego w postaci elektronicznej i do poświadczonych w postaci elektronicznej dokumentu urzędowego.

Wymogi dotyczące sporządzania dokumentów urzędowych wynikają z przepisów prawa materialnego. Jeśli przepisy szczególne przewidują możliwość wystawienia przez organy władzy publicznej lub inne organy państwowe dokumentów urzędowych w postaci elektronicznej, to będą one dokumentami urzędowymi w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego.

Nawet wykładnia przepisu art. 244 KPC w aktualnym brzmieniu pozwala przyjąć, że gdyby z przepisów szczególnych wynikała możliwość sporządzenia elektronicznego dokumentu urzędowego, to na gruncie Kodeksu postępowania cywilnego miałby on również taki status.

Dokument urzędowy zawiera podpis. Jednak w zależności od formy, w jakiej istnieje, będzie on własnoręczny bądź elektroniczny. Zwykle ten element jest wymagany przez przepisy szczególne¹⁴, jak na przykład art. 107 KPA, zgodnie z którym elementem konstytutywnym decyzji administracyjnej jest podpis osoby upoważnionej do jej wydania.

Do art. 244 KPC dodano § 3, który pozwoli na zrównanie mocy dowodowej dokumentów, którym przepisy szczególne przyznają moc prawną dokumentów urzędowych, poświadczonych przez wystawcę wydruków dokumentów urzędowych w postaci elektronicznej, poświadczonych w postaci elektronicznej dokumentów urzędowych z dokumentami. Ta zmiana była oczekiwana, gdyż w końcu rozwiane zostaną wątpliwości dotyczące statusu dokumentów, którym ustawodawca przyznaje moc prawną dokumentów urzędowych. Do tej grupy dokumentów należą dokumenty notarialne¹⁵, określone dokumenty bankowe¹⁶, pokwitowanie dokonanych wpłat wystawione przez komornika¹⁷, księgi rachunkowe funduszu sekurytyzacyjnego, wyciągi z tych ksiąg podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych funduszu i opatrzone pieczęcią towarzystwa zarządzającego funduszem sekurytyzacyjnym oraz wszelkie wystawione w ten sposób oświadczenia zawierające zobowiązania, zwolnienie z zobowiązań, zrzeczenie się praw lub pokwitowanie odbioru należności¹⁸.

Wprowadzenie definicji pojęcia „dokument” w Kodeksie cywilnym wywołuje również oddźwięk w procedurze cywilnej. Do tej pory w postępowaniu sądowym, gdy jako dowód zostało przedłożone pismo bez podpisu, a istniała możliwość ustalenia osoby, od której ono pochodzi, to pismo takie mogło zostać uznane za tzw. początek dowodu na piśmie¹⁹. Było to jednak traktowane jako forma uprawdopodobnienia faktu dokonania danej czynności prawnej w sytuacji, gdy nie została zachowana wymagana forma pisemna tej czynności przewidziana dla celów dowodowych (art. 74 § 2 KC). Odrębnym zagadnieniem jest kwestia tzw. anonimów, które nie mogą być w żadnym razie dowodem w sprawie²⁰.

Zdefiniowanie dokumentu pozwala na stwierdzenie, że podpis nie będzie już elementem konstytutywnym dokumentu prywatnego. Jego rola sprowadza się natomiast do identyfikacji osoby, od której pochodzi oświadczenie zawarte w dokumencie.

Dokument prywatny w dalszym ciągu korzystać będzie z domniemania z art. 245 KPC bez względu na postać, w jakiej został sporządzony (papierowej, elektronicznej).

Rezygnacja z podpisu jako elementu koniecznego dokumentu prywatnego, oznacza że zamieszczenie podpisu bez względu na jego rodzaj, nie będzie miało również wpływu na jego wartość dowodową. Takie rozwiązanie jest kompatybilne z przepisami prawa wspólnotowego. Zgodnie z art. 9 dyrektywy w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego²¹ (dyrektywa o handlu elektronicznym) Państwa Członkowskie zapewniają, żeby ich system prawny umożliwiał zawieranie umów drogą elektroniczną. Państwa Członkowskie mają w szczególności zapewnić, by wymagania prawne mające zastosowanie do procesu zawierania umów nie stanowiły prze-

¹² Por. K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński, Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego, tom. I, Warszawa 2005, s. 666.

¹³ Projekt zmiany ustawy Kodeks postępowania cywilnego przygotowany przez zespół problemowy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego pod przewodnictwem prof. J. Gołaczyńskiego. Autorka niniejszego artykułu jest również członkiem tego zespołu.

¹⁴ A. K. Bieliński, Charakter podpisu w polskim prawie cywilnym materialnym i procesowym, Warszawa 2007, s. 92; por. także ustawę z 18.9.2001 r. Kodeks morski, Dz. U. Nr 138, poz. 1545 ze zm. oraz ustawę z 23.9.1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, tekst jednolity Dz. U. z 2004 r., Nr 161, poz. 1688 ze zm.

¹⁵ Art. 2 § 2 ustawy z 14.2.1991 r. Prawo o notariacie, tekst jednolity Dz. U. z 2008 r., Nr 189, poz. 1158 ze zm.

¹⁶ Art. 95 ustawy z 29.8.1997 r. Prawo bankowe, tekst jednolity Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.

¹⁷ Art. 815 KPC.

¹⁸ Art. 194 ustawy z 27.5.2004 o funduszach inwestycyjnych, Dz. U. Nr 146, poz. 1546 ze zm.

¹⁹ W. Siedlecki, Postępowanie cywilne w zarysie, Warszawa 1972, s. 317; K. Knoppek, Dokument w procesie cywilnym, Poznań 1993, s. 60-61; W. Siedlecki, glosa do wyr. SN z 9.12.1980 r., sygn. II URN 171/80, OSPIKA 1981, Nr 7-8, poz. 126, s. 316; odmiennie S. Dalka, Dowód z dokumentu w sądowym postępowaniu cywilnym, Pal. 1974, Nr 8-9, s. 43.

²⁰ Zob. wyrok SN z 9.12.1980 r., sygn. II URN 171/80, OSPIKA 1981, nr 7-8, poz. 126, a także W. Siedlecki, Glosa do tego wyroku, tamże s. 316-317.

²¹ Dyrektywa nr 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000r.

szkody dla używania umów elektronicznych ani nie prowadził do pozbawienia prawnej skuteczności i ważności takich umów z tego powodu, że są one zawierane drogą elektroniczną.

Również w dyrektywie w sprawie wspólnotowych ram w zakresie podpisów elektronicznych²² w art.5 ust.2 zawarta jest regulacja, że Państwa Członkowskie mają zapewnić, żeby nie odmawiano podpisowi elektronicznemu skuteczności prawnej i dopuszczalności jako dowód w postępowaniu sądowym jedynie dlatego, że jest w formie elektronicznej, lub nie jest oparty na kwalifikowanym certyfikacie, lub nie jest oparty na kwalifikowanym certyfikacie pochodzącym od akredytowanego podmiotu świadczącego usługi certyfikacyjne, lub nie jest złożony za pomocą bezpiecznego urządzenia służącego do składania podpisu.

Nie ma uzasadnienia zatem, by odmiennie traktować dokumenty elektroniczne zawierające oświadczenia woli lub wiedzy, z uwagi na formę ich sporządzenia. Z dokumentem prywatnym pod względem skutków prawnych został zrównany jego poświadczony wydruk oraz dokument prywatny poświadczony w postaci elektronicznej.

Część dokumentów urzędowych z uwagi na swój istotny charakter pozostaje wyłącznie w aktach organów, które je wydają. Do tej grupy zalicza się między innymi dokumenty notarialne czy też akta stanu cywilnego. Stronom wydawane są jedynie odpisy, które mają moc prawną oryginału.

Jeżeli dokument znajduje się w aktach organu, o którym mowa w art.244 KPC wystarczy przedstawić urzędowo poświadczony przez ten organ odpis lub wyciąg z dokumentu. Sąd zażąda udzielenia odpisu lub wyciągu, jeżeli strona sama uzyskać go nie może. Gdy sąd uzna za konieczne przejrzanie oryginału dokumentu, może zarządzić, by go dostarczono na rozprawę, albo przejrzeć go na miejscu przez sędziego wyznaczonego lub przez cały skład sądu.

Urzędowy dokument elektroniczny będzie sporządzany na nośniku informatycznym, należącym do wystawcy. Uprawnionym do uzyskania dokumentu wydaje się poświadczony wydruk dokumentu elektronicznego. Nie będzie konieczne dostarczanie dla potrzeb postępowania sądowego nośnika, na którym dokument się znajduje. Warty odnotowania jest fakt, że ustawodawca przyjął koncepcję zrównania poświadczonych wydruków dokumentów urzędowych z odpisami dokumentów klasycznych, to jest w postaci papierowej.

Na marginesie można dodać, że po nowelizacji przez odwołanie się w treści art.250 KPC do całego art.244, a nie jedynie do jego § 1, usankcjonowana została możliwość utrwalania dokumentów jedynie w aktach, księgach czy na nośnikach pozostających wyłącznie w dyspozycji wystawcy, i wydawanie osobom zainteresowanym jedynie odpisów, w tym poświadczonych wydruków.

Nowelizacja KPC otwiera możliwość posługiwania się dokumentami w postaci zdigitalizowanej. Digitalizacja dokumentu, który został pierwotnie sporządzony w postaci papierowej, nie skutkuje utworzeniem nowego dokumentu, w rozumieniu art.244 i 245 KPC. Zdigitalizowany dokument jest elektronicznym odzwierciedleniem dokumentu, czyli właściwie jego odpisu.

Przepisy prawa materialnego stanowiące o danym dokumencie jako o urzędowym, muszą uregulować kompetencje do wydawania odpisów w postaci poświadczeń elektronicznych i poświadczeń wydruków dokumentów elektronicznych.

Do KPC wprowadzono nowe formy sporządzania odpisów dokumentów, czyli poświadczony przez wystawcę wydruk dokumentu urzędowego sporządzonego pierwotnie w postaci elektronicznej oraz poświadczony w postaci elektronicznej dokument urzędowy. Poświadczenia zdigitalizowanego dokumentu można dokonać w postaci elektronicznej zgodnie z regułami, o których mowa w art.129 KPC.

Ustawodawca opowiedział się za koncepcją zrównania mocy dowodowej wydruków dokumentów sporządzonych w postaci elektronicznej oraz dokumentów zdigitalizowanych z taką mocą, jaka jest właściwa dokumentom sporządzonym w postaci papierowej w oryginale. W myśl tego poświadczonemu w postaci elektronicznej dokumentowi urzędowemu zostało przydane domniemanie prawdziwości i zgodności z prawdą tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone. Z poświadczonym w postaci elektronicznej dokumentem prywatnym związane jest domniemanie prawdziwości i pochodzenia oświadczenia w nim zawartego od wystawcy dokumentu.

Dokument sporządzony w formie elektronicznej, w tym elektroniczne poświadczenie, cechować będzie domniemanie prawdziwości (autentyczności) oraz domniemanie pochodzenia od osoby, która opatrzyła go podpisem elektronicznym. Domniemania te mogą być obalone. Może się zdarzyć, że elektronicznym podpisem posłuży się osoba, która nie będzie jego właścicielem. Zaprzeczający pochodzeniu dokumentu elektronicznego od osoby, która opatrzyła go podpisem elektronicznym, powinien prowadzić dowód na podstawie przepisów ustawy o podpisie elektronicznym²³.

Po zmianach dotychczasowej treści art.253 KPC znajdzie on zastosowanie do art.245 KPC, czyli wymienionych tam dokumentów i poświadczeń, a nie tylko do dokumentów prywatnych.

Ustawowe rozszerzenie desygnatu pojęcia „dokument” skutkuje zmianami w zakresie badania jego prawdziwości. W dalszym ciągu badanie prawdziwości dokumentu dokonuje się z udziałem lub bez udziału biegłych. W przypadku dokumentów w postaci papierowej badanie prawdziwości pisma może nastąpić przez porównanie pisma na zakwestionowanym dokumencie z pismem tej samej osoby na innych dokumentach niewątpliwie prawdziwych. Sąd w razie potrzeby może wezwać osobę, od której pismo pochodzi w celu napisania podyktowanych jej wyrazów. Natomiast kwestia badania dokumentów istniejących w postaci elektronicznej nie została w sposób szczegółowy uregulowana kodeksowo. Jest to prawidłowe rozwiązanie, gdyż może być wiele sposobów badania dokumentów elektronicznych w zależności od tego, czego badanie ma dotyczyć. Sąd w razie potrzeby może wezwać wystawcę dokumentu w postaci elektronicznej do udostępnienia nośnika informatycznego, na którym został on zapisany.

Trudno jednoznacznie rozstrzygać, czy badanie dokumentu sporządzonego w postaci elektronicznej będzie się częściej odbywało z udziałem biegłych czy też bez ich udziału. Niewątpliwie nie należy przyjmować *a priori*, że w każdym przypadku pojawi się konieczność angażowania osób posiadających wiadomości specjalne z zakresu nowych technologii.

Wyżej opisane zmiany są niewątpliwie od dawna oczekiwane i pozostaje mieć nadzieję, że nowe przepisy będą odpowiadały rozwojowi nowych technologii, które są wykorzystywane w sprawach życia codziennego.

²² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 1999/93/WE z dnia 13 grudnia 1999r.

²³ Ustawa z dnia 18 września 2001r., Dz. U. Nr 130, poz. 1450 ze zm.

DR MAREK LEŚNIAK

POWSZECHNY DOSTĘP DO PRZEGLĄDANIA KSIĘGI WIECZYSTEJ PROWADZONEJ W SYSTEMIE INFORMATYCZNYM (NOWEJ KSIĘGI WIECZYSTEJ)

W dniu 16. czerwca 2010 r. dokonano istotnej zmiany faktycznej w zakresie dostępu do danych zawartych w księgach wieczystych prowadzonych w systemie informatycznym czyli „Nowych księgach wieczystych”¹. Jak napisano na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości „utworzono publiczny, bezpłatny, powszechny dostęp do przeglądania księgi wieczystej prowadzonej w postaci elektronicznej”².

Przy pomocy internetowej przeglądarki umożliwiono bezpośredni wgląd do ksiąg wieczystych w sądach, w których wdrożono system informatyczny zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych³. W ocenie Ministerstwa Sprawiedliwości swobodny dostęp do możliwości przeglądania Nowej księgi wieczystej istotnie zwiększy bezpieczeństwo obrotu nieruchomościami. Możliwe bowiem będzie, nawet w chwili podpisywania umowy zakupu nieruchomości, sprawdzenie treści księgi wieczystej. „Jest to kolejny krok, po udostępnieniu przez Internet podstawowych informacji o podmiotach znajdujących się w Krajowym Rejestrze Sądowych, do zapewnienia faktycznej jawności rejestrów sądowych prowadzonych w resorcie sprawiedliwości”⁴.

Niniejsze opracowanie opisuje dostęp do Nowej księgi wieczystej oraz podejmuje próbę odpowiedzi na pytania, czy cele, które postawiło sobie Ministerstwo Sprawiedliwości doprowadzając do umożliwienia swobodnego dostępu do Nowej księgi wieczystej zostały rzeczywiście osiągnięte oraz czy wybrane funkcje założone dla Nowej księgi wieczystej poprzez bezpośrednie udostępnienie jej treści stały się funkcjami zrealizowanymi.

1. Sposób dostępu do treści Nowej księgi wieczystej

Aby uzyskać dostęp do zapisów Nowej księgi wieczystej należy utworzyć główną stronę internetową Ministerstwa Sprawiedliwości www.ms.gov.pl. Następnie w menu „Rejestry i ewidencje” podmenu „Nowa księga wieczysta” należy nacisnąć na link „Przeglądanka Ksiąg Wieczystych”. Drugi sposób uruchomienia aplikacji to wpisanie adresu <http://ekw.ms.gov.pl> w przeglądarce interneto-

wej⁵. Następnie na pierwszym ekranie Podsystemu Dostępu do Centralnej Bazy Danych Ksiąg Wieczystych w polu „Numer księgi wieczystej” należy wprowadzić numer Nowej księgi wieczystej. Numer ten składa się trzech elementów. Pierwszym jest „Czteroznakowy kod wydziału” sądu rejonowego, we właściwości, którego znajdowała się księga wieczysta w momencie założenia jej w postaci elektronicznej⁶. Kod wydziału można wprowadzić ręcznie lub przy pomocy listy rozwijanej zawierającej nazwy miejscowości, w których znajdują się wydziały ksiąg wieczystych (w przypadku miast, w których znajduje się kilka wydziałów na liście zawarto również ich numery) oraz przypisane do nich kody. Drugim elementem jest „Właściwy numer księgi wieczystej”, który odpowiada numerowi nadanemu w repertorium ksiąg wieczystych danego Wydziału Ksiąg Wieczystych sądu rejonowego. W przypadku ksiąg wieczystych, które prowadzone były wcześniej w postaci papierowej jest to numer, który widniał na okładce papierowej księgi wieczystej dodatkowo uzupełniony zerami do ośmiu znaków (system uzupełnia zera w sposób automatyczny). Trzeci element to „Cyfra kontrolna” nadawana w chwili zakładania Nowej księgi wieczystej.

W przypadku błędnego wprowadzenia w systemie elektronicznego numeru Nowej księgi wieczystej, numer ten można usunąć poprzez naciśnięcie przycisku „Wyczyść”. Następnie w polu „Kod zabezpieczający z obrazka” należy wprowadzić znaki znajdujące się na podanym obrazku (uwzględnić należy przy tym wielkość liter). Jest to mechanizm zabezpieczający system (tzw. kod captcha) przez zapytaniami generowanymi w sposób automatyczny przez systemy zewnętrzne.

Po wprowadzeniu danych w powyższych polach należy nacisnąć przycisk „Szukaj”, umożliwiający pobranie ogólnych informacji dotyczących Nowej księgi wieczystej. Użytkownik może również wycofać się z przeszukiwania i powrócić do podmenu „Nowa księga wieczysta”, znajdującego się na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości poprzez naciśnięcie przycisku „Zakończ pracę”⁷.

Na kolejnym ekranie zatytułowanym „Ogólne informacje dotyczące wybranej księgi wieczystej” użytkownik może zapoznać się z następującymi wpisami ujawnionymi w Nowej księdze wieczystej: „Numer księgi wieczystej”, który jest zgodny z numerem wprowadzonym przez użytkownika na poprzedniej stronie przeglądarki. „Typ księgi wieczystej” jest to typ określony dla

¹ Szerzej o księgach wieczystych prowadzonych w systemie informatycznym zwanej w dokumentach Ministerstwa Sprawiedliwości „Nową księgą wieczystą” zob. M. Leśniak, „Wykorzystanie komunikacji elektronicznej w postępowaniu sądowym” [w:] *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej* pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2003, s. 364-371; także M. Leśniak, „Informatyzacja postępowań rejestrowych w Krajowym Rejestrze Sądowym, Rejestrze Zastawów i Nowej Księdze Wieczystej oraz dostęp do danych zawartych w tych rejestrach” [w:] *Informatyzacja postępowania sądowego i administracji publicznej* pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2010, s. 87-97.

² <http://ms.gov.pl/pl/informacje/news,1841,ponad-100-tysiecy-wgladow-w-ksiegi-wieczyste-juz.html>

³ zobacz definicja na <http://ms.gov.pl/>

⁴ *ibid.*

⁵ http://ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/kw/instrukcja_pdcbdkw_wer4_2.pdf

⁶ Wykaz kodów wydziałów zawiera Załącznik nr 1 do Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 sierpnia 2003 r. w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie informatycznym (Dz. U. nr 162, poz. 1575 z późn. zm.).

⁷ http://ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/kw/instrukcja_pdcbdkw_wer4_2.pdf.

księgi wieczystej wybranej przez użytkownika, wskazujący na jedną z następujących wartości: nieruchomości gruntowa, grunt oddany w użytkowanie wieczyste, grunt oddany w użytkowanie wieczyste i budynek stanowiący odrębną nieruchomość, grunt oddany w użytkowanie wieczyste i urządzenie stanowiące odrębną nieruchomość, grunt oddany w użytkowanie wieczyste, budynek i urządzenie stanowiące odrębną nieruchomość, budynek stanowiący odrębną nieruchomość, lokal stanowiący odrębną nieruchomość, własnościowe spółdzielcze prawo do lokalu mieszkalnego, spółdzielcze prawo do lokalu użytkowego, prawo do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej. „Oznaczenie wydziału prowadzącego księgę wieczystą”, które prezentuje numer i nazwę wydziału ksiąg wieczystych sądu rejonowego, we właściwości którego znajduje się dana księga wieczysta. „Data zapisania księgi wieczystej” prezentuje datę zapisania *Nowej księgi wieczystej* w Centralnej Bazie Danych Ksiąg Wieczystych. „Data zamknięcia księgi wieczystej” wskazuje datę zamknięcia księgi wieczystej. To ostatnie pole najczęściej będzie puste, co oznacza, iż księga wieczysta jest czynna. Z kolei pole „Położenie” prezentuje dane dotyczące położenia i adresu nieruchomości, ujawnione w dziale I-O księgi wieczystej. W przypadku, gdy *Nowa księga wieczysta* prowadzona jest dla większej liczby obiektów geodezyjnych system prezentuje jedynie 3 pozycje. Pole „Właściciel/użytkownik wieczysty/uprawniony” w zależności od typu księgi wieczystej system prezentuje informacje dotyczące właściciela, użytkownika wieczystego lub uprawnionego, ujawnione w dziale II księgi wieczystej. W przypadku, gdy dział II zawiera wiele wpisów, system prezentuje jedynie 3 pozycje.

Po zapoznaniu się z ogólnymi informacjami dotyczącymi księgi wieczystej użytkownik może przejść do zapoznania się ze szczegółami wpisów w niej ujawnionych, naciskając odpowiednio jeden z przycisków „Przeglądanie aktualnej treści KW”, który umożliwia pobranie aktualnych informacji ujawnionych w księdze wieczystej (tylko wpisy obowiązujące). Zawartość informacyjna jest zgodna z zawartością danych zamieszczoną w odpisie zwykłym księgi wieczystej. „Przeglądanie pełnej treści KW” – umożliwia pobranie zarówno treści aktualnych (istniejących w momencie przeglądania) jak i treści wykreślonych wpisów z księgi wieczystej. Zawartość informacyjna jest zgodna z prezentowaną w odpisie pełnym księgi wieczystej.

Użytkownik może również wycofać się z pobierania szczegółów treści *Nowej księgi wieczystej* i powrócić do pierwszego ekranu umożliwiającego wprowadzenie numeru księgi wieczystej poprzez naciśnięcie przycisku „Powrót”.

Na ekranie „Treść księgi wieczystej” użytkownik może zapoznać się z wpisami ujawnionymi na okładce i w poszczególnych działach księgi wieczystej, poprzez wybranie odpowiedniej zakładki. Zakładka „Okładka” prezentuje ogólne informacje dotyczące księgi wieczystej, w szczególności jej numer, dane dotyczące wydziału prowadzącego daną księgę, typ księgi, chwilę zapisania i ujawnienia księgi w Centralnej Bazie Danych Ksiąg Wieczystych, datę założenia dotychczasowej księgi, chwilę i podstawę zamknięcia księgi. Zakładka „Dział I-O Oznaczenie nieruchomości” – zawiera dane dotyczące położenia, oznaczenia działki ewidencyjnej, budynku, lokalu i urządzenia oraz obszar nieruchomości. Zakładka „Dział I-Sp Spis praw związanych z nieruchomością” – zawiera opis praw związanych z własnością nieruchomości, opis udziału w nieruchomości wspólnej, opis prawa użytkowania wieczystego i opis spółdzielni mieszkaniowej. Za-

kładka „Dział II Własność” – zawiera wielkość udziału oraz opis: właściciela, użytkownika, uprawnionego, właściciela wyodrębnionego lokalu.

Zakładka „Dział III Prawa, roszczenia i ograniczenia” – zawiera treść: praw, roszczeń, ograniczeń w rozporządzaniu nieruchomością, osoby uprawnione według treści prawa lub roszczenia oraz treść ostrzeżeń i osoby, których roszczenie zostało przez wpis ostrzeżenia zabezpieczone. Z kolei zakładka „Dział IV Hipoteki” – zawiera dane dotyczące hipoteki lub roszczenia o ustanowienie hipoteki oraz dane dotyczące wierzyciela hipotecznego.

Na początku każdego działu *Nowej księgi wieczystej* znajdują się informacje dotyczące wzmianek: numer, chwila zamieszczenia i wykreślenia oraz omówienie wykreślenia. Wzmianki to informacje o złożonych do księgi wieczystej wnioskach, które nie zostały jeszcze rozpoznane, bądź w których nieprawomocnym postanowieniem: oddalono wniosek, umorzono postępowanie, odrzucono wniosek lub zarządzono zwrot wniosku, skargach na orzeczenia referendarzy sądowych, apelacjach, kasacjach i wszczęciu postępowań z urzędu dla danej księgi wieczystej.

Na końcu każdego działu *Nowej księgi wieczystej* prezentowane są informacje dotyczące dokumentów stanowiących podstawy wpisów w danym dziale oraz wniosków, w wyniku rozpoznania których dokonano wpisów w danym dziale. Odwołania do numerów dokumentów stanowiących podstawy wpisów/wykreśleń przywołane są przy każdym polu księgi wieczystej.

Wpisy obowiązujące prezentowane są na białym tle. Wpisy wykreślone prezentowane są na szarym tle. Wpisy wykreślone oraz dokumenty stanowiące podstawę wykreśleń oraz wnioski, w wyniku których dokonano wykreśleń prezentowane są wyłącznie podczas przeglądania treści pełnej księgi wieczystej.

Po zakończeniu przeglądania treści *Nowej księgi wieczystej* użytkownik może powrócić do ekranu prezentującego ogólne informacje dotyczące danej księgi wieczystej poprzez naciśnięcie przycisku „Powrót”.

2. Charakter prawny informacji uzyskanych za pomocą bezpośredniego dostępu do Nowej Księgi Wieczystej

Nowa księga wieczysta pełni następujące funkcje: ewidencyjną, informacyjną, ostrzegawczą, ochronną oraz prawotwórczą⁸. Funkcja ewidencyjna pełni rolę służebną wobec innych funkcji *Nowej księgi wieczystej* w szczególności funkcji informacyjnej⁹. Ta ostatnia jest uznawana za główną funkcję każdego rejestru publicznego w tym również *Nowej księgi wieczystej*¹⁰. Znaczenie funkcji informacyjnej jest mocno akcentowane w treści art. 2 zdanie pierwsze ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece¹¹, który określa, że księgi wieczyste są jawne. Przepis ten stanowi dopełnienie art.1 powołanej ustawy, zgodnie z którym księgi wieczyste prowadzi się w celu ustalenia stanu prawnego nieruchomości. „Ustalać” to inaczej „szczegółowo coś określić, roz-

⁸ Niniejszy artykuł nie ma za zadanie prezentacji i analizy katalogu funkcji *Nowej księgi wieczystej*. Szerzej na temat funkcji księgi wieczystej zob. J. Skąpski, *Funkcja ksiąg wieczystych* [w:] *Prace z prawa cywilnego. Księga dla uczczenia pracy naukowej prof. J.S. Piątkowskiego*, Ossoli-neum 1985, s. 113-131.

⁹ tak też w odniesieniu do funkcji rejestrów (publicznych) w ogólności T. Stawicki, *Rejestry publiczne funkcje instytucji*, Warszawa 2005, s. 35 i n.

¹⁰ T. Stawicki wskazuje, że funkcja informacyjna (ujawniająca) rejestrów wydaje się oczywista zob. tenże *Rejestry publiczne funkcje instytucji*, Warszawa 2005, s. 36.

¹¹ tj. Dz. U. nr 124, poz. 1361 z 2001 r. z późn. zm.

strzygnąć”¹². A to oznacza, iż rozstrzygnięcie stanu prawnego nieruchomości wymaga ujawnienia informacji dotyczących tego stanu dla konkretnej nieruchomości. Funkcja informacyjna *Nowej księgi wieczystej* stanowi konsekwencję obowiązywania zasady jawności dla rejestru, jakim jest *Nowa księga wieczysta*¹³. Zasada ta w odniesieniu do każdego rejestru, w tym również dla ksiąg wieczystych posiada dwa aspekty formalny i materialny. Jawność formalna *Nowej księgi wieczystej* oznacza możliwość dostępu do jej treści, a także możliwość otrzymywania dokumentów urzędowych stwierdzających dane wpisane do księgi. Jeżeli chodzi o możliwość zapoznania się z treścią *Nowej księgi wieczystej* nie istnieją żadne wymogi dotyczące konieczności wykazania jakiegokolwiek interesu dla realizacji tego celu.

Wraz z rozpoczęciem realizacji projektu *Nowa księga wieczysta* należało stworzyć mechanizm realizacji zasady jawności formalnej dla księgi wieczystej prowadzonej w systemie informatycznym. Utworzono więc (w oparciu o upoważnienie ustawowe) komórkę organizacyjną Ministerstwa Sprawiedliwości zwaną **Centralną Informacją Ksiąg Wieczystych**, której głównym zadaniem stało się udzielanie informacji o treści *Nowej księgi wieczystej*¹⁴. Udzielanie informacji o treści *Nowej Księgi wieczystej* odbywało się przed dniem 16 czerwca 2010 r. między innymi poprzez wywołanie treści księgi wieczystej na ekranie monitora znajdującego się w ekspozyturze Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych. Centralna Informacja Ksiąg Wieczystych jest ponadto powołana do wydawania odpisów Nowych ksiąg wieczystych oraz zaświadczeń o ich zamknięciu. Wydawanie tych dokumentów jest częścią sposobu realizacji zasady jawności formalnej *Nowej księgi wieczystej*. Odpisy *Nowej księgi wieczystej* oraz zaświadczenia o jej zamknięciu mają moc dokumentów wydawanych przez sąd. Odpis *Nowej księgi wieczystej* może mieć postać dokumentu będącego odpisem zwykłym, który przedstawia ostatni stan wpisów w księdze oraz wzmianki o wnioskach, skargach na orzeczenia referendarzy sądowych, apelacjach, kasacjach i wszczęciu postępowań z urzędu. Możliwe jest wydanie także odpisu zupełnego, który przedstawia ostatni stan wpisów w księdze i wpisy wykreślone oraz wzmianki o wnioskach, skargach na orzeczenia referendarzy sądowych, apelacjach, kasacjach i wszczęciu postępowań z urzędu, ujawnione poczynając od chwili przeniesienia treści księgi wieczystej w postaci papierowej do struktury *Nowej księgi wieczystej*. Zarówno odpis zwykły jak i odpis zupełny w przypadku, kiedy zostały sporządzone przez Centralną Informację Ksiąg Wieczystych w sposób określony przepisami prawa są dokumentami urzędowymi w rozumieniu art.244 k.p.c. Korzystają zatem z domniemania zgodności z prawdą tego co zostało w nich urzędowo zaświadczone oraz domniemania prawdziwości (autentyczności pochodzenia takiego dokumentu od jego wystawcy)¹⁵. Urucho-

mienie w dniu 16. czerwca 2010 r. bezpośredniego dostępu do danych zawartych w *Nowej księdze wieczystej* odbyło się bez zmiany istniejących regulacji prawnych w randze ustawy lub rozporządzenia dotyczących sposobu ujawniania danych z *Nowej księgi wieczystej* oraz rodzajów dokumentów wydawanych przez Centralną Informację Ksiąg Wieczystych. Przepisy ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece¹⁶ oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 sierpnia 2003 r. w sprawie Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych¹⁷ nie zawierają postanowień regulujących metodę bezpośredniego poznania treści (wglądu do) *Nowej księgi wieczystej*. Istnieje jednak akt prawny, który definiuje czynność „przeglądania” *Nowej księgi wieczystej* jak i „zadania związane z jej przeglądaniem”. Definicję „przeglądania” *Nowej księgi wieczystej* zawiera § 3 ust.1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 sierpnia 2003 r. w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie informatycznym¹⁸. Zgodnie z powołanym przepisem „przeglądanie księgi wieczystej polega na wywołaniu na ekran monitora żądanej księgi wieczystej”. Ponadto ust.2 tego przepisu stanowi, iż „zadania związane z przeglądaniem ksiąg wieczystych mogą być powierzane ekspozyturze Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych”. Ten ostatni przepis nie przewiduje zatem wykonywania „zadań związanych z przeglądaniem” *Nowej księgi wieczystej* poza lokalem ekspozytury Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych. Czy więc istniejąca faktyczna możliwość bezpośredniego przeglądania *Nowej księgi wieczystej* nie znajduje podstawy prawnej? Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 sierpnia 2003 r. w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie informatycznym zostało wydane w oparciu o delegację ustawową zawartą w art.25¹ ust.2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece. Przepis ten pozwala Ministrowi Sprawiedliwości wprowadzić, w drodze rozporządzenia, system informatyczny zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych, poprzez określenie szczegółowego sposobu zakładania oraz prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie informatycznym (*Nowej księgi wieczystej*), tak aby zachowane zostały wszystkie cechy ksiąg wieczystych prowadzonych tradycyjnie (tzn. papierowo), a także określić sposób przeglądania ksiąg wieczystych prowadzonych w tym systemie, oraz wyznaczyć sądy, które zakładają i prowadzą księgi wieczyste w systemie informatycznym. Minister Sprawiedliwości posiadał (i posiada) upoważnienie ustawowe do określenia sposobu przeglądania *Nowej księgi wieczystej* w rozporządzeniu, organ ten nie dokonał jednak zmiany treści wydanego wcześniej rozporządzenia z dnia 20 sierpnia 2003 r. w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie informatycznym. *De lege lata* zaistnienie zdarzenia polegającego na bezpośrednim przeglądaniu *Nowej księgi wieczystej* nie jest zdefiniowane przez przepis o charakterze wykonawczym, przy jednoczesnym istnieniu normy kompetencyjnej zawartej w ustawie dla dokonania takiej regulacji.

W wyniku przeglądania *Nowej księgi wieczystej* wywołanej na ekranie monitora dochodzi do ujawnienia (wyrażenia) informacji (treści) zgromadzonych w systemie informatycznym dla tej księgi. Mamy więc do czynienia z prezentacją danych zapisanych

¹² E. Sobol, *Popularny Słownik Języka Polskiego* PWN, Warszawa 2003.

¹³ T. Stawicki op. cit. s. 36.

¹⁴ zasady funkcjonowania Centralnej Informacji, jej strukturę organizacyjną oraz tryb i rodzaje dokumentów przez nią wydawanych określa Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 sierpnia 2003 r. w sprawie Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych (Dz. U. nr 162, poz. 1571 z późn. zm.). Podstawę do wydania rozporządzenia stanowi art. 364 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece, zgodnie z którym wprowadzając system informatyczny, o którym mowa w art. 251 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (*Nowa księga wieczysta*), Minister Sprawiedliwości utworzy, w drodze rozporządzenia, Centralną Informację Ksiąg Wieczystych, z ekspozyturami przy wydziałach sądów rejonowych prowadzących *Nową księgę wieczystą*.

¹⁵ zobacz szerzej na temat dokumentu w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego T. Ereciński [w:] T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Komentarz do kodeksu*

postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowania rozpoznawcze. T. I. Warszawa 2001, s. 469.

¹⁶ tj. Dz. U. nr 124, poz. 1361 z 2001 r. z późn. zm.

¹⁷ Dz. U. nr 162, poz. 1571 z późn. zm.

¹⁸ Dz. U. nr 162, poz. 1575 z późn. zm.

w systemie informatycznym poprzez ich wyświetlenie na ekranie monitora, co stanowi jeden ze sposobów ujawnienia treści dokumentu elektronicznego. Dokumentem elektronicznym jest zbiór danych dotyczących oznaczonej numerem księgi wieczystej¹⁹. Dane te mogą być wydrukowane np. przy użyciu funkcji PrintScreen, pomimo iż system teleinformatyczny Przeglądarka Ksiąg Wieczystych nie przewiduje możliwości dokonania wydruku. Wydruk jest kolejnym, obok prezentacji na ekranie monitora, sposobem ujawnienia danych zebranych w systemie. Obecnie wydruk danych zapisanych w systemie teleinformatycznym Nowej księgi wieczystej nie może być traktowany jak dokument w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego przede wszystkim ze względu na brak podpisu²⁰. Tym samym wydruk taki będzie w ewentualnym procesie dotyczącym ustalenia treści Nowej księgi wieczystej traktowany jako inny środek dowodowy. Sposób przeprowadzenia dowodu innymi środkami dowodowymi określa sąd prowadzący postępowanie zgodnie z ich charakterem, odpowiednio stosując przepisy o dowodach.

Podsumowując, mamy do czynienia z sytuacją, w której dane dotyczące *Nowej księgi wieczystej* zostały udostępnione w systemie teleinformatycznym każdemu (bez wyjątku) bez wykazywania jakiegokolwiek interesu prawnego lub faktycznego. Przeglądanie danych stało się niezależnie od godzin pracy Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych i nie wymaga wniesienia jakiegokolwiek opłaty, co wzmacnia jawność *Nowej księgi wieczystej* w znaczeniu formalnym. Pozytywnie należy ocenić pozostawienie w systemie teleinformatycznym ograniczenia powodującego niemożność powszechnego przeszukiwania Centralnej Bazy Danych Ksiąg Wieczystych w oparciu o identyfikator właściciela nieruchomości oraz istnienie jedynie możliwości wyszukiwania poprzez podanie numeru *Nowej księgi wieczystej*. **Należy postulować umożliwienie szerszego udostępnienia informacji zgromadzonych w Centralnej Bazie Danych Ksiąg Wieczystych jedynie dla ściśle określonych grup zawodowych w szczególności notariuszy. Ponadto warto wnioskować o przyjęcie rozwiązania, umożliwiającego samodzielne pobranie wydruku z systemu teleinformatycznego, którego moc dowodowa byłaby równoważna mocy dowodowej dokumentów wydawanych przez Centralną Informację Ksiąg Wieczystych w formie papierowej. Dopiero realizacja tego ostatniego postulatu w sposób znaczący wzmocni bezpieczeństwo obrotu nieruchomościami.**

¹⁹ zob. szerzej na temat dokumentu elektronicznego D. Szostek, *Czynność prawna a środki komunikacji elektronicznej*, Kraków 2004, s. 232 i n; także M. Leśniak, *Pojęcie i charakter dokumentu elektronicznego* [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005, s. 87 in.

²⁰ zob. szerzej na temat znaczenia dowodowego dokumentów elektronicznych M. Leśniak, *Znaczenie dowodowe dokumentów elektronicznych* [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005, s. 90 i n; E. Rudkowska-Ząbczyk, *Dowód z dokumentu* [w:] *Dowody w postępowaniu cywilnym*, pod red. Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk, Warszawa 2010, s. 403 i n.

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE PUBLICZNYM

DR TOMASZ R. SMUS

PIENIĄDZ ELEKTRONICZNY W ŚWIECIE DYREKTYW

Wydawanie pieniądza elektronicznego oraz operacje systemów elektronicznego pieniądza powinny się zgadzać z ogólnymi i przyjętymi regulacjami instytucji bankowych. Jednak nawet proste operacje systemów elektronicznych nie stanowią w zupełności depozytów czy środków finansowych. Istnieją więc faktyczne przyczyny, dla których powinna zostać uregulowana kwestia systemów pieniądza elektronicznego przez właściwe organy. Jeśli organy banku centralnego chcą monitorować podaż pieniądza i implementować właściwą politykę monetarną, taka możliwość nie może zostać niczym nieograniczona. W przeciwnym wypadku, nieregulowane i niekontrolowane wydawanie elektronicznego pieniądza mogłoby wpłynąć na zdolność oceny banku centralnego do kontroli wydawania pieniądza elektronicznego¹.

Operacje systemów elektronicznego pieniądza wiążą się również z inną ważną kwestią. Jest nią zabezpieczenie konsumentów i przedsiębiorców akceptujących taką płatność w prowadzeniu działalności gospodarczej. Brak zaufania rynku w zakresie bezpieczeństwa wynika w szczególności z możliwych do pojawienia się błędów systemu.

Zdolność prowadzenia operacji przez wydawcę na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej na takiej samej zasadzie, jak wydawca lub operator danego systemu w danym państwie, to kolejne istotne zagadnienie.

W świetle tych rozważań można dojść do przyczyn zainteresowania legislatora uregulowaniem wydawania pieniądza elektronicznego. Zarówno kreowanie pieniądza elektronicznego przez instytucje pieniądza elektronicznego jak i wykup, zapisywanie na instrumentach pieniądza elektronicznego oraz płatności za pomocą jednostek pieniądza elektronicznego przez indywidualne osoby wiążą się z potencjalnymi zagrożeniami. Potencjalne ryzyko można uniknąć poprzez kreację kompleksowego reżimu prawnego, jak proponuje Unia Europejska.

Wspólnota Europejska bazuje głównie na dwóch dyrektywach w tym obszarze.² Sercem regulacji elektronicznego pieniądza jest Dyrektywa 2000/46/WE Parlamentu Europejskiego oraz Rady z dnia 18 września 2000 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością zwana dalej „Dyrektywą pieniądza elektronicznego” oraz Dyrektywa 2000/28/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 marca 2000 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe, która wniosła poprawki do Dyrektywy 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 marca 2000 r. odnosząca się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe. Jest ona często nazywana „Dyrektywą bankową” po-

przez rozciągnięcie definicji instytucji kredytowej na instytucje pieniądza elektronicznego³.

Podstawowym celem Dyrektywy dotyczącej pieniądza elektronicznego jest ochrona konsumenta, a także zbudowanie zaufania pomiędzy korzystającym z pieniądza elektronicznego, a wydawcą jednostek pieniądza elektronicznego. Zadanie to ma zostać zrealizowane poprzez zaimplementowanie zasad zabezpieczeń odnoszących się do stabilności finansowej i integralności wydawcy pieniądza elektronicznego. Wartym podkreślenia jest fakt, iż regulacja pozwala instytucji pieniądza elektronicznego, posiadającej licencję na działalność w jednym kraju do wydawania pieniądza elektronicznego na terenie całej Unii Europejskiej. Pozwala więc ustanowić oddział w innym państwie członkowskim⁴, świadczyć usługi ponad terytorialnie, bądź dopuszcza oba rozwiązania⁵.

Odnosząc się do Dyrektywy 2000/28/WE tworzącej dwie zasadnicze definicje „instytucji kredytowej”, zapisane w artykule 1.1.a i 1.1.b Dyrektywy 2000/12/WE koordynującej bankowość (*The Banking Co-ordination Directive 2000/12/EC*), można odnieść wrażenie chaosu legaslicyjnego.

Instytucje kredytowe można rozpatrzeć w sposób uproszczony. Pierwszy typ instytucji kredytowej, zawiera banki i towarzystwa kredytowe (możemy nazywać je typem „a”). Drugi mieści w swym znaczeniu instytucje pieniądza elektronicznego (typem „b”). Takie rozróżnienie wynika z art. 1.3.a Dyrektywy pieniądza elektronicznego, który stanowi, iż powinien być on stosowany również do instytucji pieniądza elektronicznego (zdefiniowanych jako przedsiębiorstwo lub inną osobę prawną, inną niż instytucja kredytowa) i do art. 1.1.a Dyrektywy 2000/12/WE, Parlamentu Europejskiego oraz Rady z dnia 20 marca 2000 r. odnoszącego się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe⁶, którym zezwolono na obsługę płatności w formie elektronicznych pieniędzy. W tym przepisie zdefiniowano więc instytucje kredytową⁷.

Rezultatem rozróżnienia jest typ „a” instytucji kredytowych w postaci banków i towarzystw kredytowych, które mogłyby wydawać pieniądź elektroniczny, jednak obowiązują ją zastrzeżone warunki bezpieczeństwa. Sama zaś Dyrektywa pieniądza elektronicznego ma zastosowanie wyłącznie tylko do nowego typu „b” instytucji kredytowych. Zamiana ta tworzy wyłączenie instytucji typu „b” spod Dyrektywy 2000/12/WE zmieniającej bankową definicję „instytucji kredytowej” w sposób przypadkowy⁸. Nie-

¹ T.R.Smús, *Twilight Electronic Money Schemes? An overview of electronic money regulation in European Union and Poland*, CBKE, nr 4, 2007, s. 4.

² W.R.M. Long, J.M. Casanova, *European Initiatives for Online Financial Services: Part 1: The Regulation of Electronic Money*, *The Journal of Information, Law and Technology*, Nr 6, 2002, s. 245-7; wprowadzili zbiorcze wyliczenie genyzy wprowadzenia Dyrektywy 2000/46/WE.

³ „Instytucja pieniądza elektronicznego” została zdefiniowana w Art. 1.3. Dyrektywy 2000/46/WE to „instytucja pieniądza elektronicznego” oznacza przedsiębiorstwo lub inną osobę prawną, inną niż instytucja kredytowa zdefiniowana w art. 1 pkt 1 akapit pierwszy dyrektywy 2000/12/WE, która emituje środki płatnicze w formie pieniądza elektronicznego ...

⁴ Taka licencja jest określana jako „pojedynczy paszport” („single passport”) lub „paszport Europejski” („European passport”).

⁵ G. Bamodu, *The Regulation of Electronic Money Institutions in the United Kingdom*, [w:] *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*, Number 2, 2003, s. 2-3.

⁶ (Dz. U. L 126 z 26.5.2000, str. 1)

⁷ M. Kohlbach, *Making Sense of...*, s. 3;

⁸ M. Vereecken, *Electronic Money: EU Legislative Framework*, *European Business Law Review*, s. 419-420 i zob. G. Bamodu, *The Regulation of...*, ibidem, s. 3, gdzie stwierdza się,

zręczność sformułowania legislacyjnego wyraża się w części, w której instytucjom kredytowym typu „b” nie zezwolono na prowadzenie działalności kredytowej. Taki zapis jest mylący oraz zbytnio komplikuje sprawę.

Dyrektywa pieniądza elektronicznego 2000/46/WE dostarcza informacji o rozsądnym prowadzeniu działalności, praniu brudnych pieniędzy, zabezpieczeń wymaganych w prowadzeniu działalności, polegających na wydawaniu pieniądza elektronicznego. Odgrywają one znaczącą rolę w istniejących regulacjach, mających zastosowanie generalnie do instytucji kredytowych.

W ustępie 4 art. 1.3.a został wyrażony sposób wyczerpujący, iż żadna instytucja kredytowa, która nie spełnia wymagań odnośnie do typu „a” i typu „b”, nie może zajmować się wydawaniem pieniądza elektronicznego.

W Dyrektywie 2000/46/WE, pieniądź elektroniczny został zdefiniowany w art. 1.3.b jako wartość pieniężna reprezentowana przez zobowiązanie wydawcy, która jest przechowywana na elektronicznym nośniku i wydawana za środki pieniężne o wartości nie mniejszej niż wartość emitowana oraz jest środkiem płatniczym akceptowanym przez przedsiębiorstwa inne niż emitent.

Konstrukcja drugiego wymagania spowoduje niechęć wydawców do kreowania sztucznej wartości przez wydawanie większej ilości pieniądza elektronicznego za środki pieniężne niż te, za które został zakupiony. Wyrażenie „...środki pieniężne o wartości nie mniejsze niż wartość wyemitowana” pozwala wydać wydawcy mniej elektronicznych pieniędzy niż te, za które konsument zapłacił. Dzięki takiemu podejściu instytucja pieniądza elektronicznego może zarabiać na sobie. Trzecie kryterium definicji pieniądza elektronicznego pozwala na rozgraniczenie i odrzucenie takich produktów przedpłaconych jak ski-pass, karty umożliwiające kopiowanie, karty telefoniczne czy bilety elektroniczne na środki przejazdu miejskiego (najczęściej metro, autobusy). Dzieje się tak, ponieważ są one akceptowane najczęściej przez wydawcę.

Możemy również zauważyć, że Dyrektywa 2000/46/WE stwarza także możliwość zastosowania Dyrektywy bankowej 2000/28/WE, podkreślając w art. 2.3, że wpływy ze środków pieniężnych za wystawiony pieniądź elektroniczny nie będą stanowić depozytu w znaczeniu art. 3. Dyrektywy 2000/12/WE. Stosownie do treści przepisu należy dodać, że tylko w wypadku, jeśli fundusze są wymieniane w sposób bezpośredni na elektroniczny pieniądź. W innym przypadku moglibyśmy założyć, że jest to krótkoczasowy depozyt, znajdujący się rachunkach wydawcy pieniądza elektronicznego. Taki warunek wydaje się być ważny ze względu na specjalne wymagania (między innymi posiadanie przez instytucje przechowujące wkłady od ludności specjalnych zabezpieczeń), odnoszące się do depozytów rozpatrywanych przez tę Dyrektywę. Znaczący problem sugerują potrzebę zwrócenia większej uwagi na doprecyzowanie znaczenia wyrażenia „natychmiast wymieniana”⁹.

Sama Dyrektywa nie zawiera wytłumaczenia znaczenia „natychmiastowość”. Nie pozwala więc na odpowiedź jak „natychmiastowość” wpływa na fakt, jeśli zaistnieje przerwa technologiczna

między konsumentem nabywającym kartę smart (*smart card*), a aktywacją tokena pieniądza elektronicznego (*electronic money token*) lub też, co robić w przypadku, jeśli wydawca pieniądza elektronicznego życzy sobie zaczekać na rozliczenie płatności przed zwrotem wydanego tokena i czy naprawdę natychmiastowość ma skutek „natychmiastowy”?

Jedną z najbardziej sensownych odpowiedzi na te pytania może być rozstrzygnięcie funkcjonalne¹⁰. Oznacza to, że w przypadku opóźnienia nabycia pieniądza elektronicznego, wymiana powinna zostać rozpatrzona jako „natychmiastowa” w znaczeniu wykonania świadczenia. Odstęp czasu pomiędzy zakupem, a aktywacją powinien mieć efekt zgodnie z art. 2.3 Dyrektywy, jeśli opóźnienie nie jest rezultatem używania technologii. Przyczyną opóźnień może być nieotrzymanie funduszy przez instytucję pieniądza elektronicznego. Ten fakt wpływa na opóźnienie aktu nabycia i wymiany.

Dyrektywa 2000/46/WE zawiera również inne restrykcje i wymagania. Na przykład art. 1.5 ogranicza działalność instytucji pieniądza elektronicznego, niezwiązaną z wydawaniem pieniądza elektronicznego, nawet jeśli jest blisko powiązana z nią usługami finansowymi. I tak na przykład instytucji zabroniono przechowywania danych dotyczących zobowiązań¹¹.

Elektronicznym instytucjom nie zezwolono na przetrzymywanie żadnych depozytów lub innych zobowiązań pieniężnych, służących wykonaniu operacyjnych lub pomocniczych funkcji, dotyczących pieniądza elektronicznego, które są rozsądnie połączone z wymogami określonymi w Art. 4 dyrektywy 2000/46/WE, określającym surowo kapitał początkowy i fundusze na prowadzenie działalności operacyjnej nie mniejszej niż 1 milion EUR¹².

Jeśli przeanalizujemy ograniczenia inwestycyjne, dojdziemy do konkluzji, że są one bardziej surowe niż dla zwykłych (podobnych) instytucji finansowych. Całkowita suma inwestycji instytucji wydającej pieniądź elektroniczny nie może być mniejsza niż jej finansowe zobowiązania, które odnoszą się ściśle do zaległego pieniądza elektronicznego. Te inwestycje powinny być aktywami z zerowym ryzykiem kredytowym i wystarczającą płynnością¹³. Aktywa powinny mieć wartość oprocentowania na poziomie inflacji lub rynkowej wartości pieniądza¹⁴. Potencjalny zwrot na inwestycji wydawcy pieniądza elektronicznego został zidentyfikowany jako główne źródło jego dochodu, dlatego został obstrzony licznymi restrykcjami.

Jeśli popatrzymy na źródła dochodu, możemy zidentyfikować zniżkę (zarobek wydawcy) przy odkupieniu wartości pieniądza elektronicznego jako możliwe źródło dochodu. Jednak zostało ono wyłączone prawodawstwem unijnym. W art. 3 Dyrektywy 2000/46/WE znajdziemy postanowienia, że wykupienie musi się odbyć się po wartości pierwotnej w banknotach lub monetach albo przez transfer na wskazane konto bankowe. Instytucja pieniądza elektronicznego może naliczyć opłatę za każdy koszt

⁹ M. Kohlbach, *Making Sense of ...*, s. 5.

¹⁰ Z powodu neutralności technologicznej definicji pieniądza elektronicznego w Dyrektywie pieniądza elektronicznego wyrażonej w art. 1(3)(b) i w art. 1(5)(b).

¹¹ Inne szczegółowe przepisy prawa wydają się być sformułowane w sposób jasny i kompleksowy. 2% są liczone (a) od wartości bieżącej zobowiązań finansowych z tytułu pieniądza elektronicznego pozostającego w obiegu lub (b) od średniej wartości zobowiązań z tego tytułu w okresie ostatnich sześciu miesięcy. Zobacz w szczególności art. 4 ust. 2 Dyrektywy 2000/46/WE.

¹² Te artykuły pokazują jak mocno została ograniczona w działalności instytucja pieniądza elektronicznego. Art. 5 ust. 1 pkt. a, można również znaleźć przepisy mocno uregulowanych zapisów w art. 5 ust. 1 pkt. b i pkt. c, a także art. 2 i 3.

¹⁴ *ibidem*, pkt. 5.

że oferuje cyniczne wytłumaczenie paradoksalnej integracji instytucji pieniądza elektronicznego do Dyrektywy 2000/12/WE. Sugeruje również, że Europejski Bank Centralny działając z poza sceny chciał pełnej kontroli przetrzymywanych obowiązkowych rezerw pieniężnych przez instytucje pieniądza elektronicznego. Jednakże taki zapis wymaga znalezienia się na poziomie definicji w następnej Dyrektywie dotyczącej pieniądza elektronicznego.

⁹ J. Chuah, *The New EU Directives to Regulate Electronic Money Institutions – A Critique of the EU's Approach to Electronic Money*, *Journal of International Banking Law* 180, 2000, s. 183; zob. również W.R.M. Long, J.M. Casanova, *European Initiatives for...*, s. 241

poniesiony konieczny dla wykonania operacji lub ustanowić minimalny próg dla odkupienia (maksymalnie do 10 EUR).

Można również zidentyfikować inne hipotetyczne źródła dochodu. Należą do nich możliwości kredytowania. Jednak ze względu na nieuznanie instytucji pieniądza elektronicznego za instytucje kredytowe („*credit institution*”) w znaczeniu Dyrektywy 2000/12/WE udzielanie kredytów nie jest brane pod uwagę. Inne istotne warunki, wyraźnie wykluczające takie zastosowanie, znajdziemy w art.2. Dyrektywy pieniądza elektronicznego jednoznacznie wskazujące na niemożliwość udzielania kredytów przez instytucje pieniądza elektronicznego.

Przedstawione restrykcje w działalności instytucji pieniądza elektronicznego są dość kontrowersyjne. Zawężają w sposób istotny możliwość uzyskiwania dochodu przez instytucje pieniądza elektronicznego. Jedną z możliwości poszerzenia dochodowości instytucji pieniądza elektronicznego jest wydawanie „jednorodnego paszportu” („*single passport*”) ¹⁵. Wydaje się, że taki paszport w połączeniu z wymaganiami inwestycyjnymi, utrzymywaniem na odpowiednim poziomie funduszy daje dobre narzędzia osiągnięcia zysku. Należy jednak podchodzić z ostrożnością w wydawaniu paszportu tym instytucjom, które nie potrafią osiągnąć profitu w swoim własnym państwie członkowskim. Z powodu bezpieczeństwa użytkowników ich systemów płatności nie powinni posiadać „licencji” na uzyskiwanie zysków w pozostałej części Unii Europejskiej ¹⁶.

W Dyrektywie 2000/46/WE znajdują się nie tylko ograniczenia, co do wysokości funduszy instytucji pieniądza elektronicznego. Instytucja pieniądza elektronicznego nie powinna również przekraczać 5 milionów EUR i nigdy 6 milionów EUR zaangażowanych środków w wydawanie pieniądza elektronicznego jako wydawca. Nie może również emitować pieniądza elektronicznego, który jest akceptowany tylko przez przedsiębiorstwa wydawcy bądź przedsiębiorstwa sprawujące kontrolę nad instytucją pieniądza elektronicznego, albo przejmujące kontrolę. Ograniczenia dotyczą również możliwość maksymalnego przechowywania pieniądza elektronicznego na każdym instrumencie pieniądza elektronicznego w wysokości do 150 EUR.

Zabronione jest wydawanie pieniądza elektronicznego, który jest akceptowany przez ograniczoną liczbę przedsiębiorców w stosunku do obszaru, na którym działają lub przedsiębiorców powiązanych więzami bliskich relacji gospodarczych z wydawcą pieniądza elektronicznego. Przewrotnością rozwiązania „pojedynczego paszportu” jest nieduża możliwość skorzystania z rozluźnionego reżimu przez mniejsze instytucje pieniądza elektronicznego, ze względu na ich lokalną działalność ¹⁷.

Dyrektywa 2000/46/WE zawiera mniej ważne, lecz wiele powszechniejsze postanowienia. W art.6 wymaga się przeprowadzenia kontroli funduszy własnych i inwestycyjnych instytucji pieniądza elektronicznego przez kompetentne organy, co najmniej dwa razy do roku. Natomiast art.7 Dyrektywy stawia wymóg instytucjom pieniądza elektronicznego zarządzania w sposób rzetelny i roztropny, posiadania bezpiecznych procedur admini-

stracyjnych i księgowych, a co więcej – odpowiednich mechanizmów kontroli wewnętrznej. Ten przepis zobowiązuje instytucje pieniądza elektronicznego do reakcji na zmieniające się ryzyko finansowe i niefinansowe, na jakie instytucja jest narażona. Przedsiębiorca musi wliczyć w działalność ryzyko techniczne i proceduralne, ryzyko współpracy z innymi podmiotami wykonującymi funkcje operacyjne lub inne funkcje pomocnicze, związane z działalnością instytucji. Reasumując, przepisy Dyrektywy kładą nacisk na bezpieczeństwo i zapobieganie różnym ryzykom w prowadzeniu działalności finansowej. Należy podkreślić, że spełnienie wszystkich tych warunków nie da gwarancji, że dana instytucja pieniądza elektronicznego przetrwa w gospodarce wolnorynkowej.

Podobne wymagania zostały zaprezentowane w Dyrektywie 2000/12/WE, co może prowadzić do wniosku o powtarzalność regulacji. Artykuł 9 tejże Dyrektywy odnosi się do państw członkowskich i dotyczy nieprzeprowadzania autoryzacji instytucji pieniądza elektronicznego w znaczeniu ekonomicznych potrzeb przed wejściem Dyrektywy w życie. Natomiast art.11 ustalał, że Dyrektywa 2000/46/WE ¹⁸ będzie zrewidowana przed końcem kwietnia 2005 roku. Podsumowanie jej obowiązujących przepisów miało już miejsce, a wynikiem jest powstanie Dyrektywy 2007/64/WE z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego ¹⁹.

Założeniem Dyrektywy 2000/46/WE było osiągnięcie określonych celów. Wśród nich jeden z najważniejszych to pomoc pieniądzu elektronicznemu w dostarczeniu „w pełni potencjalnych korzyści.” Dyrektywa wprowadza również rozwiązania dla konsumentów, „zapewniające zaufanie” dla posiadaczy instrumentów pieniądza elektronicznego. Określa także sposoby wydawania pieniądza elektronicznego i wyraźnie „rozdziela pola działalności instytucji pieniądza elektronicznego i innych instytucji kredytowych dopuszczonych do wydawania pieniądza elektronicznego” ²⁰.

Dyrektywa osiągnęła swoje założenia dla przepisów regulujących usługi płatnicze ²¹. Bardzo restrykcyjne regulacje inwestycyjne powodują większe zaufanie ²² dla potencjalnych posiadaczy elektronicznych pieniędzy. Dają również możliwość ich wymienialności według nominalnej wartości. Silne wymagania wobec własnych funduszy i inne restrykcje w działalności biznesowej instytucji pieniądza elektronicznego powodują, że powstanie takiej organizacji wydającej pieniądź elektroniczny jest porównywalnie trudne, jak powołanie do życia instytucji kredytowej. Jednak w sensie koncepcji, tworzenie samego prawa materialnego, dotyczącego pieniądza elektronicznego, nie wydaje się dobrym rozwiązaniem. Włączenie postanowień Dyrektywy 2000/46/WE w ramy Dyrektywy Bankowej ²³ spowoduje, że takie rozciągnięcie obowiązującego prawa może pogubić istotne kwestie dotyczące instytucji pieniądza elektronicznego.

Inną ważną kwestią jest to, że większe instytucje kredytowe są bardziej elastyczne w swoich inwestycjach i mają znaczącą liczbę klientów, z którymi mogą rozpocząć współpracę, a tym

¹⁵ Jest to wzajemne uznanie obowiązujących układów, umożliwiających instytucji kredytowej powstałej w jednym z krajów członkowskich Unii Europejskiej do prowadzenia działalności na terenie całej wspólnoty.

¹⁶ M. Kohlbach, *Making Sense of...*, op. cit., s. 5-6.

¹⁷ M. Kohlbach, *Making Sense of...*, op. cit. s. 6, gdzie M. Kohlbach przytoczył J. Chuah, *The New EU...*, op.cit., s. 184. M. Kohlbach słusznie zauważył, że to podejście „pojawia się absurdalnie w stosunku do domagania przez UE inter operacyjności (wewnętrznego uznania) (interoperability) w systemach płatniczych”.

¹⁸ Dyrektywa 2000/46/WE, Art. 11.

¹⁹ Zmieniająca dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylająca dyrektywę 97/5/WE

²⁰ Zob. Vereecken, 2. *Objectives of the E-money Directive* [in:] *Electronic Money: EU Legislative Framework*, European Business Law Review, 2000, s. 417.

²¹ M. Kohlbach, *Making Sense of...*, op. cit., s. 7.

²² Zwiększenie zaufania nie oznacza jednocześnie również silnej ochrony prawnej.

²³ Jest dość mylące definiowanie wydawcy pieniądza elektronicznego jako „instytucji kredytowej”, skoro kwestia ich aktywności jest różna.

bardziej szybko osiągnąć dochodowość. Lokalni wydawcy pieniądza elektronicznego mogą być zwolnieni z wielu uciążliwych restrykcji, co może zdecydować o ich sukcesie na poziomie lokalnym. W przyszłości może to stanowić bardzo poważną przeszkodę w strukturze, wprowadzającej finansowe przesłanki dla płatności dokonywanych w Euro na terenie różnych państw członkowskich. Dlatego należy dodać, że Dyrektywa 2000/46/WE nie rozwiązuje pierwszego założenia, którego celem jest „pomoc pieniądzu elektronicznemu w dostarczeniu pełnych potencjalnych benefitów”²⁴. Pomimo tego ustawodawca europejski spróbował raz jeszcze odnieść się do regulacji dotyczących wydawania pieniądza elektronicznego oraz operacji systemów elektronicznego pieniądza w Dyrektywie 2007/64/WE w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego.

Dyrektywa 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego²⁵ (dalej Dyrektywa) została uchwalona²⁶, ponieważ zaistniała potrzeba sprecyzowania rozwijającej się i ewoluującej na terytorium Wspólnoty instytucji kredytowej oraz z powodu niewystarczających uregulowań między innymi w sferze transakcji dokonywanych przy użyciu elektronicznych instrumentów płatniczych²⁷. Niekompletne uregulowania w ramach państw członkowskich, dotyczące usług płatniczych²⁸ czy możliwości przyjmowania depozytów od ludności przez nową kategorię dostawców usług płatniczych dla celów sfinansowania finałowej transakcji płatniczej przyjętymi środkami, a mianowicie instytucji kredytowych również przyczyniły się do uchwalenia dyrektywy.

Pomimo wprowadzenia jednolitego uregulowania przez Dyrektywę dla tak wielu aktów wspólnotowych, instytucje kredytowe nadal podlegają wymogom ostrożnościowym zgodnie z Dyrektywą 2006/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe²⁹. Instytucje pieniądza elektronicznego, wydające pieniądz elektroniczny, który może być wykorzystany w celu finansowania transakcji płatniczych, powinny w dalszym ciągu podlegać wymogom ostrożnościowym zgodnie z dyrektywą 2000/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 września 2000 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością.

Legislator wyraźnie zastrzegł w Dyrektywie 2007/64/WE, że instytucja płatnicza nie może zostać uprawniona do wydawania pieniądza elektronicznego, jednak sama regulacja prawna powinna dać możliwość ustanowienia zasad dokonywania transakcji płatniczych z udziałem środka płatniczego w postaci pieniądza elektronicznego³⁰, a przepisy dotyczące nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami pieniądza elektronicznego określonymi w Dyrektywie 2000/46/WE nie powinny zostać zmienione.

Przepisami Dyrektywy 2000/46/WE ustawodawca wprowadził tak zwaną jednolitą licencję, obowiązującą na terytorium całej

Wspólnoty Europejskiej – taki „europejski paszport”, zezwolenie, wydawane po spełnieniu ujednoliconych, rygorystycznych i szczegółowych wymogów, zawartych w przepisach prawa. Wydaje się, że jest to dobre rozwiązanie dla usystematyzowania i uporządkowania usług płatniczych, zważywszy, że na rynku rozwijających się i ewoluujących płatności elektronicznych bądź systemów i produktów oferowanych przez różne instytucje finansowe, zaplanowało zamieszanie i dezorientacja, głównie po stronie konsumenta. Dlatego pozytywnie należy ocenić fakt, iż niniejsza Dyrektywa ustanawia przepisy, wyróżniające sześć kategorii dostawców usług płatniczych. Należą do nich; znana nam już instytucja pieniądza elektronicznego w rozumieniu art.1 ust.3 lit. a) Dyrektywy 2000/46/WE, ale i również istniejące już dłuższy czas instytucje świadczące żyro pocztowe, którym prawo krajowe umożliwiło świadczenie usług płatniczych, a także krajowe banki centralne³¹, nie działające w charakterze władz monetarnych bądź innych organów publicznych i Europejski Bank Centralny. Dostawcą usług płatniczych są takie instytucje kredytowe, wprowadzone Dyrektywą 2006/48/WE w art.4 pkt 1 lit. a). Kolejną uregulowaną kategorią będą instytucje płatnicze wprowadzone na podstawie niniejszej Dyrektywy 2007/64/WE oraz dostawcy usług płatniczych niemieszczący się w podanych kategoriach, a występujący i uznani w państwach członkowskich lub ich władzach regionalnych oraz lokalnych, nie działające w charakterze organów publicznych³².

Dyrektywa wprowadza dla wszystkich kategorii dostawców usług płatniczych świadczących tego rodzaju usługi w sposób stały obowiązki w zakresie informowania o tychże usługach płatniczych oraz określa zasady funkcjonowania dostawców, a także odpowiednie prawa i obowiązki użytkowników usług płatniczych.

Konsument, korzystający z usług płatniczych, może czuć się dość bezpiecznie, ponieważ już zapisy w samej Dyrektywie ograniczają, a nawet zupełnie wyłączają odpowiedzialność płatnika podczas korzystania z elektronicznego instrumentu płatniczego. Propagowanie zaufania do bezpiecznego korzystania z elektronicznego instrumentu płatniczego jest z drugiej strony ograniczone – z wyłączeniem sytuacji, podczas których płatnik działał w sposób niedozwolony, nieuczciwy.

Dyrektywa zawiera również przepisy, mające za zadanie uniknięcie sytuacji konfliktowej w przypadku udzielania zezwoleń i prowadzenia nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami płatniczymi przez specjalnie powołane do tego organy publiczne lub instytucje w państwach członkowskich, wliczając w nie banki centralne. Tak daleko posunięta kontrola prowadzonej działalności została ograniczona w zasadzie tylko do instytucji płatniczych, której granice nadzoru przez organy właściwe zostały określone do działań mieszczących się w art.16 ust.1 lit. a) Dyrektywy 2007/64/WE i załączniku nr 1. Wyznaczenie takich organów ma zagwarantować uniknięcie konfliktu interesów w przypadku pozostałych instytucji płatniczych, instytucji kredytowych, instytucji pieniądza elektronicznego czy też instytucji świadczących żyro

²⁴ M. Kohlbach, *Making Sense of...*, op. cit., s. 7.

²⁵ Zmieniająca dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylająca dyrektywę 97/5/WE

²⁶ Dyrektywę ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 grudnia 2007 w wersji polskiej z sygnaturą L 319/36 PL.

²⁷ Zob. Opinię Europejskiego Banku Centralnego, Dz. U. C 109 z 9.5.2006, str. 10.

²⁸ Pomijając zgodność usług płatniczych z systemem powstałym z zapotrzebowania sektora finansowego na jednolity obszar płatności walutowej w euro, który z swej natury jest neutralny.

²⁹ Dz. U. UE L z dnia 30 czerwca 2006 r. z późn. zm.

³⁰ Pieniądza elektronicznego znajduje się w art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2000/46/WE.

³¹ W Polsce takim bankiem centralnym określonym w Dyrektywie nie byłby Narodowy Bank Polski, którego statutowym zadaniem jest stabilizacja, jak i ochrona systemu pieniężnego Polski. Pojęcie należy bardziej rozumieć w kategorii banku, który pośredniczy w przekazie płatności kwoty pieniężnej pomiędzy zlecającym płatność, a otrzymującym ją. W procesie przekazu następuje również zachowanie danych dotyczących płatności i przedstawienie ich w razie potrzeby.

³² Art. 1 Dyrektywy 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego.

pocztowe, dla których Dyrektywa nie narzuca takiego wyznaczenia.³³

Trzeba odnotować fakt, że Dyrektywa 2007/64/WE w art. 34 ust. 2 pozwala na zwiększenie indywidualnych transakcji płatniczych z użyciem pieniądza elektronicznego z nieprzekraczającej kwoty 30 EUR bądź limitu wydatków wynoszących w pieniądzu elektronicznym 150 EUR albo możliwość przechowywania pieniądza elektronicznego³⁴ w kwocie nieprzekraczającej w żadnym momencie 150 EUR w przypadku transakcji płatniczych, mających miejsce w państwie członkowskim Unii Europejskiej, aż do kwoty w wysokości 500 EUR.

W przypadku nieautoryzowanej transakcji płatniczej za pomocą pieniądza elektronicznego, to znaczy takiej transakcji płatniczej, na którą płatnik nie udzielił zgody przed wykonaniem transakcji lub po jej wykonaniu (tylko wtedy, gdy płatnik i dostawca usług płatniczych tak się zgodzili) Dyrektywa wymaga, aby do ustawodawstwa krajowego, wprowadzono generalnie zapis dotyczący zwrotu kwoty nieautoryzowanej w sposób niezwłoczny i wyłącznie po powiadomieniu dostawcy usług o wszelkich nieautoryzowanych lub nieprawidłowo wykonanych transakcjach płatniczych nie później niż w ciągu 13 miesięcy od daty wystąpienia zdarzenia³⁵. Wprowadzenie takiego odwołania płatności nieautoryzowanej wydaje się być racjonalne, natomiast termin 13 miesięczny nie znajduje podstaw, jeśli przyjąć w porównaniu terminy odwołania uznania rachunków czy kart kredytowych, które te z najdłuższych, wyraźnie są krótsze (nawet do jednego miesiąca). Dyrektywa nakazuje państwom członkowskim również wprowadzenie zapisu do ustawodawstwa krajowego, wymagających od dostawców płatności udowodnienia autoryzowania transakcji zaskarżonej, wskazania, że awaria techniczna nie miała na nieautoryzowanie wpływu oraz że transakcja została w odpowiedni sposób zaksięgowana.

Do 1 listopada 2012 roku Komisja sporządzi raport z zakresu zastosowania i wpływu Dyrektywy na transakcje płatnicze między innymi na płatności w różnych walutach, wpływu wymogów uzyskania zezwolenia na konkurencję. Uwzględni także ewentualne potrzeby wprowadzenia przeglądu istniejących rozwiązań prawnych zawartych w Dyrektywie.

Przedstawione regulacje dotyczące pieniądza elektronicznego, w tym również nowa Dyrektywa 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 roku w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego mają za zadanie przybliżyć rozwiązania ustawodawcy europejskiego w tej materii. Wysoko należy ocenić rozwiązania instytucjonalne i prawne, które mają zapewnić bezpieczeństwo dla posługujących się instrumentami pieniądza elektronicznego oraz rozwiązania dotyczące stabilności instytucji wydających jednostki pieniądza elektronicznego. Należą do nich przepisy porządkujące kontrolę ilości wydanego pieniądza, wymianę wkładu pieniężnego wydawcy w zamian za udostępnienie pieniądza elektronicznego według wartości parytetowej na każde żądanie oraz zezwolenie

instytucjom pieniądza elektronicznego na inwestowanie kwoty w wysokości nie mniejszej niż zobowiązanie wobec posiadaczy pieniądza elektronicznego w aktywa, charakteryzujące się zerową wagą ryzyka.

Największy wpływ na zaistnienia pieniądza elektronicznego jako nowoczesnego środka płatniczego ma szeroka akceptowalność pieniądza elektronicznego oraz stworzenie jednego, homogenicznego standardu pozwalającego na wymianę jednostek pieniądza elektronicznego niezależnie od miejsca oraz instytucji wydającej go na świecie. Ułatwienie interoperacyjności pomiędzy różnymi systemami przez zmiany w normach prawnych w Unii Europejskiej odblokuje rozwój i zastosowanie tej formy płatniczej. Operacje systemów płatności staną się mniej ryzykowne, co w przyszłości pozwoli na stanie się elektronicznej jednostki pieniężnej światowym pieniądzem.

³³ Zob. art. 20 Dyrektywy 2007/64/WE.

³⁴ W preambule do Dyrektywy 2007/64/WE w punkcie (9) zawarto stwierdzenie, że niniejsza dyrektywa powinna ustanowić zasady dokonywania transakcji płatniczych, w których środkiem płatniczym jest pieniądz elektroniczny zdefiniowany w art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2000/46/WE. Wreszcie w art. 4 pkt 15) za „środki” Dyrektywa uznaje oznaczają banknoty i monety, zapis księgowy i pieniądz elektroniczny określone w art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2000/46/WE, dlatego też stosowne jest dozwolone stosowanie zamiast wyrażenia „środki”, określenia pieniądz elektroniczny.

³⁵ Zob. art. 58-59 i 75 Dyrektywy 2007/64/WE.

DR DARIUSZ SZOSTEK, DR MAREK ŚWIERCZYŃSKI

FAKTURA PRZESYŁANA W FORMIE ELEKTRONICZNEJ

W dniu 1 stycznia 2011 roku weszły w życie nowe przepisy w zakresie faktur przesyłanych w formie elektronicznej, tj. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 17 grudnia 2010 r. w sprawie: przesyłania faktur w formie elektronicznej, zasad ich przechowywania oraz trybu udostępniania organowi podatkowemu lub organowi kontroli skarbowej¹ oraz nowelizacji z dnia 9 grudnia 2010 roku² Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie: zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług. Zmiany tych przepisów były oczekiwane od dłuższego czasu, w szczególności po orzeczeniu z 20 maja 2010 roku Naczelnego Sądu Administracyjnego, dotyczącego kwestii przesyłania faktur papierowych drogą elektroniczną (I FSK 1444/09)³. Konsekwencją wydania orzeczenia powinna być liberalizacja przepisów w zakresie przesyłania faktur w postaci elektronicznej, wydaje się jednak, iż Ministerstwo Finansów poszło w odwrotnym kierunku, de facto ograniczając możliwość przesyłania drogą elektroniczną faktury papierowej.

Zmiany przepisów dotyczących faktury elektronicznej były postulowane już od wejścia w życie poprzednich przepisów (rozporządzenie z 14 lipca 2005 roku⁴ zastąpione przez nowe rozporządzenie z 17 grudnia 2010 r.), które były niespójne oraz niejasne i powodowały wiele problemów interpretacyjnych (jak chociażby zdefiniowanie miejsca przechowywania faktur elektronicznych)⁵. Rozporządzenie to sprawiało wrażenie przekopowanej, nieobowiązującej już regulacji VI dyrektywy w części dotyczącej faktur elektronicznych i niezbyt udanej próby jej przystosowania do polskiej rzeczywistości (chociażby konieczność przesyłania nabywcy „oryginału” faktury elektronicznej i pozostawiania we własnym systemie teleinformatycznym „kopii” faktury elektronicznej w sytuacji, gdy w środowisku elektronicznym nie funkcjonuje oryginał i kopia ale istotna jest autentyczność,

integralność oraz niezmienność dokumentu, który może być w dowolnej ilości kopiowany i zapisywany w wielu miejscach, bez uszczerbku dla swojej mocy dowodowej). Nowe regulacje obowiązujące od 1 stycznia 2011 r. na szczęście nie powielają tych błędów. Wiele problemów prawnych zostało rozwiązanych, pojawiły się natomiast nowe niejasności⁶.

Jednym z ważniejszych problemów praktycznych było jednoznaczne przesądzenie, że faktury w formie elektronicznej nie powinny być opatrywane oznaczeniem: „oryginał” i „kopia” (taki wymóg przewidywało rozporządzenie o fakturach papierowych w odniesieniu do wszystkich faktur)⁷. Już na gruncie poprzednich przepisów interpretacje przedstawione przez organy podatkowe uzasadniały przyjęcie wniosku, że faktura elektroniczna nie musi być opatrywana takim oznaczeniem, ponieważ wymóg ten dotyczy jedynie faktur w formie papierowej⁸. Warto jednak zaproponować *de lege ferenda* usunięcie go w odniesieniu do wszystkich rodzajów faktur, również papierowych.

Jak widać już z powyższego, legislacja dotycząca faktur przesyłanych drogą elektroniczną została rozbita na dwa akty prawne. Trzeba jednak stwierdzić, iż przepisy te są ze sobą w dużym stopniu (co wymagało paru nowelizacji) kompatybilne i nawzajem się uzupełniają, chociaż nie uniknięto powtórzeń. Praktyczniejszym byłoby uregulowanie wszelkich kwestii związanych z fakturą przesyłaną w formie elektronicznej w jednym akcie prawnym. Nowelizacja w dalszym ciągu powiela dychotomiczny podział na faktury przesyłane w formie elektronicznej i faktury papierowe. Szkoda, gdyż w obrocie gospodarczym i praktyce związanej z przesyłaniem faktur podział ten jest mocno zatarty. Do wcale nierzadkich sytuacji należy przesyłanie faktury „papierowej” pocztą elektroniczną i jej drukowanie przez odbiorcę, pomimo stanowiska organów skarbowych⁹ czy nawet sądów administra-

¹ Dz. U. nr 49, poz. 1661. Przepisy rozporządzenia wdrażają postanowienia dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L 347 z 11.12.2006, str. 1, z późn. zm.). Na temat regulacji europejskiej zob. E. Wéry, *Facturer Electroniquement Droits Europeen, Français et Belge, Droit des Technologies*, Larcier 2007. Za standaryzację faktur w formie elektronicznej na płaszczyźnie międzynarodowej odpowiedzialny jest w UE Europejski Komitet Normalizacyjny (European Committee for Standardization – Information Society Standardization System; dalej jako: CEN/ISSS), upoważniony do tego przez Komisję Europejską.

² Dz. U. Nr 212, poz. 1337 ze zm.

³ Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 20 maja 2010 r. (sygn. I FSK 1444/09, LEX nr 578126) dotychczasowe rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 14 lipca 2005 r. nie odnosi się do faktur, które są sporządzane i przekazywane w formie elektronicznej, a następnie drukowane i przechowywane w formie papierowej.

⁴ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 14 lipca 2005 r. w sprawie wystawiania oraz przesyłania faktur w formie elektronicznej, a także przechowywania oraz udostępniania organowi podatkowemu lub organowi kontroli skarbowej tych faktur (Dz.U. nr 133, poz. 1119). Na temat tego rozporządzenia por. opracowania K. Korus, M. Świerczyński, *Faktury w formie elektronicznej – zagadnienia prawne*, MoP 2007 nr 22 dodatek specjalny - Prawo Mediów Elektronicznych (7); M. Świerczyński, w: *E-administracja prawne zagadnienia informatyzacji administracji* (red. D. Szostek), Warszawa 2009.

⁵ M. Butkiewicz, *Wykorzystanie Internetu w instytucjach publicznych*, Palestra 2006, nr 8 – 9.

⁶ Zob. zasadne uwagi P. Wąglowskiego, *Nowe rozporządzenie MinFinu w sprawie faktur elektronicznych będzie obowiązywało od 1 stycznia*, <http://prawo.vagla.pl/node/9304>.

⁷ W. Modzelewski, *Prawnopodatkowe uwarunkowania wystawiania i stosowania e-faktur, materiał zaprezentowany podczas VII konferencji z cyklu „Podpis i dokument elektroniczny, pół roku stosowania e-faktur – kwestie interpretacyjne, koncepcje rozwiązań, doświadczenia wdrożeniowe”*, Warszawa 16.02.2006.

⁸ Naczelnik Podkarpackiego Urzędu Skarbowego w Rzeszowie odpowiedział na pytanie wnioskodawcy „Czy faktury elektroniczne muszą zawierać oznaczenie „oryginał” i „kopia” (zdaniem podatnika faktura elektroniczna powinna być oznaczona tylko jako „oryginał”), uznając stanowisko za prawidłowe (sygn. PUS.II/443/129/2006/BO). Organ trafnie wskazał, że wprowadzenie do faktury przesłanej w formie elektronicznej zmian w postaci zastąpienia wyrazu „oryginał” wyrazem „kopia” spowoduje brak możliwości zagwarantowania integralności danych w fakturach posiadanych przez nabywcę towaru i wystawcę faktury.

⁹ Zob. pismo z dnia 27 czerwca 2006 r. Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie (1471/NTR1/443-129/06/AM), publ. S. Podat. 2006, nr 12, s. 53. Por. także kuriozalne (w szczególności co do ostatniego zdania cytowanego poniżej fragmentu) pismo urzędu skarbowego w Łomży z 2003 r. o sygnaturze PP/443- 4/03 opublikowane przez Izbę Skarbową w Białymstoku: „(...)ustawodawca nie przewidział możliwości dokumentowania obrotu fakturami elektronicznymi. Dlatego też stosowanie faktur elektronicznych w przypadku tzw. usług powszechnych, a więc usług telekomunikacyjnych, dostaw energii elektrycznej, ciepłej, gazu, wody, odprowadzania ścieków, mimo iż faktury te nie muszą zawierać podpisu wystawcy i odbiorcy, w świetle obowiązujących przepisów nie ma podstawy prawnej. Zastosowanie technik informatycznych w odniesieniu do dokumentów podatkowych stanowi odstępstwo od ich papierowej postaci i musi być usankcjonowane stosownym uregulowaniem”.

cyjnych¹⁰, kwestionujących tak przesłaną fakturę, łącznie z traktowaniem podatku VAT, odliczonego na podstawie takiej faktury jako odliczonego niezgodnie z prawem.

Było i jest to niezrozumiałe, choćby ze względu na to, że brak jest przepisów określających sposób doręczania faktury „papierowej” (a zatem i ograniczeń dla udostępniania ich w formie elektronicznej). Organy skarbowe nie kwestionują faktury papierowej wręczonej osobiście, przesłanej poprzez Poczta Polską, faksem, czy nawet – gołębiem pocztowym, ale od lat kwestionowały fakturę przesłaną mailem. Warto w tym miejscu przypomnieć wyrok NSA III SA 1946/95 z 25.04.1997 r. (POP 1998 NR 3, POZ.111), w którym słusznie stwierdzono iż „wymogi formalne, stawiane fakturom VAT nie mogą być celem samym w sobie, zwłaszcza w sytuacji, gdy organy podatkowe nie mają wątpliwości co do tego, że kwestionowane faktury odzwierciedlają rzeczywiste zdarzenia gospodarcze i ujęte zostały w ewidencji zakupu”. Dlatego z dużą aprobatą przedsiębiorców zostało przyjęte orzeczenie z 20 maja 2010 roku Naczelnego Sądu Administracyjnego (I FSK 1444/09), dopuszczające przesyłanie faktury papierowej za pomocą poczty elektronicznej – do wydrukowania przez odbiorcę.

Pierwsze wątpliwości pojawiają się już przy analizie tytułu nowego rozporządzenia. Tytuł uchylonego rozporządzenia brzmiał: „Rozporządzenie Ministra Finansów z 14 lipca 2005 r. w sprawie wystawiania oraz przesyłania faktur w formie elektronicznej, a także przechowywania oraz udostępniania organowi podatkowemu lub organowi kontroli skarbowej tych faktur”. Tytuł owego rozporządzenia to: „Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 17 grudnia 2010 r. w sprawie przesyłania faktur w formie elektronicznej, zasad ich przechowywania oraz trybu udostępniania organowi podatkowemu lub organowi kontroli skarbowej”. Nie było wątpliwości w stosunku do poprzedniego rozporządzenia, iż dotyczyło ono faktur w formie elektronicznej i określało sposób ich: wystawiania, przesyłania, przechowywania oraz udostępniania (brzmienie §1 należało interpretować zgodnie z tytułem rozporządzenia). Natomiast nie do końca jest jasne, czy nowe rozporządzenie, podobnie jak uchylone, dotyczy faktur w formie elektronicznej, a co za tym idzie – nie dotyczy faktury „papierowej” przesyłanej drogą elektroniczną, czy też – dotyczy wszystkich faktur, które przesyłane są w formie elektronicznej, co wykluczyłoby możliwość przesyłania faktury papierowej drogą elektroniczną i jej drukowanie. Niestety, brzmienie §1 rozporządzenia w ujęciu z tytułem wskazuje na to, iż ustawodawca przyjął drugie, niezbyt przychylne w naszej ocenie dla praktyki gospodarczej, rozwiązanie. Zgodnie z tym przepisem, rozporządzenie określa: 1) sposób i warunki przesyłania faktur w formie elektronicznej 2) zasady jej przechowywania oraz 3) tryb udostępniania organowi podatkowemu lub organowi kontroli skarbowej faktur przesyłanych drogą elektroniczną, a więc nie tylko tzw. faktur elektronicznych, ale wszystkich faktur przesyłanych drogą elektroniczną.

Faktury mogą być przesyłane, w tym udostępniane w dowolnym formacie elektronicznym, pod warunkiem uprzedniej akceptacji takiego sposobu przesyłania faktur przez odbiorcę faktury, (zwanej dalej „akceptacją” – zob. § 3 rozporządzenia)¹¹. Przepis ten

jest odpowiednikiem art. 232 Dyrektywy 2006/112/WE (dalej „Dyrektywa”) w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, zgodnie z którym faktury wystawione zgodnie z przepisami sekcji 2 mogą zostać przesłane w: 1) formie papierowej lub 2) za zastrzeżeniem akceptacji odbiorcy, przesłane lub udostępnione drogą elektroniczną. Należy zauważyć, iż zgodnie z powyższymi przepisami, przesłanie faktury nie jest równoznaczne wyłącznie z jej wysłaniem na adres elektroniczny lub do systemu teleinformatycznego, odbiorcy faktury. Poprzez wysłanie należy rozumieć także jej udostępnienie odbiorcy do samodzielnego pobrania oraz udostępnienie także bez możliwości pobierania (np. udostępnienie na ekranie telewizora w sposób umożliwiający jej odczytanie, a także dostęp w dowolnej chwili, w sposób umożliwiający udostępnienie organom skarbowym).

Wniosek ten wynika z art. 217 Dyrektywy, zgodnie z którym „przesyłanie lub udostępnianie drogą elektroniczną” oznacza przesyłanie lub udostępnianie odbiorcy danych przy wykorzystaniu urządzeń elektronicznych, służących do przetwarzania (w tym cyfrowej kompresji) i przechowywania oraz przy wykorzystaniu środków: przewodowych, optycznych, lub innych środków elektromagnetycznych.

Akceptacja albo jej cofnięcie może być wyrażona w formie pisemnej lub w formie elektronicznej (§3 pkt 2). Co do wyrażenia akceptacji na piśmie kwestia ta jest jasna i zrozumiała (chodzi o oświadczenie zawierające akceptację podpisane własnoręcznie przez odbiorcę faktury). Tego typu oświadczenia są z reguły składane przy podejmowaniu dłuższej, stałej współpracy, najczęściej w treści umowy. Natomiast głębiej należy zastanowić się nad kwestią akceptacji w formie elektronicznej. Ustawodawca nie zdefiniował tegoż pojęcia, nie odwołał się także do innych przepisów definiujących formę elektroniczną (w poprzednim rozporządzeniu odesłał do zasad wystawiania faktur elektronicznych). Dotychczas akceptacja musiała następować poprzez opatrzenie oświadczenia bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym ważnym kwalifikowanym certyfikatem (a więc odnosiła się do formy elektronicznej w znaczeniu podobnym do art.78 §2 k.c. W nowej regulacji nie zastosowano takiego rozwiązania. Forma elektroniczna w znaczeniu kodeksu cywilnego (a więc elektronicznie „kwalifikowana”) nie ma w tym przypadku „automatycznego” zastosowania. Regulacja ta dotyczy wyłącznie prawa prywatnego w braku istnienia odpowiedniego odwołania nie ma zastosowania do oświadczeń z zakresu prawa finansowego. Należy więc stosować inne reguły wynikające między innymi z ustawy o podpisie elektronicznym. Zgodnie z art.8 tej ustawy nie można odmówić ważności i skuteczności podpisowi elektronicznemu tylko na tej podstawie, że istnieje w postaci elektronicznej lub dane służące do weryfikacji podpisu nie mają kwalifikowanego certyfikatu, lub nie został złożony za pomocą bezpiecznego urządzenia służącego do składania podpisu elektronicznego. Skoro Minister Finansów dla akceptacji w formie

strony mają pełną dowolność, co do daty rzeczywistego wprowadzenia faktur elektronicznych tzn. czy po akceptacji kontrahenta wystawiania faktur w formie elektronicznej przez pewien czas można w dalszym ciągu stosować faktury w formie papierowej? Naczelnik Urzędu uznał, że stanowisko spółki jest prawidłowe. Kwestii tej dotyczyła także inna interpretacja Opolskiego Urzędu Skarbowy (Sygn. PP/443-2-1-GK/06), która dotyczyła pytania czy w przypadku rozpoczęcia wystawiania i przechowywania faktur w formie elektronicznej można czasowo wrócić do formy papierowej (np. w związku z awarią systemu komputerowego), co będzie skutkowało tym, iż w danym okresie rozliczeniowym Spółka może posiadać zarówno faktury w formie elektronicznej jak i papierowej? Naczelnik urzędu uznał, że stanowisko spółki jest prawidłowe. Stanowiska te nadal są aktualne na gruncie nowych przepisów.

¹⁰ Zgodnie z orzeczeniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 października 2007 r. (sygn. akt III SA/Wa 1341/07) dokument wydrukowany z serwera sprzedawcy, ale niepotwierdzony tzw. podpisem kwalifikowanym, nie daje nabywcy prawa do odliczenia podatku wynikającego z tej faktury

¹¹ Warto wskazać, że akceptacja nie oznacza przymusu stosowania faktur w formie elektronicznej. W tej sprawie Opolski Urząd Skarbowy wydał postanowienie w sprawie interpretacji prawa podatkowego (Sygn. PP/443-1-1-GK/06). Udzielając odpowiedzi na pytanie, czy

elektronicznej nie przewidywał wyraźnie wymogu użycia bezpiecznego podpisu elektronicznego, weryfikowanego ważnym kwalifikowanym certyfikatem. Oznacza to, iż dopuszcza także inne sposoby. Innym argumentem na rzecz powyższej interpretacji, jest konieczność jednolitej interpretacji pojęć w całym rozporządzeniu. Poza §3 zwrot „forma elektroniczna” użyty jest w tytule, §1 w §5, i innych dalszych przepisach. Mowa w nich o fakturze przesyłanej w formie elektronicznej, a skoro faktura ta od 1 stycznia nie musi być opatrywana bezpiecznym podpisem elektronicznym lub przesyłana poprzez EDI¹², oznacza to iż użyty zwrot „forma elektroniczna” nie jest formą wyłącznie powiązaną z bezpiecznym podpisem elektronicznym. Tak liberalne ujęcie kwestii „akceptacji w formie elektronicznej” jest właściwe i wychodzi naprzeciw potrzebom obrotu elektronicznego, gdzie w szczególności przy jednorazowych umowach adhezyjnych zawieranych z konsumentem, złożenie akceptacji z użyciem bezpiecznego podpisu elektronicznego (w związku z jego brakiem po stronie konsumenta) było praktycznie niemożliwe lub co najmniej mocno utrudnione. Przyjmując powyższą interpretację rozporządzenia, należy uznać, iż akceptacja złożona mailem lub na formularzu zamówienia ze strony internetowej, poprzez wybranie odpowiedniej opcji, jest wystarczająca i wypełnia wymogi rozporządzenia¹³. Jest także zgodna z regulacją Dyrektywy (dyrektywa wymaga dla przesłania faktury w formie elektronicznej akceptacji, nie określa jednakże formy jej złożenia). Inna możliwość interpretacji, w naszej ocenie nieracjonalna to przyjęcie, że musi to być wyłącznie taka forma elektroniczna, która zapewnia autentyczność pochodzenia i integralności akceptacji, których to warunków nie spełnia każde oświadczenie złożone w postaci elektronicznej.

Wymóg autentyczności i integralności pojawia się jednak w związku z wystawianiem faktury w formie elektronicznej.

Faktury mogą być bowiem przesyłane w formie elektronicznej pod warunkiem zapewnienia autentyczności pochodzenia i integralności faktury (§4)¹⁴. Wymóg ten odpowiada wymogom Dyrektywy¹⁵. Równocześnie zdefiniowano te pojęcia (z czym nie mieliśmy do czynienia w poprzedniej regulacji). Przez autentyczność pochodzenia faktury rozumie się pewność co do tożsamości dokonującego dostawy towarów lub usługodawcy albo – wystawcy faktury. Natomiast integralność treści faktury oznacza, że w fakturze nie zmieniono danych, które powinna zawierać faktura. Inaczej niż poprzednio, co należy uznać za trafne, określono więc sposób zapewnienia autentyczności i integralności faktury. Dotychczas jedynym i dopuszczalnym rozwiązaniem

było opatrzenie faktury bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym ważnym kwalifikowanym certyfikatem lub wymianą danych elektronicznych (EDI), tj. faktur elektronicznych, zgodnie z umową w sprawie europejskiego modelu wymiany danych elektronicznych, jeżeli zawarta umowa, dotycząca tej wymiany przewiduje stosowanie procedur gwarantujących autentyczność pochodzenia i integralność danych. Aktualnie wykorzystanie EDI oraz bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego ważnym kwalifikowanym certyfikatem jest tylko jedną z metod zapewnienia autentyczności i integralności danych, na co jednoznacznie wskazuje brzmienie §2 ust.2 rozporządzenia posługując się słowem: „w szczególności”¹⁶

Dopuszczalne jest wobec tego stosowanie innych metod tworzenia faktur elektronicznych. Punktem wyjścia dla określenia autentyczności pochodzenia i integralności treści faktury powinny być nie tylko rozwiązania z §2, ale także poziom zapewnienia autentyczności i integralności treści faktury „papierowej”, którą możemy przecież zamiennie wysłać zamiast faktury przesyłanej w formie elektronicznej. Nie ma powodu, ani podstawy prawnej, aby w przypadku faktury „papierowej” oraz faktury przesyłanej w formie elektronicznej stosować inne kryteria. Tym bardziej, iż zgodnie z § 21 rozporządzenia w sprawie wystawiania faktur autentyczność i integralność (zdefiniowana identycznie jak dla faktury przesyłanej w formie elektronicznej) jest także wymagana dla faktury papierowej. Mając powyższe na uwadze wydaje się dopuszczalnym przesyłanie faktury w formie elektronicznej w formacie PDF, zabezpieczonym przed możliwością edycji. Jest to rozwiązanie prawidłowe, gdyż dyrektywa określa jako obligatoryjne uznawanie za autentyczną i integralną fakturę opatrzoną zaawansowanym podpisem elektronicznym w rozumieniu art.2 dyrektywy 99/93/WE (tj. dyrektywy o podpisach elektronicznych) lub przesłaną poprzez EDI. Natomiast zastosowanie innych metod jest tylko fakultatywnie, na co wskazuje brzmienie art.233b Dyrektywy: faktury mogą być jednak przesyłane lub udostępniane drogą elektroniczną przy zastosowaniu innych metod z zastrzeżeniem ich akceptacji przez zainteresowane państwo lub państwa członkowskie. Należy więc przyjąć wniosek, że polski ustawodawca w znacznym stopniu zliberalizował swoje stanowisko w stosunku do poprzedniego rozporządzenia¹⁷.

Pozytywnie należy się także odnieść do §5 rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku przesyłania temu samemu odbiorcy jednocześnie kilku faktur w formie elektronicznej dane wspólne dla poszczególnych faktur mogą zostać podane tylko raz, o ile dla każdej faktury są dostępne wszystkie te dane. Przepis ten przesądza o możliwości przesyłania baz danych zawierających dane faktur i przecina dyskusję na temat formatu przesyłanych faktur, to jest konieczności zawarcia wszystkich danych dotyczących faktury w jednym pliku. Nowy przepis jest imple-

¹² Umowa w sprawie europejskiego modelu EDI została opisana w art. 1 zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 19 października 1994 r. nr 1994/820/WE dotyczącego aspektów prawnych elektronicznej wymiany danych (Dz. Urz. UE L 338 z 28.12.1994, str. 98). W odniesieniu do systemu wystawiania niektórym swoim odbiorcom faktur elektronicznych przy zastosowaniu wymiany danych elektronicznych (EDI) interpretację podatkową wydał m.in. Pierwszy Mazowiecki Urząd Skarbowy w Warszawie (Sygn. 1471/NUR1/443-45/06/IK).

¹³ W przepisach końcowych zagwarantowano ponadto ciągłość akceptacji na wystawianiem faktur elektronicznych udzielonej zgodnie z rygiem poprzedniego rozporządzenia (§9).

¹⁴ W odniesieniu do pytania czy zasada integralności treści zawarta w rozporządzeniu jest zachowana, jeśli przy wydruku faktury elektronicznej u sprzedającego i wydruku faktury elektronicznej u odbiorcy oraz wydruku faktury elektronicznej w trakcie kontroli na ekran komputera faktura ma różną formę graficzną, ale te same dane, czyli treść, np. gdy wydruk faktury sprzedającego zawiera kod danego towaru sprzedającego, a wydruk tej samej faktury elektronicznej dla tego samego towaru będzie zawierał kod towaru odbiorcy Naczelnik Urzędu Skarbowego Łódź - Śródmieście uznał za prawidłowe stanowisko spółki (Sygn. III-2/443-67/07/EF). Stanowisko to naszym zdaniem nadal zachowuje aktualność.

¹⁵ Por. P. Krawczyk, *Jak wygląda fakturowanie elektroniczne w innych krajach europejskich? Faktura elektroniczna w Unii. Faktura elektroniczna (e-faktura)*, <http://ipsec.pl/podpis/podpis-elektroniczny/2008/faktura-elektroniczna-w-unii.html>

¹⁶ Autentyczność pochodzenia i integralność treści faktury są zachowane, w szczególności w przypadku wykorzystania: 1) bezpiecznego podpisu elektronicznego w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. Nr 130, poz. 1450, z późn. zm.), weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, lub 2) elektronicznej wymiany danych (EDI) zgodnie z umową w sprawie europejskiego modelu wymiany danych elektronicznych, jeżeli zawarta umowa, dotycząca tej wymiany, przewiduje stosowanie procedur gwarantujących autentyczność pochodzenia faktury i integralność jej danych.

¹⁷ Jeśli chodzi o to z jakim momentem, w rozumieniu przepisów podatkowych następuje „otrzymanie” przez faktury wystawionej w formie elektronicznej przez kontrahenta, w rozumieniu przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych (dla potrzeb pomniejszenia podatku należnego o podatek naliczony wynikający z takiej faktury) to na gruncie poprzednich przepisów odpowiedzi na to pytanie udzielił Łódzki Urząd Skarbowy (Sygn. ŁUS-III-2-443/208/06/AMM).

mentacją art. 236 Dyrektywy i nie miał odpowiednika w poprzedniej regulacji.

Dla praktyki dużym ułatwieniem jest także regulacja dotycząca terminu skuteczności cofnięcia akceptacji. W nowym rozporządzeniu podtrzymano zasadę, że w przypadku cofnięcia akceptacji przez odbiorcę faktury wystawca faktury traci prawo do przesyłania temu odbiorcy faktur w formie elektronicznej od dnia następującego po dniu, w którym otrzymał powiadomienie od odbiorcy o cofnięciu akceptacji. Jednakże nowością jest to, że strony mogą uzgodnić inny termin utraty przez wystawcę prawa do przesyłania faktur w formie elektronicznej, nie dłuższy jednak niż 30 dni. Poprzednie sztywne rozwiązanie było nieracjonalne, ponieważ odbierało stronom (wystawcy i odbiorcy faktury) możliwość ustalenia innej zasady (np. skutek cofnięcia liczony po zakończeniu okresu rozliczeniowego). Sposób sformułowania przepisu wskazuje na intencję modyfikacji tej zasady przez strony w drodze umowy, co jednak nie wyklucza opcji zaakceptowania przez odbiorcę regulaminu wystawiania faktur.

Zmieniono także przepis dotyczący przechowywania faktur za granicą. Dotychczasowe przepisy przewidywały, że podatnik mógł przechowywać na terytorium państwa członkowskiego innym niż terytorium kraju, przesłane w formie elektronicznej faktury, które wystawił lub otrzymał, pod warunkiem uprzedniego poinformowania w formie pisemnej naczelnika urzędu skarbowego oraz naczelnika urzędu celnego właściwego w zakresie podatku akcyzowego w odniesieniu do podatnika tego podatku o miejscu ich przechowywania (adresie, a w przypadku, gdy adres odnosi się do innego podmiotu, niż podatnik, o którym mowa w § 6 ust.1 rozporządzenia – również o nazwie tego podmiotu). Regulacja ta sprawiała wiele problemów. Nie do końca było jasne, czy dopuszczalnej było przechowywanie faktur w innym państwie niż członkowskie, co oznaczał zwrot „przechowanie” to jest czy chwilowe, tymczasowe przechowywanie (np. podczas przejazdu przez inny kraj z komputerem na którym znajdowały się faktury elektroniczne) podlegało przepisowi, czy w przypadku przechowywania na terytorium Polski i równocześnie na terytorium innego państwa członkowskiego (w przypadku np. backupu) należało powiadamiać naczelnika itd. Aktualnie wymóg powiadamiania został wyłączony, a zgodnie z §7 faktury przesłane w formie elektronicznej mogą być przechowywane w formie elektronicznej poza terytorium kraju pod warunkiem zapewnienia organowi podatkowemu lub organowi kontroli skarbowej, za pomocą środków elektronicznych, dostępu *on-line* do tych faktur. Rozwiązano tym samym wątpliwości, co do sposobu udostępniania faktur organom kontroli skarbowej. Faktury te mają być udostępniane *on-line* i nie ma potrzeby ich przekazywania na elektronicznym nośniku informacji lub co się także zdarzało w poprzednich latach w postaci wydruku papierowego.

Zgodnie z §8 nowego rozporządzenia, faktury przesłane w formie elektronicznej i przechowywane w tej formie¹⁸ udostępniane są organowi podatkowemu i organowi kontroli skarbowej w trybie umożliwiającym tym organom bezzwłoczny ich pobór i przetwarzanie danych w nich zawartych¹⁹. Pojawia się jednakże

pytanie, czy należy używać tylko takich formatów, które są zgodne z oprogramowaniem używanym przez organy skarbowe, a co za tym idzie umożliwiają pobór i przetwarzanie danych zawartych w fakturze przez ten organ? Nie ma podstawy prawnej, aby w taki sposób organy kontroli skarbowej mogły ograniczać formaty przesyłanych faktur. Na podstawie innych przepisów, między innymi dotyczących informatyzacji organów realizujących zadania publiczne, powinny one akceptować i przyjmować „standardowe” formaty plików²⁰. Jak się wydaje wymóg ten także zostanie zachowany, jeżeli w przypadku innego „niestandardowego” oprogramowania koniecznego do ściągnięcia i przetwarzania danych zawartych w fakturze przez organ kontroli skarbowej, zostanie nieodpłatnie udostępnione oprogramowanie możliwe do zainstalowania w standardowym systemie teleinformatycznym używanym przez ten organ (Windows, Linux, Mac OS, Dos itd.).

Jak wskazano na początku niniejszej publikacji, regulację rozporządzenia dotyczącego faktur przesyłanych w formie elektronicznej uzupełnia znowelizowane rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie: zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług.

W powyższym znowelizowanym rozporządzeniu rozwiązano m.in. problem dotyczący paragonu fiskalnego, jeżeli na jego podstawie wystawiano fakturę. Dotychczas należało ten paragon doręczyć odbiorcy faktury, co często niwelowało atuty faktury przesyłanej drogą elektroniczną. Zgodnie z §7 ust.5 tego rozporządzenia w przypadku, gdy faktura przesłana w formie elektronicznej dotyczy sprzedaży zarejestrowanej przy zastosowaniu kasy rejestrującej, podatnik zostawia w dokumentacji paragon dotyczący tej sprzedaży z danymi identyfikującymi tę fakturę.

Zrezygnowano w nim także z kuriozalnego wymogu przesyłania odbiorcy oryginału faktury przesyłanej w formie elektronicznej i archiwizowania we własnym systemie jej kopii. Należy tylko żałować, iż nie zrezygnowano z tego wymogu także w odniesieniu do faktury papierowej (tym bardziej mając na uwadze praktykę elektronicznego przesyłania takich faktur do wydruku przez odbiorcę). Faktury i faktury korygujące są wystawiane co najmniej w dwóch egzemplarzach, przy czym oryginał otrzymuje nabywca, a kopię – zatrzymuje sprzedawca. Przepisu tego nie stosuje się do faktur i faktur korygujących przesyłanych w formie elektronicznej. W przypadku tych faktur sprzedawca przesyła je, w tym udostępnia, nabywcy, zachowując je jednocześnie w swojej dokumentacji (§19). Jeżeli oryginał faktury lub faktury korygującej ulegnie zniszczeniu albo zaginie, sprzedawca na wniosek nabywcy ponownie wystawia fakturę lub fakturę korygującą, zgodnie z danymi zawartymi w kopii tej faktury lub faktury korygującej. Przepis ten stosuje się odpowiednio do faktur i faktur korygujących przesłanych w formie elektronicznej.

Uregulowano także sposób przechowywania faktur i co ciekawe, wprowadzając identyczne zasady dla faktur papierowych i przesyłanych w formie elektronicznej (odpowiada to wymogom innego ważnego wyroku NSA). Zgodnie z §21 podatnicy

¹⁸ Faktury w formie elektronicznej odbiorca i nabywca przechowuje do czasu przedawnienia zobowiązania podatkowego (czyli ok. 6 lat) w podziale na okresy rozliczeniowe.

¹⁹ Co oznacza „natychmiastowy, pełny i ciągły dostęp drogą elektroniczną do faktur elektronicznych” na gruncie poprzedniego rozporządzenia? Czy przedsiębiorcy muszą podłączyć swoje systemy finansowo księgowe do internetu, by organy podatkowe lub kontroli skarbowej mogły sobie zdalnie przeglądać taką dokumentację? A co z interfejsami? Przecież faktury elektroniczne mogą być przechowywane w różnych formatach - czy oznacza to, że

przedsiębiorca ma zapewnić nie tylko dostęp, ale również poprawne wyświetlanie? A jeśli to uzależnione jest od sposobu działania „własnościowego” oprogramowania, to czy oznacza to przymusową licencję? Mamy stanowisko dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach (nr IPB_1/4407-0002/06/l), z którego wynika, że dostęp może być zapewniony tylko na zasadzie pracy w czasie rzeczywistym czyli „on-line”.

²⁰ Np. *.doc, *.xls, *.pdf, *.html, *.jpg, *.bmp, różnego rodzaju skany.

są obowiązani przechowywać faktury oraz faktury korygujące, a także duplikaty tych dokumentów, do czasu upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego. Podatnicy przechowują: faktury, faktury korygujące, a także duplikaty tych dokumentów, w podziale na okresy rozliczeniowe w dowolny sposób zapewniający: 1) autentyczność pochodzenia, integralność treści i czytelność tych faktur od momentu ich wystawienia do czasu upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego; 2) łatwe ich odszukanie; 3) organowi podatkowemu lub organowi kontroli skarbowej na żądanie, zgodnie z odrębnymi przepisami, bezzwłoczny dostęp do faktur, a w przypadku faktur przechowywanych w formie elektronicznej umożliwiający tym organom również przetwarzanie danych w nich zawartych.

Podsumowując, trzeba stwierdzić, że reforma faktury elektronicznej zatrzymała się w połowie drogi. Zabrakło wyraźnego przesądzenia możliwości przesyłania faktury papierowej drogą elektroniczną. Przepisy nadal nie są w pełni jednoznaczne, ale można mieć nadzieję, że organy podatkowe będą skłonne zaakceptować liberalną i racjonalną interpretację przepisów przedstawioną w niniejszej publikacji. Na taką szansę wskazują dotychczasowe interpretacje organów podatkowych, które w większości były racjonalne i uwzględniały potrzeby praktyki gospodarczej.

DR MARCIN PODLEŚ

WYSYŁKOWA SPRZEDAŻ LEKÓW PRZEZ INTERNET

1. Wprowadzenie¹

W Polsce przed ponad trzema laty dopuszczono sprzedaż wysyłkową leków, wydawanych bez przepisu lekarza. Obecnie, zgodnie z art.68 ust.3 ustawy – prawo farmaceutyczne (zwanej dalej u.p.f.), apteki ogólnodostępne oraz punkty apteczne mogą prowadzić wysyłkową sprzedaż leków, wydawanych bez recepty. Nowelizacja ustawy – prawo farmaceutyczne, dokonana ustawą z dnia 30 marca 2007 r., miała służyć uporządkowaniu przede wszystkim występującego już wcześniej zjawiska sprzedaży leków przez Internet². Jej znaczenie jest doniosłe, ponieważ obrót lekami podlega daleko idącej reglamentacji – zgodnie z art.65 ust.1 u.p.f. może być on prowadzony „wyłącznie na zasadach określonych w ustawie”. Nieokreślone w ustawie w sposób pozytywny zasady obrotu lekami są zaś *a contrario* niedopuszczalne³. Reguły prowadzenia sprzedaży wysyłkowej uszczegółowiono w przepisach rozporządzenia w sprawie warunków wysyłkowej sprzedaży produktów leczniczych wydawanych bez przepisu lekarza (zwanego dalej rozporządzeniem)⁴, poddając taką sprzedaż dodatkowej reglamentacji.

W niniejszym opracowaniu podjęta została próba oceny obowiązującej regulacji, poprzez przedstawienie poszczególnych etapów związanych realizacją takiej sprzedaży, to jest wymogów wstępnych odnoszących się do rozpoczęcia prowadzenia sprzedaży wysyłkowej, etapu zawierania umowy, etapu wykonywania umowy, oraz etapu następującego po dostarczeniu zamówienia⁵.

2. Wymogi wstępne prowadzenia sprzedaży wysyłkowej

Zgodnie z art.68 ust.3 u.p.f., sprzedaż wysyłkową leków mogą prowadzić apteki ogólnodostępne⁶ oraz punkty apteczne⁷, a zatem – wyrażając się precyzyjniej – podmioty, prowadzące tego rodzaju aptekę lub punkt apteczny⁸. Jeśli dany podmiot prowadzi kilka aptek lub punktów aptecznych, to w informacjach zawartych na stronie internetowej powinien on wskazać, z której konkretnie apteki lub punktu aptecznego jest prowadzona sprzedaż wysyłkowa. Podmioty prowadzące taką sprzedaż nie mają obowiązku uzyskiwania odrębnego zezwolenia na prowadzenie działalności wysyłkowej – wystarczy zgłoszenie faktu rozpoczęcia takiej działalności do wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego (§6 ust.1 rozporządzenia)⁹. Jeżeli przyjmowanie zamówień ma odbywać się za pomocą formularza, umieszczonego na stronie internetowej, to właściwy miejscowo wojewódzki inspektor farmaceutyczny ma być dodatkowo informowany „o danych dotyczących strony internetowej oraz domeny, w której ta strona jest zarejestrowana” (§6 ust.2 rozporządzenia). Należy też podkreślić, że w efekcie istniejącej regulacji możliwość prowadzenia wysyłkowej sprzedaży leków uzależniona jest od spełnienia wymogów prawnych przewidzianych dla prowadzenia apteki ogólnodostępnej lub punktu aptecznego, w tym w szczególności

⁶ Apteki ogólnodostępne, są typem aptek, przeznaczonych do zaopatrywania ludności (a zatem każdego zainteresowanego) w produkty lecznicze, leki apteczne, leki recepturowe, wyroby medyczne, a także mogą prowadzić obrót środkami spożywczymi specjalnego przeznaczenia żywieniowego, suplementami diety, kosmetykami, z wyłączeniem kosmetyków przeznaczonych do perfumowania lub upiększania, środkami higienicznymi, przedmiotami do pielęgnacji niemowląt i chorych, środkami spożywczymi zawierającymi w swoim składzie farmakopealne naturalne składniki pochodzenia roślinnego, oraz środkami dezynfekcyjnymi stosowanymi w medycynie (art. 87 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 86 ust. 8 u.p.f.). Zadaniem apteki ogólnodostępnej jest również „świadczenie usług farmaceutycznych” obejmujących: wydawanie produktów leczniczych i wyrobów medycznych, sporządzanie leków recepturowych, sporządzenie leków aptecznych oraz udzielanie informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych (art. 87 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 86 ust. 2 u.p.f.).

⁷ Otwarcie punktu aptecznego wymaga spełnienia mniej rygorystycznych wymogów w porównaniu z apteką, jednakże od dnia wejścia w życie ustawy – prawo farmaceutyczne mogą one być tworzone jedynie z przeznaczeniem dla terenów wiejskich, jeżeli „na terenie danej wsi nie jest prowadzona apteka ogólnodostępna” (art. 70 ust. 3 u.p.f.). Na temat punktu aptecznego zob. szerzej także: M. Ożóg, System handlu produktem leczniczym i produktami pokrewnymi, Warszawa 2010, s. 435 i nast.

⁸ Warto wspomnieć, że w Polsce nie obowiązuje zakaz zakładania aptek oraz punktów aptecznych przez osoby nie posiadające uprawnień farmaceutów (tzw. z j. niem. Fremdbesitzverbot), natomiast istnieją wymagania w zakresie zatrudniania do takiej działalności osób posiadających uprawnienia do wykonywania określonych czynności faktycznych, w szczególności do wydawania leków; zob. szerzej M. Ożóg, System ..., s. 379 i nast.

⁹ Obowiązek zgłoszenia przez aptekę rozpoczęcia sprzedaży wysyłkowej przewidziany został także w prawie czeskim (§ 84 ust. 3 ustawy lekach z dnia 6 grudnia 2007, Dziennik Ustaw nr 378/2007 ze zm.). Natomiast obowiązek posiadania odrębnego zezwolenia na prowadzenie sprzedaży wysyłkowej został przewidziany w prawie słowackim (tak: § 9 ustawy z dnia 3 kwietnia 1998 r. o lekach, wyrobach medycznych i o zmianie innych ustaw, Dziennik Ustaw nr 140/1998) oraz w prawie niemieckim w odniesieniu do leków, objętych obowiązkiem sprzedaży aptecznej (§11a ust. 1 ustawy o aptekarstwie – Apothekengesetz - z dnia 20 sierpnia 1960 r., t.j. BGBl. I s. 1993); zob. także Ch. Arhold, N. Wimmer, *Arzneimittelhandel über das Internet*, K&R, 3/2004, s. 131.

¹ Niniejszy artykuł powstał przy wsparciu finansowym Wspólnoty Europejskiej w ramach programu Marie Curie typu Przekaz Wiedzy w 6 PR UE, Nr MTKD-CT-2004-002635.

² Ustawa o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie innych ustaw, Dz.U. nr 75, poz. 492, 2007; zob. także M. Podleś, *Apteki internetowe w Polsce – status prawny i funkcjonowanie na tle prawnoporównawczym*, Dodatek do Monitora Prawniczego Prawo Mediów Elektronicznych, 22/2007, s. 56 i nast.

³ Warto jednak wspomnieć, że zanim do ustawy – prawo farmaceutyczne wprowadzono przepis pozwalający na wysyłkową sprzedaż leków OTC, obowiązywał też wyraźny zakaz „prowadzenia sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych w ramach obrotu detalicznego” – zob. art. 68 ust. 3 u.p.f. w brzmieniu do dnia 1 maja 2007 r. W pierwotnym zaś brzmieniu wspomniany art. 68 ust. 3 u.p.f. stanowił o zakazie prowadzenia sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych nie ograniczając go literalnie do obrotu detalicznego.

⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 14 marca 2008, Dz.U. nr 60, poz. 374, 2008 r.

⁵ Natomiast zagadnienie ochrony konsumenta – nabywcy leku z tzw. apteki internetowej oraz kwalifikacji sprzedaży jako wysyłkowej pozostawione zostanie odrębnemu opracowaniu.

posiadania zezwolenia na prowadzenie apteki lub odpowiednio punktu aptecznego¹⁰.

Sama sprzedaż wysyłkowa (przygotowanie do realizacji zamówień klientów) musi być prowadzona z lokalu apteki lub z lokalu punktu aptecznego. Na etapie przygotowawczym do prowadzenia sprzedaży wysyłkowej przepisy wymagają bowiem wprost odpowiedniego przygotowania lokalu apteki ogólnodostępnej lub odpowiednio punktu aptecznego, poprzez wydzielenie z jego przestrzeni „miejsc przeznaczonego do przygotowania produktu leczniczego do wysyłki” (§5 rozporządzenia)¹¹. Nie dopuszcza się zatem lokowania tego rodzaju sprzedaży w innym miejscu (poza lokalem apteki czy punktu aptecznego), przykładowo ze względów logistycznych, finansowych, czy organizacyjnych, co niewątpliwie ułatwia kontrolowanie przez inspekcję farmaceutyczną prowadzonej w ten sposób sprzedaży¹². Od strony formalnej nic nie stoi jednak na przeszkodzie, aby dana apteka lub punkt apteczny ulokowane były w takim miejscu, gdzie będą one pełniły faktycznie rolę jedynie swoistej „fasady” apteki internetowej, ponieważ dominujący udział w obrocie będzie osiągany za pośrednictwem sprzedaży wysyłkowej¹³.

Kierownik apteki lub punktu aptecznego ma obowiązek zatwierdzenia odrębnych procedur, dotyczących procesu sprzedaży wysyłkowej leków i działań jej towarzyszących (§9 rozporządzenia), co powinno służyć zapewnieniu wyższego poziomu bezpieczeństwa i wprowadzeniu określonych standardów. Ponadto musi zostać wyznaczony farmaceuta lub technik farmaceutyczny odpowiedzialny za prawidłową realizację sprzedaży wysyłkowej, którego zadaniem będzie sprawowanie kontroli nad przestrzeganiem przepisów rozporządzenia w szczególności na etapie wykonywania umowy z konsumentem – realizacji zamówienia (§7 rozporządzenia). Taki zakres czynności powinien zatem znaleźć się w jego zakresie obowiązków.

Dla zapewnienia nabywcom leków możliwości weryfikacji, że mają oni faktycznie do czynienia z apteką lub punktem aptecznym, wymagane jest umieszczenie na „głównej stronie internetowej” odnośnika do posiadanego zezwolenia na prowadzenie odpowiednio apteki ogólnodostępnej lub punktu aptecznego (§6 ust.1 rozporządzenia)¹⁴. Należy przyjąć, że punkt apteczny, prowadzący sprzedaż wysyłkową leków nie może posługiwać się nazwą „apteka”, ani „apteka internetowa”. Nazwa „apteka” jest bowiem zastrzeżona przepisami wyłącznie dla aptek, w rozumieniu przepisów ustawy – prawo farmaceutyczne¹⁵.

Warto wspomnieć, że na przedsiębiorców prowadzących sprzedaż leków w aptekach ogólnodostępnych nałożono prawny obowiązek posiadania leków w takiej ilości i asortymencie, które są niezbędne do zaspokojenia potrzeb zdrowotnych miejscowej ludności (art.95 ust.1 u.p.f.)¹⁶. Nie oznacza to jednak, że apteka ogólnodostępna, rozpoczynając wysyłkową sprzedaż leków ma obowiązek objąć nią cały swój asortyment. Po pierwsze, uniemożliwiają to obowiązujące przepisy, ograniczając sprzedaż w taki sposób wyłącznie do leków wydawanych bez przepisu lekarza. Po drugie, rozpoczęcie sprzedaży wysyłkowej jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem, stąd podmiot ją prowadzący może decydować o asortymencie objętym tym rodzajem sprzedaży, biorąc pod uwagę chociażby właściwości danego leku z punktu widzenia wysyłki, a także kryteria ekonomiczne¹⁷. Wydaje się, że nie ma także przeszkód prawnych, aby dana apteka lub punkt apteczny podjęły z wykorzystaniem Internetu prowadzenie w sposób wysyłkowy sprzedaży jedynie produktów nie będących lekami, a zatem przykładowo kosmetyków czy suplementów diety. Oczywiście nie może zachodzić przy tym ryzyko wprowadzenia nabywcy w błąd co do właściwości kupowanych rzeczy (towarów).

3. Etap zawierania umowy

Sprzedaż leku, w tym również wysyłkowa, stanowi zdarzenie prawne, zapoczątkowywane zawarciem umowy sprzedaży. W przepisach rozporządzenia dosyć szczegółowej regulacji poddano tryb zawierania umowy z nabywcą leku – wymagając aby podstawą „wydania produktu leczniczego” (a zatem czynności faktycznej) było zawsze „zamówienie” i to złożone w określony sposób, w tym między innymi za pomocą poczty elektronicznej oraz za pomocą formularza zamieszczonego na stronie internetowej apteki lub punktu aptecznego (§2 ust.1 rozporządzenia). Ponieważ właśnie elektroniczne formularze zamówień są typowym narzędziem wykorzystywanym przy składaniu zamówień w Internecie, to przepisy rozporządzenia szczegółowo uregulowały wymagania treściowe, odnoszące się do koniecznych elementów takiego formularza. Mianowicie formularz taki ma zawierać m.in. dane służące identyfikacji zarówno sprzedawcy i osoby przyjmującej z jego ramienia zamówienie (farmaceuty lub technika farmaceutycznego), jak i kupującego – odróżniając w tym zakresie „zamawiającego” dany lek od „odbiorcy leku” (§2 ust.2 rozporządzenia). W formularzu zamówienia dokładnie opisany musi być również lek, poprzez wskazanie jego nazwy, dawki, wielkości opakowania, postaci oraz ilości. Dopuszczalność realizacji zamówienia w sposób wysyłkowy przez aptekę lub punkt apteczny uzależniono zaś od podania w formularzu zamówienia wymaganych rozporządzeniem danych (§2 ust.3 rozporządzenia). Pewne wątpliwości budzi przy tym obowiązek wskazania przez nabywcę numeru telefonu kontaktowego, pod

¹⁰ Zwraca na to uwagę również M. Kondrat [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 711.

¹¹ W literaturze zwraca się uwagę, że rozpoczęcie sprzedaży wysyłkowej nie pociąga za sobą konieczności zwiększenia powierzchni lokalu – tak: M. Ożóg, *System ...*, s. 461.

¹² Podobny wymóg wprowadzono wyraźnie w prawie słowackim (tak: §5 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 25 lutego 2010 r. w sprawie szczegółowych warunków sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, *Dziennik Ustaw* nr 74/2010). Natomiast w prawie niemieckim wymaga się jedynie, aby pomieszczenia przeznaczone do działalności wysyłkowej znajdowały się w odpowiedniej bliskości apteki, niekoniecznie zaś w samych pomieszczeniach aptecznych (§4 ust. 3 zd. 3 rozporządzenia o prowadzeniu aptek – *ApotBetrO*, BGBl I s. 1195, t.j.).

¹³ W literaturze trafnie podkreśla się jednak, że apteka prowadząca sprzedaż wysyłkową powinna również efektywnie realizować zadania ciążące na każdej aptece jako placówce ochrony zdrowia publicznego – tak: M. Ożóg, *System ...*, s. 458.

¹⁴ Razi przy tym kazuistyką wymaganie przepisu rozporządzenia, aby dokument ten był zapisany w formacie PDF.

¹⁵ Zob. art. 86 ust. 2 u.p.f.; zob. także orzeczenie WSA w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2007 r. (LEX nr 334283), w którym wyrażono pogląd, że nazwa „punkt apteczny” jest pojęciem węższym niż pojęcie „apteka” i to zarówno w zakresie sprzedawanych tam produktów leczniczych, jak i świadczonych tam usług.

¹⁶ Zwraca się uwagę, że pośrednio również punkt apteczny – na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. (Dz. U. nr 164, poz. 1027, 2008 r. t.j.) o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych - obciąża obowiązek zapewnienia dostępności leków objętych wykazami leków podstawowych i uzupełniających oraz wykazem leków i wyrobów medycznych przepisanych w związku z niektórymi chorobami i upośledzeniami umysłowymi; zob. szerzej: M. Ożóg, *System ...*, s. 436; M. Świerczyński [w:] M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *Prawo farmaceutyczne*, Warszawa 2008, s. 369.

¹⁷ Przykładowo, zgodnie z regulaminem zamieszczonym na stronie www.podcisami.pl, „apteka internetowa nie prowadzi sprzedaży wysyłkowej (...) produktów, które wymagają przechowywania i transportu w specjalnych warunkach (np. obniżony zakres temperatur)”.

rygiorem niedopuszczalności zrealizowania zamówienia¹⁸. Na podstawie wymaganych rozporządzeniem danych można dojść do wniosku, że służyć ma on bardziej archiwizacji danej transakcji, ze szczegółami dotyczącymi jej realizacji.

Umowa sprzedaży wysyłkowej leku z wykorzystaniem formularza zamieszczonego na stronie internetowej dochodzi zwykle do skutku w trybie ofertowym. Różnorodnie w poszczególnych aptekach internetowych określany jest jednak sam moment zawarcia umowy oraz sposób, w jaki do tego dochodzi. Ocena zamówienia pod względem prawnym zależy zwykle od tego, czy informacje umieszczone na stronie internetowej danej apteki zakwalifikujemy jako ofertę, czy też jedynie jako zaproszenie do składania ofert. Kryteriów oceny dostarcza przepis art.60 k.c., wymagając w przypadku oferty wyrażenia woli zawarcia umowy sprzedaży w sposób dostateczny, a zatem taki, który nie pozostawia wątpliwości co do woli wywołania skutków prawnych¹⁹. Należy przy tym uwzględnić także normę interpretacyjną z art.71 k.c., nakazującą w razie wątpliwości oceniać informacje kierowane do ogółu lub do oznaczonych osób nie jako ofertę, lecz jedynie jako zaproszenie do zawarcia umowy (*invitato ad oferendum*). Warto wspomnieć, że w treści regulaminów aptek internetowych można spotkać postanowienie stanowiące wprost, że informacje zamieszczone na stronie internetowej nie stanowią oferty w rozumieniu kodeksu cywilnego.²⁰ Na kwalifikację informacji, zamieszczonych na stronie internetowej wyłącznie jako zaproszenia do składania ofert mogą też wskazywać występujące w regulaminach aptek internetowych postanowienia o tym, że cena danego leku jest uznawana przez sprzedawcę za wiążącą dopiero w momencie składania zamówienia przez konsumenta²¹, lub w momencie potwierdzania zamówienia przez aptekę²². W sytuacji, gdy dopiero wypełnienie formularza zamówienia stanowi ofertę składaną przez nabywcę leku (ofertę składaną w postaci elektronicznej w rozumieniu art.66¹ k.c.), to podlega ona reżimowi prawnemu związanemu z takim sposobem zawierania umów. W szczególności związanie zamówieniem przez nabywcę zależy od niezwłocznego potwierdzenia otrzymania oferty przez podmiot prowadzący aptekę lub punkt apteczny²³. Sprzedawca ma zaś w takim wypadku obowiązek poinformowania nabywcy w sposób jednoznaczny i zrozumiały o okolicznościach wymaganych zgodnie z art.66¹ § 2 k.c., w tym

w szczególności o stosowanych kodeksach etycznych oraz o ich dostępności w postaci elektronicznej. Potwierdzenie otrzymania oferty może być połączone przez aptekę ze złożeniem oświadczenia o przyjęciu tej oferty. Natomiast, jeśli treść strony internetowej danej apteki lub punktu aptecznego ma charakter oferty, to nabywca leku wypełniając formularz zamówienia składa już oświadczenie o przyjęciu oferty. Warto też odnotować, że wiele aptek internetowych wymaga jeszcze dodatkowo od konsumentów potwierdzenia zamówienia²⁴ i dopiero z faktu potwierdzenia zamówienia przez konsumenta wywodzi skutek w postaci zawarcia umowy. Należy uznać, że co do zasady takie umowne regulowanie trybu zawarcia umowy może mieścić się w ramach zasady swobody umów (art.353¹ k.c.).

Na aptekę lub punkt apteczny, prowadzące wysyłkową sprzedaż leków, nałożono przepisami rozporządzenia dodatkowe obowiązki informacyjne przy zawieraniu umowy, obejmujące m.in. cenę zamawianego leku i sposób zapłaty, koszty przesyłki oraz termin i sposób dostawy, a także pouczenie o prawie nabywcy do odstąpienia od umowy (§ 2 ust 4 pkt 2 rozporządzenia).

4. Etap realizacji zamówienia

Również etap realizacji zamówienia (wykonania umowy) poddano dodatkowej regulacji. W rozporządzeniu wprowadzono wymogi dotyczące opakowania leku do wysyłki, nakazując jego należyte opakowanie (w tym w zapewniające identyfikację nadawcy), zabezpieczenie przed zanieczyszczeniem i uszkodzeniem mechanicznym, szkodliwym działaniem czynników zewnętrznych, a także wzajemnym skażeniem produktów leczniczych (wniosek z § 4 ust.2 w zw. z § 7 ust.2 rozporządzenia)²⁵. Wymaga się, aby opakowanie zostało opatrzone etykietą z numerem zamówienia, lecz bez konieczności wskazywania nazwy zawartego w nim leku (§ 4 ust.2 rozporządzenia). Brak obowiązku ujawnienia na opakowaniu nazwy leku należy ocenić pozytywnie, ponieważ część nabywców decyduje się na zakupy przez Internet, aby zachować swoistą anonimowość²⁶. W realizację zamówienia musi być zaangażowany wyznaczony farmaceuta lub technik farmaceutyczny, który ma za zadanie sprawdzanie sposobu przygotowania wysyłki i warunków transportu pod kątem wymagań rozporządzenia. Uregulowanie to jest naturalną konsekwencją istniejącego obowiązku wydawania leków w aptece i w punkcie aptecznym właśnie przez osoby posiadające określone uprawnienia, a nie przez kogokolwiek²⁷. W przypadku sprzedaży wysyłkowej wydanie przez osobę uprawnioną nastąpi bowiem w stosunku do kuriera lub pracownika poczty.

Sama wysyłka leku ma odbywać się „w warunkach zapewniających jakość leku oraz bezpieczeństwo jego stosowania

¹⁸ Zwraca na to uwagę M. Kondrat [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo ...*, s. 712. Nie ma jednak wymogu, aby był to numer telefonu, którego abonentem jest zamawiający – mowa jest jedynie o telefonie kontaktowym, a zatem jak się wydaje takim, który pozwala uzyskać w razie potrzeby kontakt z nabywcą.

¹⁹ W literaturze wyrażono generalną ocenę, że w przypadku interaktywnych sklepów internetowych (czyli pozwalających na szczegółowe przejście katalogu oferowanych produktów, informujących w czasie rzeczywistym o dostępności produktów, wymagających przedniej rejestracji użytkowników, oraz pozwalających na monitorowanie przebiegu zawieranej transakcji), mamy do czynienia z ich stroną z ofertą. Natomiast sklepy internetowe, nieumożliwiające natychmiastowego zawarcia i wykonania umowy, ani rejestracji elektronicznej klienta i zapłacenia w formie elektronicznej mają formułować jedynie zaproszenie do składania ofert – tak: P. Polański, *Strona sklepu internetowego – oferta czy zaproszenie do składania ofert?* [w:] J. Gołaczyński (red.) *Prawo umów elektronicznych*, Kraków 2006, s. 252-253; na temat problemów kwalifikacji informacji zawartych na stronie internetowej zob. także W. Dubis [w:] J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2005, s. 54 i nast.

²⁰ Por. przykładowo: regulamin zamieszczony na stronie: www.internetowa.apteka.przemysl.pl oraz na stronie: www.aptekapodsloncem.pl.

²¹ Zob. przykładowo regulamin zamieszczony na stronie www.e-farm.pl oraz www.apteka-farmaco.pl.

²² Zob. przykładowo: regulamin zamieszczony na stronie www.aptekajakmarzenie.pl.

²³ Odnośnie do wymogu potwierdzania oświadczenia woli składanego w postaci elektronicznej zob. szerzej P. Podrecki [w:] J. Barta, R. Markiewicz, *Handel elektroniczny. Prawne problemy*, Zakamycze 2005, s. 118 i nast.

²⁴ Tak przykładowo regulaminy zamieszczone na stronach: www.24apteka.pl oraz www.aptekaprzypteli.pl.

²⁵ Uregulowanie to stanowi uszczegółowienie przepisu art. 545 § 1 k.c., zgodnie z którym sposób opakowania i przewozu rzeczy powinien odpowiadać jej właściwościom, a także zapewniać jej całość i nienaruszalność.

²⁶ Obowiązek ujawniania nazwy leku na opakowaniu leku do wysyłki przewidziany był jeszcze w drugim projekcie rozporządzenia z dnia 20 kwietnia 2007 r. Niektóre apteki internetowe czynią z tego element zachęcania nabywcy do wybrania wysyłkowej formy zakupu, oświadczając przykładowo, że „apteka zapewnia pełną dyskrecję swoim Klientom, dlatego przesyłki pakowane są w szare kartony, które nie posiadają żadnych informacji, że przesyłka pochodzi z apteki internetowej” (zob. www.aptekaslonecznakrakow.pl).

²⁷ Zgodnie z art. 96 ust. 1 u.p.f., produkty lecznicze są wydawane z apteki ogólnodostępnej przez farmaceutę lub technika farmaceutycznego w ramach jego uprawnień zawodowych.

(§ 4 ust.1 rozporządzenia). Transport leku winien odbywać się w „wydzielonych przestrzeniach środka transportu”, aby zapobiec pomieszeniu i skażeniu leków, dostępowi do nich osobom nieupoważnionym oraz umożliwić kontrolę temperatury w czasie transportu (§ 4 ust.3 rozporządzenia)²⁸. Z krytyką spotkał się w szczególności wymóg zapewnienia kontroli temperatury w czasie transportu leku²⁹. Uregulowanie kwestii opakowania i transportu leku nabiera doniosłego znaczenia, ponieważ najczęściej dostawa leku realizowana jest z wykorzystaniem osób trzecich, podmiotów zajmujących się profesjonalnie działalnością pocztową lub kurierską³⁰. W przepisach rozporządzenia nie zawarto zaś przepisów ograniczających krąg podmiotów, mogących zrealizować samą dostawę leku z apteki lub punktu aptecznego³¹. Brakuje także regulacji, nakładającej na podmiot prowadzący aptekę lub punkt apteczny odpowiedzialność za towar w czasie transportu, gdy realizacja dostawy została powierzona osobie trzeciej³².

5. Obowiązki po dostawie leku

Prawodawca zadbał także o zabezpieczenie po stronie konsumenta możliwości zasięgnięcia informacji już na etapie po wykonaniu umowy, ponieważ w przeciwieństwie do tradycyjnej sprzedaży, przy sprzedaży wysyłkowej nabywca leku nie ma osobistego kontaktu z farmaceutą lub technikiem farmaceutycznym. Na apteki oraz punkty apteczne, prowadzące sprzedaż wysyłkową leków, nałożono obowiązek zapewnienia nabywcom możliwości kontaktu telefonicznego w godzinach pracy danej apteki lub punktu aptecznego oraz dwie godziny po ustalonych terminach dostaw leku w przedmiocie jakości i bezpieczeństwa stosowania leku, sprzedanego w sposób wysyłkowy (§7 ust.3 roz-

porządzenia)³³. Konsument powinien mieć przy tym możliwość uzyskania informacji także poza godzinami pracy apteki lub punktu aptecznego, jeśli tak wypadła czasowo ustalona godzina dostawy leku (§7 ust.3 rozporządzenia)³⁴. Nie ma natomiast przepisu pozwalającego na zastąpienie obowiązku zapewnienia kontaktu telefonicznego za pomocą komunikacji elektronicznej, przykładowo poprzez email, czy też czat³⁵. Mając na uwadze względy wykładni celowościowej wydaje się, że podmiot prowadzący sprzedaż wysyłkową leków nie może pobierać za udzielanie informacji telefonicznych dodatkowych opłat, jeśli informacje te są udzielane w związku z zakupem leków w drodze wysyłkowej i mieszczą się w zakresie wymaganym rozporządzeniem³⁶.

Dodatkowo w rozporządzeniu wprowadzono obowiązek dokumentowania realizacji zamówienia, włącznie z datą odbioru zamówionego leku oraz informacją o jego ewentualnym zwrocie, w postaci ewidencji prowadzonej w formie elektronicznej (§ 2 ust 4 pkt.2 rozporządzenia).

6. Podsumowanie

Mimo że sprzedaż wysyłkowa leków wymaga innej organizacji, niż sprzedaż tradycyjna, to pozostawiono ją w ramach istniejących kanałów sprzedaży detalicznej leków z zastrzeżeniem do aptek ogólnodostępnych i punktów aptecznych. Dopuszczenie tej formy sprzedaży nie doprowadziło zatem do poszerzenia kręgu podmiotów uprawnionych do sprzedaży detalicznej leków, a wręcz przeciwnie, wyłączyło z tego katalogu podmioty nie będące aptekami ogólnodostępnymi lub punktami aptecznymi, nawet w zakresie leków, którymi obrót mogą one prowadzić³⁷. Na podstawie danych, ujawnionych na stronie internetowej Głównego Inspektora Farmaceutycznego można wysnuć wniosek, że aktualnie ponad sto aptek i punktów aptecznych prowadzi sprzedaż wysyłkową leków za pośrednictwem formularzy internetowych³⁸.

Wprowadzoną regulację należy ocenić pozytywnie przede wszystkim dlatego, że w ogóle dopuściła internetową sprzedaż produktów leczniczych, choć jedynie w zakresie leków bez recepty

²⁸ Wskazane wymagania dotyczące opakowania oraz transportu leków zostały zapewne wzorowane na treści przepisów regulujących transport leków z hurtowni farmaceutycznej, w szczególności §6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie procedur Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej (Dz.U. nr 144, poz. 1216). Warto jednak podkreślić, że wymagania dotyczące transportu z hurtowni wydają się mniej kazuistyczne, stanowiąc o obowiązku zorganizowania transportu w sposób gwarantujący m.in. zabezpieczenie przed wzajemnym skażeniem produktów leczniczych, zabezpieczenie przed zanieczyszczeniem, uszkodzeniem mechanicznym lub kradzieżą, zabezpieczenie przed szkodliwym działaniem wysokiej i niskiej temperatury, światła i wilgotności oraz innych niekorzystnych czynników, oraz temperaturę określoną przez podmiot odpowiedzialny lub w odpowiedniej farmakopei - w przypadku produktów leczniczych wymagających zapewnienia takich warunków. Omiast nie wymaga się tutaj wprost kontrolowania temperatury w czasie transportu.

²⁹ Zob. M. Ożóg, *System ...*, s. 469; M. Kondrat [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo ...*, s. 714. Według M. Kondrata nie ma jednak wymogu przewożenia leku w lodówce, chyba że dany lek wymaga utrzymania szczególnych warunków zgodnie z jego charakterystyką. Ocenę tę podziela także M. Jagielska [w:] L. Ogiegło (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 633-634). Również obserwacja obrotu pokazuje, że leki są zwykle dostarczane bez zastosowania lodówek.

³⁰ Podkreśla się, że operator usług pocztowych jako konieczne ogniwo dystrybucji leków w sposób wysyłkowy wydaje się być ogniwem najsłabszym – zob. M. Ożóg, *System ...*, s. 459.

³¹ Warto wspomnieć, że pierwszy projekt rozporządzenia, załączony do druku sejmowego nr 1152, wymagał, aby dostarczanie zamówionego leku było realizowane przez osobę upoważnioną do wydawania produktów leczniczych z apteki (a zatem farmaceutę lub technika farmaceutycznego). Alternatywnie czynność taką miała móc wykonać również jakakolwiek osoba, pod warunkiem że to pacjent zlecił jej dostarczenie produktu leczniczego.

³² Z przepis taki przewidziano natomiast w prawie czeskim, wskazując że apteka odpowiada za zachowanie jakości leku także podczas transportu, wykonywanego przez osobę trzecią (tak: § 85 ust. 2 lit b ustawy o lekach Dziennik Ustaw nr 378/2007 ze zm.). W regulaminach niektórych polskich aptek internetowych można znaleźć postanowienia wyłączające odpowiedzialność apteki za ewentualne uszkodzenia leku w trakcie transportu, np. dotyczące leków w opakowaniach szklanych – zob. przykładowo regulamin zamieszczony na stronie www.apteka.gda.pl. Wprowadzane bywają również postanowienia regulaminów, mocą których złożenie zamówienia na określony lek jest jednocześnie upoważnieniem dla apteki do zawarcia w imieniu klienta umowy z przedsiębiorcą pocztowym.

³³ Wydaje się zatem, że ten kontakt telefoniczny można ograniczyć wyłącznie do osób, które zakupiły produkt w drodze wysyłkowej.

³⁴ Tak również: M. Ożóg, *System ...*, s. 467.

³⁵ Warto wspomnieć, że w prawie słowackim na apteki prowadzące sprzedaż wysyłkową leków nałożono niezależnie od obowiązku zapewnienia kontaktu elektronicznego także obowiązek zapewnienia kontaktu elektronicznego do konsultacji dotyczących jakości oraz bezpieczeństwa, a także zgłaszania niepożądanych skutków leków, będących przedmiotem sprzedaży wysyłkowej (tak: §3 lit. k rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 25 lutego 2010 r. w sprawie szczegółowych warunków sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, Dziennik Ustaw nr 74/2010). Część aptek internetowych w Polsce udostępnia klientom oprócz możliwości kontaktu telefonicznego, także kontakt za pomocą poczty elektronicznej lub gadu-gadu – zob. przykładowo regulamin zamieszczony na stronach: www.e-medest.pl oraz www.aptekadomowa.com.

³⁶ Tak samo bowiem, jak przy zakupie osobistym leku nabywca ma prawo żądać od sprzedawcy udzielenia mu nieodpłatnie informacji o leku (jako nabywanym towarze), obowiązek ten winien dotyczyć sprzedaży realizowanej w sposób wysyłkowy; podobnie: M. Ożóg, *System ...*, s. 467.

³⁷ Na temat możliwości sprzedaży leków przez podmioty nieprowadzące aptek ani punktów aptecznych zob. szerzej M. Kondrat [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo ...*, s. 708-709.

³⁸ Można odszukać łącznie 125 podanych stron internetowych aptek oraz punktów aptecznych prowadzących sprzedaż wysyłkową z wykorzystaniem Internetu – zob. www.gif.gov.pl. Nie wszystkie jednak z tych stron działają. Natomiast dla porównania warto wskazać, że łączna liczba aptek ogólnodostępnych i punktów aptecznych w roku 2008 w Polsce wynosiła 11 731 (z czego 10 628 aptek ogólnodostępnych oraz 1103 punkty apteczne) – za: Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2009, Główny Urząd Statystyczny, Warszawa rok LXIX.

(OTC)³⁹. Co do zasady pozytywnie należy ocenić też ograniczenie kręgu podmiotów uprawnionych do prowadzenia sprzedaży leków w formie wysyłkowej jedynie do aptek i punktów aptecznych. Powinno to bowiem ułatwić zapobieganie nadużyciom w tym zakresie, w szczególności zmniejszać ryzyko prowadzenia sprzedaży leków (lub towarów określanych jako leki) przez podmioty, które nie zapewniają określonych gwarancji ani w zakresie personelu, organizacji działalności ani oferowanych produktów. Chociaż niewątpliwie bardzo niebezpieczne jest nabywanie leków z niepewnego źródła (między innymi ze względu na podróbki leków), to należy pamiętać że Internet i tak stanowi jeden z ważnych kanałów komunikacji i potencjalnego zaopatrywania się w leki i to zarówno z kraju, jak i z zagranicy. Dlatego też ważne jest, że obowiązujące przepisy pozwalają na „ucywilizowanie” zjawiska sprzedaży leków przez Internet – włączenie go w istniejące ramy prawne i objęcie rozwiązaniami systemowymi, a w konsekwencji mogą prowadzić do obniżenia cen leków i tworzenia możliwości zakupu osobom szukającym leku w Internecie. Rozporządzenie w sprawie warunków wysyłkowej sprzedaży produktów leczniczych wydawanych bez przepisu lekarza jest miejscami zbyt kazuistyczne. Pewne obawy budzi też jego słabe osadzenie w systemie przepisów prawa cywilnego, w tym dotyczących obrotu elektronicznego.

³⁹ Natomiast niedopuszczalna jest sprzedaż wysyłkowa leków recepturowych i leków aptecznych (a zatem leków sporządzanych w aptece); tak również: M. Ożóg, *System ...*, s. 460. Warto odnotować, że w Niemczech, po latach obowiązywania zakazu sprzedaży wysyłkowej leków, między innymi po konsultacjach z udziałem przedstawicieli kas chorych, przedstawicieli organizacji konsumenckich oraz przemysłu farmaceutycznego, którzy opowiedzieli się za dopuszczeniem sprzedaży leków przez Internet i pomimo oporu podmiotów prowadzących apteki i hurtownie farmaceutyczne, wprowadzono możliwość sprzedaży wysyłkowej zarówno leków wydawanych bez recepty, jak i leków na receptę (zob. szerzej: M. Podleś, *Transgraniczna sprzedaż leków a idea autonomicznego prawa Internetu* [w:] J. Gołaczyński (red.), *Kolizyjne aspekty zobowiązań elektronicznych. Materiały z konferencji*, Warszawa 2007).

DR INŻ. KAJETAN WOJSYK

NOWA INSTRUKCJA KANCELARYJNA

Instrukcja kancelaryjna to przepis regulujący jednolity sposób tworzenia, ewidencjonowania, przechowywania dokumentów, oraz ochronę przed ich uszkodzeniem, zniszczeniem lub utratą. Akt ten jest załącznikiem do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie instrukcji kancelaryjnej, jednolitych rzeczowych wykazów akt oraz instrukcji w sprawie organizacji i zakresu działania archiwów zakładowych (Dz. U 2011 Nr 14, poz.67) wydany na podstawie delegacji wynikającej z art.6 ust.2b ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach z dnia 14 lipca 1983 roku (Dz. U. z 2006 r. Nr 97, poz.673, z późn. zm.).

Rozporządzenie w tym duchu oczekiwane było już od wielu lat. Ogólnoświatowy postęp techniczny jest faktem – i systematyczna cyfryzacja informacji, która dzięki możliwości jej przetwarzania bez użycia papieru staje się łatwiej dostępna, wymusza potrzebę zmiany prawa dotyczącego w swej istocie zarządzania informacją – także w administracji.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na istotne spostrzeżenie: dokumenty powstają w wielu podmiotach, mają wieloraki charakter i postać (papierową i elektroniczną), różne formaty¹ i odmienne są też sytuacje, w których powstają, ale ostatecznie każdy dokument można zakwalifikować do jednej z dwóch grup:

- dokumentów o określonym z góry czasie przechowywania (dokumentacja niearchiwalna), które po upływie tego czasu są brakowane (niszczone),
- dokumentów przechowywanych wieczyście (materiałów archiwalnych).

O zakwalifikowaniu dokumentu do jednej z tych grup decyduje (choć nie zawsze ostatecznie) pracownik wytwarzający dokument, w oparciu o tzw. Jednolite Rzeczowe Wykazy Akt (JRWA), stanowiące załączniki do wspomnianego już rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie instrukcji kancelaryjnej, jednolitych rzeczowych wykazów akt oraz instrukcji w sprawie organizacji i zakresu działania archiwów zakładowych.

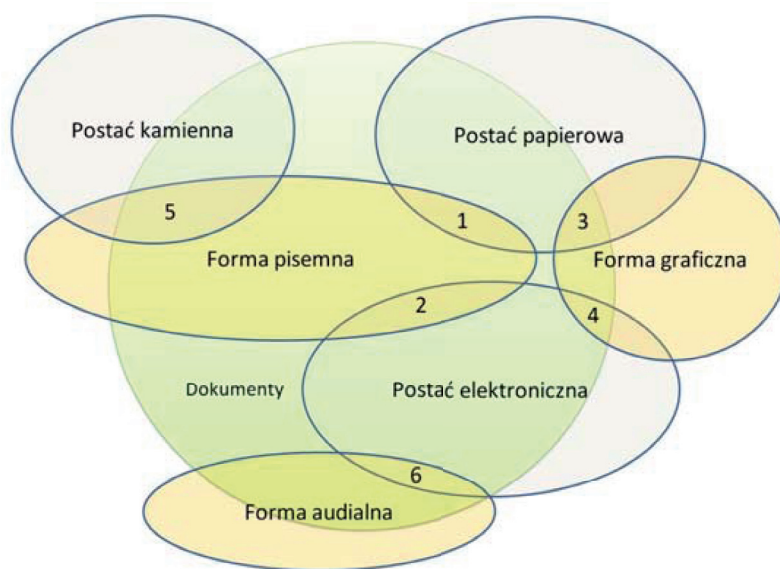
Od dnia 2010-12-31 funkcjonowały aż cztery instrukcje kancelaryjne – istniały bowiem cztery delegacje z różnych ustaw:

- Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym,
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym,
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa,
- Ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie.

Obecnie jest jedna tylko delegacja – właśnie z tzw. ustawy archiwalnej – i jedno rozporządzenie, co jest oczywistym uproszcze-

niem i przejawem porządkowania prawa. Przecież nie ma żadnych logicznie dających się uzasadnić przesłanek, by tworzyć odrębne rozporządzenia dotyczące zasad postępowania z dokumentami, które przecież, jeśli o ich formę i postać chodzi, wszędzie wymagają dokładnie takich samych czynności zapewniających uzyskanie celów, dla których tworzone były rozporządzenia.

Jednak najistotniejszą zmianą ducha nowego rozporządzenia w sprawie instrukcji kancelaryjnej itd. jest wyraźne rozdzielenie techniki postępowania z uwagi na postać dokumentów. Jest to tym ważniejsze, że do chwili obecnej brakuje słownika pojęć, które są ciągle różnie rozumiane – i o tym będzie mowa w dalszej części artykułu.



Obszary nakładania się na siebie 3 atrybutów (dokument, forma, postać), reprezentowane przez cyfry 1-6 oznaczają odpowiednio:

1. Dokument w formie pisemnej i postaci papierowej (treść wyrażona pismem na papierze, zaopatrzona w podpis własnoręczny);
2. Dokument w formie pisemnej i postaci elektronicznej (treść wyrażona pismem zwizualizowana za pomocą urządzeń elektronicznych oraz stosownego oprogramowania, zaopatrzona w podpis elektroniczny, mający tę samą fizyczną naturę);
3. Dokument w formie graficznej – zdjęcie/obraz na papierze, opisane niezbędnymi metadanymi, podpisane podpisem własnoręcznym;
4. Dokument – zdjęcie wykonane aparatem cyfrowym, w jednym z formatów graficznych, opatrzone niezbędnymi metadanymi, podpisane elektronicznie;
5. Bloki kamienne utrwalające normy prawne starożytnych społeczności;

¹ Słowo „format” ma różne znaczenie w zależności od postaci (papierowej lub elektronicznej) dokumentu.

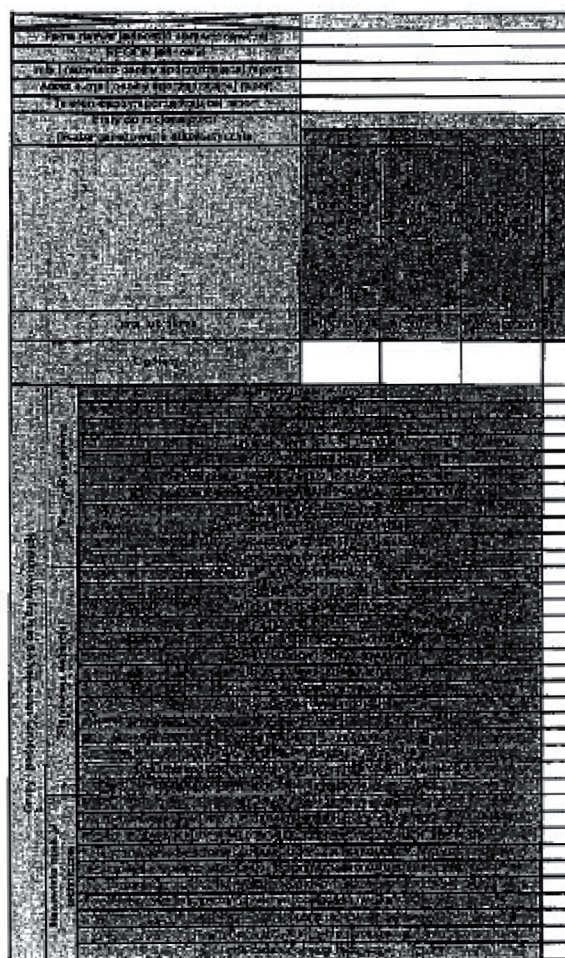
6. Nagranie dźwiękowe, zaopatrzone w niezbędne metadane, zapisane w postaci cyfrowej i podpisane elektronicznie.

Dokumenty przechowywane muszą być w odpowiednich warunkach (zob. załącznik do instrukcji archiwalnej, o której będzie dalej mowa), by nie uległy degradacji, zniszczeniu uniemożliwiającemu ich odczytanie w dalszej przyszłości. W czasach, gdy nie używano elektronicznych środków komunikacji ani dokumentów w postaci elektronicznej, oczywiste było, że **treść – pismo czy obraz istnieją w nierozdzielalnym związku z nośnikiem, na którym zostały zapisane**, więc nośnik ten musiał charakteryzować się wysoką trwałością i odpornością na mechaniczne zniszczenie.

Dzisiaj dokumenty tworzone są masowo – i z reguły **utrwalane są na papierze, który z samej swej natury jest nietrwały**; po wielu latach żółknie i kruszeje, a treść na nim zapisana – bezpowrotnie ginie wraz z nośnikiem. Czynnikiem pomagającym zachować informację (treść dokumentu) jest powielenie i zapisanie w różnych postaciach, a także odpowiednie znakowanie dokumentów. Właśnie instrukcja kancelaryjna jako taka traktuje o postępowaniu z dokumentami dla zapewnienia im (między innymi) odpowiedniej ochrony. Nie chodzi tu jednak jedynie o ochronę przed zniszczeniem, ale także o zachowanie odpowiednich relacji w odniesieniu do innych dokumentów. Jeśli nawet pewien dokument występuje samodzielnie, to i tak od jego treści zależy, do jakiej klasy zostanie przyporządkowany. A każda klasa ma przyporządkowaną odpowiednią kategorię archiwalną, wskazującą na długość okresu przechowywania dokumentu. Jeśli do tego dodamy pewien skrót – symbol, oznaczenie komórki organizacyjnej, numer sprawy w danej klasie JRWA oraz rok, w którym dokument powstał, uzyskamy spójny system znakowania. Ową spójność z jednej strony zapewnia obowiązek stosowania instrukcji kancelaryjnej i JRWA, z drugiej strony nadzór archiwów państwowych, do których ostatecznie trafiają dokumenty o kategorii archiwalnej „A” (przechowywanie wieczyste).

Dochodzimy tu do istoty nowej instrukcji kancelaryjnej, która już **w samej swej strukturze** rozdziałów uwzględnia fakt odmienności **postaci** dokumentów. Wychodząc bowiem od faktu, że różne nośniki informacji mają zupełnie **inne własności fizyczne**, wprowadza też zupełnie nową filozofię postępowania z dokumentami. Mało tego – z góry uwzględnia cały „cykl życia” dokumentu (a ściślej, informacji) – od wytworzenia i oznakowania, przez użytkowanie, do złożenia w miejscu „wiecznego spoczynku” – czyli w archiwach państwowych. Jeśli o ów „wieczny spoczynek” chodzi, to istotnie, w przypadku dokumentów papierowych może się zdarzyć, i to wcale nierzadko, że po złożeniu do archiwów dokument wprowadzicie nie zaginie, ale nigdy już nie zostanie odczytany. Co innego dokument w postaci elektronicznej – tu możliwe są jeszcze b. różne opcje.

Nowa instrukcja uwzględnia fakt, że na obecnym etapie rozwoju używane są **równolegle** nośniki papierowe i elektroniczne i, co gorsza, w tych samych podmiotach. Tworzy to stan swoistej schizofrenii, poważnego schorzenia administracji, gdyż jej pracownicy znaczną część czasu pracy trwonią na bezproduktywną acz kosztowną konwersję postaci dokumentu. Konwersja postaci to proces polegający na przenoszeniu informacji zapisanej na jakimś nośniku na inny – co do natury – nośnik. Konwersja, jak każda transformacja zachodząca fizycznie, w świecie rzeczy, a nie w rozumieniu matematycznym, wiąże się z utratą informacji.



Utrata ta może być nieistotna (np. informacja o odcieniu bieli czy gramaturze papieru na którym została zapisana informacja) lub istotna – gdy nie daje się odczytać przesłanego tekstu (obok rzeczywisty przykład przesłanej tabeli, o zaopiniowaniu której prosił przesyłający). Gdyby pokazana obok tabela została przesłana w oryginalnej postaci (elektronicznej), wtedy byłaby całkowicie czytelna – dokładnie tak, jak w miejscu wytworzenia. Konwersja postaci – z elektronicznej na papierową (wydruk tabeli wytworzonej za pomocą edytora tekstu) a następnie powtórna konwersja (skanowanie przy wysyłaniu faksem) pozbawiła przesyłkę znaczącej części informacji. Tabela, a także zawarty w niej tekst stały się po prostu całkowicie nieczytelne.

Nowa instrukcja kancelaryjna reguluje postępowanie z dokumentami w **postaci elektronicznej i papierowej**, wprowadzając pewien elementarny porządek – miejscem przyjmowania i konwersji postaci dokumentów jest generalnie kancelaria. Takie „skanalizowanie” drogi wejścia i wyjścia dokumentów ma swój sens, gdyż zapewnia możliwość wprowadzenia ładu w nieuporządkowaną dotychczas sferę przepływu informacji. Kierownik danego podmiotu, biorąc pod uwagę specyficzne uwarunkowania kierowanej przez siebie jednostki, podejmuje decyzję o wprowadzeniu systemu elektronicznego zarządzania dokumentami (EZD – o tym traktuje rozdział 2 nowej instrukcji kancelaryjnej) lub o stosowaniu tzw. systemu tradycyjnego (papierowego – o nim traktuje rozdział 3 nowej instrukcji kancelaryjnej). Co ważne, decyzja ta ma kluczowe znaczenie, gdyż od niej zależy gospodarka informacją – zachowywanie treści, dostęp do tych treści poprzez system uprawnień kontrolowanych wg ściśle określonych reguł.

W przypadku podjęcia decyzji o stosowaniu systemu elektronicznego zarządzania dokumentami, powrót do systemu papierowego jest niedopuszczalny.

Warto zwrócić uwagę na fakt, iż w dawnym, tradycyjnym rozumieniu dokument **zawsze** rozumiany był jako treść **zapisana na papierze**. Było to tak naturalne i oczywiste, że do dnia dzisiejszego używa się pojęć „na piśmie” lub też „formę pisemną” rozumie się jako oczywisty zapis na papierze. Tymczasem wprowadzenie jako nie tylko równoprawnego, ale przyszłościowego sposobu zapisu i przekazywania informacji na nośnikach elektronicznych wymaga rewizji i ponownego zdefiniowania dawniej używanych i utrwalo-nych, ale już jednak silnie zdezaktualizowanych pojęć.

Nowa instrukcja kancelaryjna wprowadza zatem także nowe pojęcia, które są wynikiem wprowadzenia do praktyki dokumentów elektronicznych i wszystkich mechanizmów, właściwych dla zarządzania takimi bytami, umożliwiającymi: tworzenie, przyjmowanie, zapisywanie, odszukiwanie i przysyłanie tzw. **naturalnych dokumentów elektronicznych**.

Konsekwencje porządku wprowadzonego przez nową instrukcję kancelaryjną są znaczące i dalekosiężne. Przede wszystkim pojawia się możliwość **bezzstratnego** przekazywania informacji i to z zapewnieniem integralności przekazu, dzięki zastosowaniu podpisu elektronicznego. Instrukcja wyraźnie mówi o możliwości stosowania dokumentów elektronicznych traktowanych pełnoprawnie, **bez potrzeby ich drukowania**. Pojawiają się także zupełnie nowe możliwości związane z: nadawaniem praw i kontrolą dostępu do dokumentów, raportowania stanu załatwiania spraw, zachowywania **oryginałów elektronicznych**. Porządek wprowadzony przez nową instrukcję kancelaryjną nie polega jedynie na rozdzieleniu dokumentów na elektroniczne i papierowe, ale także na wprowadzeniu b. istotnego *novum* – **składów chronologicznych**.

Czym jest skład chronologiczny? W myśl §2 pkt 10) skład chronologiczny to **uporządkowany zbiór dokumentacji w postaci nieelektronicznej**, w układzie wynikającym z kolejności wprowadzenia do systemu EZD, utworzony w podmiocie, w którym wprowadzono system EZD.

A więc nie teczki, segregatory, numery RWA służą do zapewnienia nad dokumentami w postaci nieelektronicznej (czyli w postaci papierowej), a naturalna kolejność wprowadzania tych dokumentów (konwersja postaci) do EZD. Naturalnie kolejny numer nadany przez EZD zostanie naniesiony na egzemplarz papierowy – czyli zaistnieje ścisłe powiązanie między papierowym dokumentem, a jego elektronicznym odwzorowaniem. Jak łatwo się domyślić, każdy **musi** zadać sobie proste pytanie: w jakim celu tworzyć dokument w środowisku elektronicznym (na komputerze wyposażonym w odpowiedni program), by potem jego treść: drukować, pakować w kopertę, opłacać transport, odpakowywać, skanować, skoro znacznie prościej, taniej i z zapewnieniem oryginalnej jakości byłoby przesłać dokument drogą elektroniczną, a przy tym – z pominięciem: drukowania, pakowania, opłacania, otwierania kopert, skanowania?

Odpowiedź jest zaskakująco prosta – połączenie niepiśmienności elektronicznej (tzn. braku możliwości/umiejętności złożenia podpisu elektronicznego) osób uprawnionych do podpisywania dokumentów wraz z niewyraźnymi, niejednoznacznymi przepisami regulującymi postępowanie z dokumentami stwarzały niekorzystne warunki tworzenia e-administracji. **Nowa instrukcja kancelaryjna zdecydowanie wskazuje drogę przemian.**

§1 ust.4 instrukcji kancelaryjnej głosi, że po wskazaniu systemu EZD jako podstawowego sposobu dokumentowania przebiegu załatwiania i rozstrzygania spraw ponowne wskazanie systemu tradycyjnego **jest niedopuszczalne**.

Jest to wyraz zdecydowanego **wskazania kierunku przemian** – również w znaczeniu przemian cywilizacyjnych, a nie tylko w sensie zmiany technologii prac biurowych. Instrukcja powinna w znaczącym stopniu wpłynąć na poprawę przetwarzania informacji także w sensie ekonomicznym. Ramy artykułu nie pozwalają na obszernie skomentowanie wszystkich pozytywów oddziaływania nowej instrukcji kancelaryjnej, jednak dokładna całościowa analiza przeprowadzona w podmiocie przygotowującym się do zmiany systemu zarządzania dokumentami (z tradycyjnego na EZD) pokazuje, że potrzeba jednoznacznego wskazania sposobu załatwiania spraw, likwidacja wszelkich niespójności czy wątpliwości co do ścieżki postępowania w konkretnej sprawie. W systemie tradycyjnym skutkowało taka sytuacja najwyżej dłuższą drogą przemierzaną przez urzędników noszących dokumenty, a w EZD – wymaga jednoznacznego zapisania. Rejestracja dokumentów, wymuszana przez system EZD, uniemożliwia w praktyce zaginięcie, „podpięcie się” dokumentów, czy też niekontrolowane ich udostępnianie.

Odrębną, aczkolwiek niewątpliwie związaną „procesem technologicznym przetwarzania informacji” z instrukcją kancelaryjną jest tzw. instrukcja archiwalna, stanowiąca załącznik nr 6 do *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie instrukcji kancelaryjnej, jednolitych rzeczowych wykazów akt oraz instrukcji w sprawie organizacji i zakresu działania archiwów zakładowych*. Tych dwóch załączników w żadnym wypadku nie można traktować rozłącznie. Mówiąc obrazowo i w pewnej przenośni, instrukcja kancelaryjna reguluje narodziny i proces życia dokumentów, a instrukcja archiwalna – ich „życie wieczne”. W tej samej konwencji „śmierć dokumentu” następuje w momencie brakowania go, niszczenia. Pozostałe załączniki do przywołanego rozporządzenia (JRWA) determinują proces „życia” dokumentu, bowiem już w momencie przyporządkowywania go do jakiejś klasy decyduje się o liczbie lat przechowywania dokumentu. Np. w przypadku dokumentów stanowiących dokumentację niearchiwalną o symbolu „BE5” lub „BE10” (co oznacza dokumentację, która po okresie przechowywania 5 lub 10 lat poddana zostanie ekspertyzie) zostanie ona w normalnym, określonym trybie brakowana, albo, z uwagi na znaczenie, okres jej przechowywania wydłuży się lub też dokona się przekwalifikowanie jej na materiały archiwalne.

Podsumowanie

Nowa instrukcja kancelaryjna otwiera zupełnie nowy rozdział w zakresie postępowania z dokumentami w praktyce administracji. Pozwala ona w pełni wykorzystać wszystkie walory informatyki, mocuje je prawnie oraz wskazuje szczegółowo sposoby postępowania zarówno z dokumentami elektronicznymi, jak i papierowymi. Co równie ważne, wskazuje, kto winien zdecydować o stosowaniu jednego z dwóch systemów zarządzania dokumentami. Instrukcja archiwalna z kolei, stanowiąc podobnie jak instrukcja kancelaryjna wspólną regulację dla postępowania z materiałami przekazywanymi do archiwów, staje się elementem spójnie zamykającym cały cykl życia dokumentów, niezależnie od tego, w jakim podmiocie i w jakiej postaci zostały wytworzone.

ORZECZENIA

ABUZYWNOŚĆ KLAUZULI O ZAPISIE NA SĄD POLUBOWNY W REGULAMINIE REJESTRACJI DOMEN NASK A SKUTECZNOŚĆ DOKONANEGO PRZEZ ABONENTA ZAPISU NA SĄD POLUBOWNY

Ani błędne pouczenie, ani też abuzywność postanowień regulaminu (NASK) nie powoduje automatycznie nieważności dobrowolnie podpisanego przez skarżącego zapisu na sąd polubowny, a jedynie – niemożność zastosowania określonych tam rygorów. Ponadto faktu rejestracji domeny nie można oceniać, abstrahując od sposobu korzystania z niej. Tak orzekł Sąd Rejonowy w Gdyni, skargę pozwanego o uchylenie orzeczenia sądu polubownego (chodziło o arbitraż w sprawie domeny swistak.pl przed Sądem Polubownym ds. Domen Internetowych, prowadzonym przy Polskiej Izbie Informatyki i Telekomunikacji). Stanowisko to podzielił w pełni Sąd Okręgowy w Gdańsku, oddalając apelację skarżącego.

O sprawie pisałem między innymi na łamach portalu NoweMedia.org.pl¹. Przypomnijmy, Swistak.pl Sp. z o.o., właściciel znanego serwisu aukcyjnego (drugiego po Allegro w Polsce²), wygrała spór o domenę swistak.pl przed Sądem Polubownym ds. Domen Internetowych przy Polskiej Izbie Informatyki i Telekomunikacji. Sąd orzekł, iż pozwany Maciej B. w wyniku rejestracji domeny swistak.pl naruszył prawa powoda Swistak.pl Sp. z o.o. i zasądził od pozwanego na rzecz powoda zwrot kosztów postępowania w kwocie 3.000 zł.

Maciej B. złożył przeciwko [Swistak PL](http://Swistak.pl) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie skargę o uchylenie wyroku Sądu Polubownego ds. Domen Internetowych przy Polskiej Izbie informatyki i Telekomunikacji z dnia 9 września 2009 r. o sygn. akt 36/09/PA zarzucając nieważność zapisu na Sąd Polubowny.

W uzasadnieniu wskazał, iż [Swistak pl. Sp. z o.o.](http://Swistak.pl) dochodziła przed Sądem Polubownym ustalenia, że skarżący w wyniku rejestracji naruszył jej prawa. Łącznie z pozwem został skarżącemu przesłany tekst zapisu na sąd polubowny wraz z pouczeniem, iż w razie niepodpisania zapisu zostanie on automatycznie wykluczony z grona abonentów NASK. Regulamin NASK stanowi część umowy, jaka wiąże abonenta domeny z NASK. Skarżący wskazał, iż regulamin taki musi w sobie zawierać zapisy zgodne z polskim prawem, tymczasem postanowienia regulaminu, stanowiące o obowiązku poddania sporu abonenta domeny z osobą trzecią sądowi polubownemu przy PIĘT, należy uznać (jego zdaniem) za nieważne w stosunku do konsumenta zgodnie z art.385 pkt.23 k.p.c.

Skarżący podkreślił przy tym, iż posiada sporną domenę jako osoba fizyczna – konsument, zaś o powyższych uregulowaniach nie wiedział, podpisując zapis na sąd polubowny. W przypadku, gdyby wiedział, że nie musi zgadzać się na poddanie sporu sądowi polubownemu, nie uczyniłby tego. W konsekwencji, zdaniem skarżącego, działał on pod wpływem błędu, a jego oświadczenie jest nieważne, gdyż uchylił się od skutków prawnych składając stosowne oświadczenie drugiej stronie.

Ponadto skarżący zarzucił, iż sąd polubowny orzekł ponad żądanie, gdyż zajmował się wykonywaniem umowy przez pozwanego, a nie tylko stwierdzeniem, czy w wyniku rejestracji domeny, naruszył prawa powoda. Zgodnie zaś z zapisem są to dwa odrębne żądania. Skarżący zakwestionował także posiłkowanie się przez sąd polubowny okolicznościami występującymi na dzień orzekania do oceny naruszenia prawa w wyniku rejestracji oraz pominięcie działań i świadomości skarżącego na chwilę rejestracji.

Sąd Rejonowy w Gdyni oddalił skargę. Podkreślił przy tym, iż ideą przewodnią wprowadzenia klauzul abuzywnych jest ochrona konsumenta przed różnymi, nie do końca uczciwymi, praktykami profesjonalnych podmiotów gospodarczych. Przy czym klauzul abuzywnych z mocy prawa nie wolno umieszczać w ogólnych warunkach umów stosowanych w obrocie z konsumentami.

Jeżeli jednak w ogólnych warunkach znajdują się to uważa się je za bezskuteczne. Nie oznacza to jednak nieważności umowy zawartej przez podmiot profesjonalny z konsumentem (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 sierpnia 2008 r., I ACa 568/08, LEX nr 499200).

Dla oceny, czy strony zgodnie z regułami określonymi w przepisach art.698 § 1 i 2 k.c. dokonały zapisu na sąd polubowny, nie mogą mieć znaczenia ani przepisy regulaminu sądu polubownego, ani przepisy statutu osoby prawnej, będącej stroną w sporze (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 3 lipca 2006 r., I ACa 46/06, lex nr 278461). Z powyższego wynika zatem, iż ani błędne pouczenie, ani też abuzywność postanowień regulaminu nie powoduje automatycznie nieważności dobrowolnie podpisanego przez skarżącego zapisu na sąd polubowny, a jedynie niemożność zastosowania określonych tam rygorów.

Skarżący powoływał się przy tym na błąd. Przepis art.84 k.c. stanowi, że w razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego świadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć.

W ocenie Sądu nie można uznać pouczenia zawartego w regulaminie NASK za wprowadzające w błąd, gdyż informowało ono tylko o rzeczywistej treści regulaminu i określonego w nim skutku braku zgody na sąd polubowny. Pozwany po otrzymaniu z Sądu Polubownego ds. Domen Internetowych informacji o zamiarze wszczęcia postępowania arbitrażowego mógł odmówić podpisania

¹ Zobacz: www.nowemedia.org.pl/swistak.php

² m. in. na podstawie <http://aukcjostat.pl>

zapisu na sąd polubowny. Nic nie stało też na przeszkodzie, aby pozwany zasięgnął porady profesjonalisty. Sąd stanął na stanowisku, iż trudno mówić w tej sytuacji o błędzie, lecz o nieznanomości prawa, powód zapis na sąd polubowny podpisał dobrowolnie i bez przymusu.

Ponadto w ocenie Sądu pozwany Maciej B. nie wykazał, w jakiej dacie złożył oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia woli polegającego na wraźemu zgody na poddanie rozstrzygnięcia sporu przez sąd polubowny. Ta okoliczność nie była podnoszona w odpowiedzi na pozew złożonej w Sądzie Polubownym, a pozwany powołał się na nią dopiero w toku niniejszego procesu. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art.84 k.c., jeżeli oświadczenie woli było złożone innej osobie, to uchylenie się od skutków oświadczenia jest wtedy dopuszczalne, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć. W niniejszej sprawie pozwany Maciej B. nie wykazał, aby zostały spełnione ustawowe przesłanki przewidziane w tym przepisie.

W odniesieniu do zarzutu przekroczenia granic czy też orzekania ponad żądanie przez sąd polubowny to sąd zważył, iż jest on niezasadny. Po pierwsze sąd rejonowy podniósł, iż Sąd polubowny w sentencji swojego orzeczenia wskazał jedynie, że pozwany Maciej B. w wyniku rejestracji domeny swistak.pl naruszył prawa powoda Swistak.pl Sp. z o.o., nie zaś na skutek jej wykonywania. Okoliczność nawet niepoprawnego uzasadnienia orzeczenia nie skutkuje automatycznie wadliwością rozstrzygnięcia.

Ponadto, zdaniem Sądu Rejonowego w Gdyni, niewątpliwie z rejestracją domeny internetowej nierozzerwalnie wiąże się fakt korzystania z niej, jako element następczy i **nie jest możliwe rozdzielenie obu tych zagadnień w taki sposób, jak dokonuje tego skarżący.**

Trzeba przy tym jeszcze raz podkreślić, że sentencja wyroku Sądu Polubownego ds. Domen Internetowych z dnia 9 września 2009 roku odnosi się wyłącznie do naruszenia prawa powoda w wyniku rejestracji domeny swistak.pl. Natomiast od chwili ogłoszenia sentencji sąd jest związany wydanym wyrokiem (art.332§1 k.p.c.).

Przepis art.328§2 k.p.c. określa, co powinno zawierać uzasadnienie orzeczenia, ale nie można go rozumieć tak, że niepoprawnie sporządzone uzasadnienie w prosty sposób przekłada się na wadliwość rozstrzygnięcia (wyrok SN z dnia 22.05.2003 r. II CKN 121/01 LEX nr 137611). Wnikliwa analiza merytorycznego uzasadnienia rozstrzygnięcia sądu polubownego, wykracza poza ramy postępowania wszczętego na skutek skargi, o której mowa w art.1205 i nast. k.p.c. W orzecznictwie wyrażany jest bowiem pogląd, że rozstrzygnięcia sądu arbitrażowego są wiążące, a sąd powszechny (poza ustawowo wskazanymi wyjątkami) nie ma prawa do merytorycznego rozpatrzenia sprawy zakończonej orzeczeniem sądu polubownego (wyrok SN z dnia 11.05.2007 r. III CSK 82/07 M. Prawn.2007/11/586 oraz wyrok sN z dnia 11.05.2007 r. I CSK 82/07 OSNC 2008/6/64).

Sąd Rejonowy wskazał również, iż dalsza analiza przedmiotowego zagadnienia jest niedopuszczalna w przedmiotowym postępowaniu, albowiem sąd powszechny nie jest władny do kontrolowania, czy ocena dokonana przez sąd polubowny jest prawidłowa. Merytoryczne badanie orzeczenia sądu polubownego przez sąd powszechny, zgodnie z wyrokiem Sądu najwyższego z dnia 7 stycznia 2009 r. (II CSK 397/08, lex nr 523608), ogranicza się do oceny, czy zapadły wyrok nie narusza zasad praworządności. Chodzi o takie naruszenia przepisów prawa materialnego, które prowadzą do pogwałcenia zasad państwa prawa (praworządności), a zapadły wyrok arbitrażowy narusza naczelne zasady prawne, obowiązujące w Rzeczypospolitej Polskiej, godzi w obowiązujący porządek prawny, czyli narusza pryncypia ustrojowo-polityczne i społeczno-gospodarcze. Tymczasem sąd orzekający nie dopatrzył się, aby jakakolwiek z tych przesłanek zachodziła w niniejszej sprawie.

Skarżący wniósł apelację od powyższego rozstrzygnięcia Sądu Rejonowego w Gdyni, powtarzając jedynie argumentację zawartą w skardze. Sąd Okręgowy w Gdańsku oddalił apelację całkowicie popierając rozstrzygnięcie i argumentację sądu I instancji.

RECENZJE

JOANNA KULESZA ODPOWIEDŹ NA RECENZJĘ DRA ADAMA HARĘŻY KSIĄŻKI PT. „IUS INTERNET”

Z dużym zainteresowaniem przeczytałam recenzję mojej książki „Ius internet” autorstwa Pana Doktora Adama Haręży opublikowaną w Prawie Mediów Elektronicznych (2/2010, s.72 i n.). Po jej lekturze czuję się zobligowana zaradzić wyrażanej w treści recenzji konfuzji Szanownego Recenzenta, dotyczącej proponowanej przeze mnie koncepcji *ius internet*.

Słowo „*ius*”, użyte w tytule opracowania zamiast jego polskiego odpowiednika „prawa zwyczajowego”, znalazło się tam nieprzypadkowo. Jak słusznie zdekodował to właśnie kluczowe słowo Recenzent, mowa tu o normach nie ustanowionych wolą krajowego suwerena, ale tych regułach, które wypracowała sama rządzona przez niego społeczność i to w wyniku jej praktyki urosły one do roli prawa. W rzymskiej koncepcji „*ius gentium*”, stanowiącej punkt wyjścia dla czynionych rozważań, rola suwerena sprowadzała się do zidentyfikowania treści reguł, którymi posługiwali się jego podwładni i nadania im roli prawa pozytywnego¹.

Jest to konstrukcja inna niż znana współczesnemu prawu międzynarodowemu publicznemu idea prawa zwyczajowego, które nie dysponuje „ustawodawcą” i odwołuje się nie do praktyki obywateli, ale władz państwowych (w tym także decyzji krajowej władzy sądowniczej). Na poziomie regulacji cyberprzestrzeni nie sposób bowiem wskazać konsekwentnie ani istnienia *usus* – powszechnej praktyki państw, demonstrowanej poprzez działania ich władz (być może poza nielicznymi decyzjami sądów, rozstrzygających o skuteczności licencji CC², ale te – jak słusznie podnosi recenzent – są dość mocno³ osadzone w pozytywnym prawie autorskim). Nie można także wykazać istnienia towarzyszącemu tej praktyce przekonaniu o istniejącym obiektywnie międzynarodowym obowiązku takiego właśnie zachowania (*opinio iuris*). Źródłowy termin *ius gentium* nie jest także tożsamy z istniejącą koncepcją międzynarodowej kurtuazji, która wymaga co prawda określonego zachowania (znów: przedstawicieli władz krajowych), ale nie przypisuje zachowaniu odmiennemu sankcji. Niecelowe jest zatem przytaczanie przez Recenzenta opisanych w *Encyklopedii prawa* definicji zwyczaju międzynarodowego i międzynarodowego prawa zwyczajowego, żadna z nich nie znajdzie tu bowiem zastosowania. Użyte w toku opracowania pojęcie „zwyczajowego prawa Internetu” odczytywane powinno być w swoim właściwym kontekście – jako odwołanie do idei rzymskiego prawa zwyczajowego – *ius gentium*, łączącego różnorodne społeczności w oparciu o wypracowane przez nie reguły, podnoszone przez suwerena do rangi krajowego prawa pozytywnego.

Cytowane przez Recenzenta fragmenty opracowania, tworzące poszczególne elementy proponowanej koncepcji, jako że wyjęte zostały z kontekstu, faktycznie mogą budzić konfuzję. Pozostawione jednak w swoim miejscu czynionego wywodu pozwolą utworzyć spójną i – śmiem twierdzić, nie pozbawioną waloru naukowego – koncepcję rodzącego się specyficznego „zwyczajowego prawa Internetu”. Jej punktem wyjścia jest zbiór norm etycznych – reguł zachowania wspólnych wszystkim internautom. W chwili obecnej możliwe jest zarysowanie szkicu takiego zbioru reguł poprzez odniesienie do kilku istniejących, dostatecznie wykształconych, cyberspołeczności i odnalezienie reguł dla nich wspólnych⁴. Zdekodowanie tych reguł i nadanie im – w dalszej perspektywie – charakteru prawa, pozwoli na stworzenie racjonalnego i egzekwowalnego (przy wykorzystaniu m.in. kodu komputerowego) systemu prawnego⁵. Kolejnym krokiem, po zdekodowaniu norm etycznych, wspólnych internautom (a więc cyberspołecznościom) i podniesieniu ich do rangi prawa, będzie ujęcie ich w dokumencie międzynarodowym – Ramowej Konwencji Internetu⁶.

Ciekawym przykładem, który pozwala optymistycznie rokować takiemu biegowi wydarzeń jest kazus licencji Creative Commons. Stanowią one, mimo krytyki, działającą alternatywę dla niewydolności prawa autorskiego i przyjęte zostały jednocześnie przez wiele cyberspołeczności⁷. Z jednej strony uwzględniają wolę twórców, którzy chcą swobodnie dzielić się swoimi utworami, z drugiej zaś mogą być sankcjonowane w oparciu o istniejące przepisy prawa. Wyjątkowość tego rozwiązania polega na wykorzystaniu istniejącej już formuły prawnej – prawa autorskiego. Trzeba jednak odnotować, że nie każdy obszar istniejącej regulacji prawnej cechuje takie ujednolicenie w skali międzynarodowej, jak oparte o konwencję berneńską prawo autorskie. Jednocześnie sama czyniona tu pozytywna ocena licencji CC wynika z wciąż nielicznych decyzji sądowych, stanowiących namiastkę uznania przez krajowych suwerenów praktyki rządzonej za prawo. Niemniej jednak to właśnie „*ius internet*” w praktyce.

¹ Por. J. Kulesza, *Ius Internet*, Warszawa 2010, s. 248.

² Por. J. Kulesza, *Ius Internet...*, s. 151 i n.

³ Co nie przeszkadza w kwestionowaniu ich skuteczności, np. w polskim porządku prawnym. Por. J. Kulesza, *Ius Internet...*, s. 148 i n.

⁴ Por. J. Kulesza, *Ius Internet...*, s. 250.

⁵ Tamże.

⁶ Por. J. Kulesza, *Ius Internet...*, s. 237, ale także nie omówione w książce społeczności zgromadzone wokół takich serwisów społecznościowych jak Flickr.

⁷ Jak choćby Wikipedia, Por. J. Kulesza, *Ius Internet...*, s. 69.

RECENZJE

Uwagi poczynione odnośnie dawnego art.3 ust.4 pozostają w mocy także wobec znowelizowanego art.3a ust.1, bowiem powtórzono w nim treść dawnego art.3 ust.4. W świetle choćby niedawnej praktyki polskich sądów⁸, zakres opisanego tam wyłączenia nie jest jasny. Wciąż nie jest jednoznacznie określona sytuacja osób fizycznych, które nie przetwarzają danych osobowych ani „w związku z działalnością zarobkową, zawodową lub dla realizacji celów statutowych”⁹ ani w celach osobistych lub domowych¹⁰.

Ius internet to zaproszenie do dyskusji raczej niż koncepcja skończona – cieszy więc jej autorkę, że w ocenie Recenzenta wpisała się w polski nurt debaty nad społeczeństwem informacyjnym.

⁸ Głośna sprawa tzw. listy gejów i lesbijek, opublikowanej w Internecie przez Wojciecha Wierzejskiego, uznana w 2008 r. przez Sąd Okręgowy w Warszawie za zbiór danych osobowych o charakterze prywatnym i jako taki niepodlegająca wymogom ustawy. Por.: Sąd: Wierzejski o gejach prywatnie, *Gazeta Wyborcza* z 23 sierpnia 2008, dostępne pod: http://wyborcza.pl/1,76842,5619600,Sad_Wierzejski_o_gejach_prywatnie.html.

⁹ Art. 3 ust. 2 pkt. 2 uodo.

¹⁰ Art. 3a ust. 1. Por. M. Grott, *Ochrona danych osobowych przez użytkowników serwisów społecznościowych*, *Kwartalnik Prawa Publicznego*, nr 3-4/2009, s. 184.

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