

Redakcja Kwartalnika Naukowego Prawo Mediów Elektronicznych

Redaktor naczelny: prof. dr hab. *Jacek Gołaczyński*, UWr

Sekretarz Redakcji: dr *Aleksandra Klich*, USz

Członek Redakcji: dr *Krzysztof Garstka*, Uniwersytet w Cambridge

Członkowie rady programowej:

Przewodniczący: dr hab. *Wojciech Wiewiórowski* (UG, Europejski Inspektor Ochrony Danych)

Członkowie:

r.pr. *Włodzimierz Chróścik*

adw. *Rafał Dębowski*

dr hab. *Sviatlana Fursa*, prof. nauk prawnych Kijowskiego Narodowego Uniwersytetu im. Tarasa Szewczenki

dr hab. prof. *Marlena Jankowska*, prof. nadzw. UŚ

adw. *Xawery Konarski*

prof. Avv. *Michele Angelo Lupoi*, Uniwersytet Boloński

prof. dr hab. *Jacek Mazurkiewicz*, UZ

prof. dr hab. *Radim Polcak*, Uniwersytet w Brnie

dr hab. *Grzegorz Sibiga*, INP PAN

dr hab. *Piotr Stec*, prof. nadzw. UO

dr hab. *Dariusz Szostek*, prof. nadzw. UO

prof. dr hab. *Grażyna Szpor*, UKSW

prof. dr hab. *Andreas Wiebe*, Uniwersytet w Getyndze

Recenzenci:

dr hab. *Andrzej Adamski*, prof. nadzw. UMK

prof. *Zsolt Balogh*, Uniwersytet Corvinus Budapeszt

prof. dr hab. *Sławomir Cieślak*, UŁ

dr hab. *Kinga Flaga-Gieruszyńska*, prof. nadzw. USz

prof. dr hab. *Jacek Górecki*, UŚ

prof. em. dr *Wolfgang Kilian*, University of Hannover

prof. hab. dr *Vytautas Nekrošius*, Uniwersytet Wileński

dr hab. *Marek Świerczyński*, prof. nadzw. UKSW

prof. *Richard Warner* Ph.D, Chicago – Kent College of Law

Adres redakcji:

Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii,

Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych

Komunikacji Elektronicznej

ul. Uniwersytecka 22/26, 51-145 Wrocław

e-mail: pme@beck.pl



C.H.BECK

Wydawca:

Wydawnictwo C.H. Beck

ul. Bonifraterska 17

00-203 Warszawa

tel.: 22 33 77 600

www.czasopisma.beck.pl

Nakład: 250 egz.

Spis treści

Digitalisierte Informationen im Rahmen einer IT-anknüpfungsfähigen Juristischen Methodenlehre <i>Wolfgang Kilian</i>	4
Wybrane zagadnienia prawno-regulacyjne dla walut cyfrowych banków centralnych (CBDC) w ujęciu krajowym i międzynarodowym <i>dr Michał Nowakowski</i>	9
<i>New Competition Tool</i> – (utracona) szansa na rozwiązanie algorytmicznych problemów prawa konkurencji <i>Filip Wiaderek</i>	25
Dziedziczenie treści cyfrowych na podstawie regulaminu portalu społecznościowego Facebook <i>Hanna Wencel</i>	30

Contents

Digitalisierte Informationen im Rahmen einer IT-anknüpfungsfähigen Juristischen Methodenlehre <i>Wolfgang Kilian</i>	4
Selected legal and regulatory issues for central bank digital currencies (CBDCs) from a national and international perspective <i>Michał Nowakowski PhD</i>	9
<i>New Competition Tool</i> – (lost) chance to solve algorithmic problems of competition law <i>Filip Wiaderek</i>	25
Inheriting digital assets based on the Terms of Service of Facebook social network <i>Hanna Wencel</i>	30

Szanowni Państwo,

z przyjemnością przedstawiam czwarty w 2021 r. numer kwartalnika naukowego Prawo Mediów Elektronicznych. Tradycyjnie został on poświęcony problematyce prawnej związanej z prawem nowych technologii. W bieżącym numerze znajdziecie Państwo artykuły dotyczące Informacji cyfrowych w ramach metodologii prawnej opartej na technologii informacyjnej, autorstwa *Wolfganga Kiliانا*, zagadnieniom prawno-regulacyjnym dla walut cyfrowych banków centralnych, autorstwa Michała Nowakowskiego, dziedziczenia treści cyfrowych w wypowiedzi Hanny Wencel. Numer czasopisma kończy publikacja *Filipa Wiaderka* o algorytmicznych problemach w prawie konkurencji.

Zapraszam do publikacji w ramach Prawa Mediów Elektronicznych oraz do kontaktu z nami pod adresem: pme@beck.pl.

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

Digitalisierte Informationen im Rahmen einer IT-anknüpfungsfähigen Juristischen Methodenlehre¹

Wolfgang Kilian²

Das Ziel dieser Studie ist die Digitalisierung von Informationen im Rahmen einer IT-anknüpfungsfähigen Juristischen Methodenlehre. Die Rechtsinformatik könnte als Subdisziplin der AI-Forschung im Rahmen einer informationell orientierten juristischen Methodenlehre und Rechtstheorie weiterentwickelt werden. Dafür wären die einzelnen Phasen des juristischen Entscheidungsprozesses zu analysieren und die Schnittstellen für eine computergestützte Informationsverarbeitung zu definieren. Gleichwohl bleibt zu betonen, dass es auch mit noch so intelligenten Computerprogrammen nicht möglich sein wird, eine nicht triviale juristische Entscheidung vollautomatisch zu treffen. Ob eine programmgesteuerte juristische Entscheidung „richtig“ ist, lässt sich nur im Hinblick auf das konkrete formal-rationale Informationsgewinnungs- und Verarbeitungsverfahren feststellen, nicht im Hinblick auf die Frage, ob die Entscheidung fair, nichtdiskriminierend oder gerecht ist. Es gibt menschliche Eigenschaften, die nicht durch einen Computer ersetzt werden können.

Einleitende Bemerkungen

Rechtswissenschaftliche Denk- und Entscheidungsprozesse verlaufen nach der traditionellen Juristischen Methodenlehre hermeneutisch³. Die juristischen Auslegungsmethoden dienen weniger der Rechtsgewinnung als der Rechtfertigung von Ergebnissen. Es ist bekannt, dass bei Anwendung einer juristischen Auslegungsmethode (Wortlaut; historische Interpretation; Sinn und Zweck; Verfassungskonformität), die alle als gleichwertig gelten, unterschiedliche Ergebnisse auf der Grundlage desselben Sachverhalts und derselben Rechtsnorm erzielt werden können. Unterstellt man das Vorhandensein einer grundsätzlich gleichen Fachkompetenz der Richter auch in der Hierarchie der Gerichte, dann ist zu vermuten, dass die Divergenzen auf Abweichungen in der Art der Informationsgewinnung und Informationsbewertung beruhen.

Computer und Recht

Schon seit Beginn der Computerisierung Anfang der 1970er Jahre kam im Rahmen der allgemeinen Diskussion über die „Datenverarbeitung im Recht“ die Frage auf, wie man Computer als Hilfsmittel für juristische Entscheidungsprozesse nutzen könnte und welche Implikate damit verbunden wären. Die technischen Aspekte trafen mit der generellen Kritik an der juristischen Dogmatik⁴, der Kritik an der juristischen Methodik⁵, der Diskussion um eine neue Juristenausbildung⁶, der Forderung nach einer politisch aufklärten Rechtswissenschaft⁷ und der Forderung nach der Einbeziehung von „Nachbarwissenschaften“⁸ zusammen.

Die traditionelle Rechtstheorie, deren Bestandteil die Methodenlehre ist, war auf diese kritischen Aspekte nicht vorbereitet. Sie hielt an der Illusion der „Richtigkeit“ von Entscheidungen als Ergebnis einer Subsumtion bei Anwendung

der Aristotelischen Logik („Justizsyllogismus“) fest. Diese ist mit der formalen (mathematischen Logik), die der elektronischen Datenverarbeitung zu Grunde liegt, nicht identisch⁹. So kam es, dass sich die „Rechtsinformatik“ als eine angewandte Informatik¹⁰ von der Rechtstheorie abgespalte und als eigene Disziplin emanzipierte. Sie stieß auf reges Interesse vor allem bei jüngeren Rechtswissenschaftlern. Parallelentwicklungen in anderen europäischen Staaten sowie in Nord- und Südamerika¹¹ waren und sind zu beobachten. Die später zur Anerkennung gelangte Definition der Rechtsinformatik als „Wissenschaft von den Voraussetzungen, Anwendungen und Folgen der Informationstechnologie im Recht“¹² macht

¹ Fundstelle: J. Pohle, K. Lenk (Hrsg.), Der Weg in die „Digitalisierung“ der Gesellschaft. Was können wir aus der Geschichte der Informatik lernen?, Marburg 2021, S. 303–314.

² Prof. em. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Kilian, Gründer (1983) und Leiter (bis 2007) des Instituts für Rechtsinformatik der Leibniz-Universität Hannover; Gründungspräsident der Gesellschaft für Rechts- und Verwaltungsinformatik (GRVI; heute: DGRI); Gastprofessor an der Universität Wrocław/Breslau (seit 1999); Schwerpunkte: Zivilrecht; Wirtschaftsrecht; Rechtstheorie; Rechtsinformatik. ORCID: 0000-0001-5812-5736.

³ K. Engisch, „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Sachverhalt und Norm“ – Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl., Heidelberg 1960, S. 15.

⁴ B. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung; zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 8. Aufl., Tübingen 2017, *passim*.

⁵ J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1970, *passim*.

⁶ § 5 a Deutsches Richtergesetz – Experimentierklausel für die Einstufige Juristenausbildung (wieder aufgehoben).

⁷ R. Wiethölter, Rechtswissenschaft, Funk-Kolleg Recht, Frankfurt am Main–Hamburg.

⁸ D. Grimm (Hg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Band 1, Frankfurt am Main 1973, *passim*.

⁹ W. Kilian, Mathematische Logik und Recht, Der Betrieb (DB), 1971, Nr 6, S. 273–277.

¹⁰ Steinmüller führte an der Universität Regensburg im Jahre 1970 die erste Lehrveranstaltung zur Rechtsinformatik durch.

¹¹ H. W. Baade (Hg.) Jurimetrics. Law and Contemporary Problems 1963, S. 28(1).

¹² W. Kilian, Warum Rechtsinformatik?, Computer & Recht (CR), 2021, Nr 17(2), S. 132–135.

die drei Säulen der Rechtsinformatik als umfassenderen Anspruch deutlich. Alle „Säulen“ (Bereiche) wurden anfangs zum Gegenstand der Forschung gemacht und nicht – wie heute weit vorherrschend – auf die dritte „Säule“ (juristische Folgen der IT-Entwicklung: „Informationsrecht“; „IT-Recht“; „Computerrecht“) reduziert.

Schon seit Beginn der „nichtnumerischen“ Datenverarbeitung Anfang der 1970er Jahre ist versucht worden, die Transparenz und Rationalität juristischer Entscheidungen mit Hilfe von Computern zu erhöhen. Auf der Grundlage der Allgemeinen Wissenschaftstheorie¹³ und der Arbeitsweise des Computers stand die Entwicklung formallogischer Kalküle für juristische Subsumtionsprozesse im Vordergrund. In Deutschland zeugen die Arbeiten von Klug¹⁴, Rödig¹⁵, Podlech¹⁶, Fiedler¹⁷, Suhr¹⁸, Popp und Schlink¹⁹, Haft und Müller-Krumbhaar²⁰ oder Gordon²¹ von diesem Ansatz. Aber auch Luhmann²² thematisierte die Programmierung von juristischen Entscheidungen und das Problem der Flexibilität. Im Ausland ist vor allem der Rechtstheoretiker Thorne McCarty mit seinem AI-Computerprogramm „Taxman“ hervorgetreten (1977). „Artificial Intelligence“ war also bereits vor mehr als 40 Jahren ein Thema in der Rechtswissenschaft.

Diese Bemühungen versandeten in Deutschland weitgehend in den frühen 1980er Jahren aus folgenden Gründen:

- Erkenntnis, dass die Art und Weise der traditionellen „Subsumtion“ nicht einfach durch formale (mathematische) Logik zu ersetzen ist.
- Erkenntnis, dass die juristische Fachsprache unpräzise ist und dass die Semiotik der juristischen Fachsprache nicht auf der Ebene der Logik (Grammatik), sondern auf der Ebene der Semantik und der Pragmatik die größte Bedeutung für Entscheidungsprozesse besitzt.
- Einsicht, dass sowohl Folgenerwägungen als auch Rückkopplungen bei juristischen Entscheidungen Beachtung finden müssen (Kybernetik).
- Einsicht, dass das subjektive Vorverständnis des juristischen Entscheiders Einfluss auf das Ergebnis hat²³.
- Erkenntnis, dass der Stand der Technik unzureichend ist (Mangel an Speicherplatz für Informationen; Mangel an leistungsfähiger Software für die Verarbeitung von Informationen; Beschränkungen im Zugang zu und in der Übermittlung von Informationen).

Zudem wurde die Grundlagenforschung finanziell beschnitten²⁴, Forschungsinitiativen behindert²⁵ und Professorenstellen an Juristischen Fakultäten weiterhin nur für die klassischen juristischen Fächer gewidmet. Entsprechend erlahmte das Spezialisierungsinteresse sowie das Interesse an der Forschung über die Möglichkeiten der Computernutzung im Recht.

Digitalisierungsschub in der Informationsgesellschaft

Mit den gegenwärtigen staatlich geförderten Digitalisierungsinitiativen und der Computeraffinität junger Juristen kommt wieder Bewegung in die Rechtsinformatik im ursprünglichen Sinne. Anders als früher stehen heute geeignete Hard- und Software, digitalisierte Informationsquellen, juristische Datenbanken und leistungsfähige Datenübertragungsnetze zur Verfügung. Unverändert geblieben ist aber bis heute die traditionelle juristische Methodenlehre.

Automatisierungen auf der Ebene der Rechtsnormen

Wenn man mit Luhmann (1968b: 68ff., 1969: 130) die Struktur von Rechtsnormen entweder als „Konditionalprogramme“ (wenn-dann-Charakter) oder als „Zweckprogramme“ (zielorientierte Normen) unterscheidet, dann eignen sich insbesondere die Zweckprogramme, die im Wirtschaftsrecht

¹³ H. Albert, Plädoyer für kritischen Rationalismus, München 1971, *passim*; K. Popper, Logik der Forschung, 3. Aufl., Tübingen 1969, *passim*; W. Stegmüller, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. 1, Berlin 1969, *passim*.

¹⁴ U. Klug, Juristische Logik, 3. Aufl., Berlin 1966, *passim*.

¹⁵ J. Rödig, Axiomatisierbarkeit juristischer Systeme, Datenverarbeitung im Recht (DVR) 1972, Nr 1(2/3), s. 170–208.

¹⁶ A. Podlech, Wertungen und Werte im Recht, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1970, Nr 95, s. 185–223.

¹⁷ H. Fiedler, Automatisierung im Recht und juristische Informatik, Juristische Schulung (JuS) 1970, s. 71.

¹⁸ D. Suhr, DISUM: Konzept eines dialogischen Subsumtionshilfeprogramms höheren Abstraktionsgrades, [in:] D. Suhr (Hg.), Computer als juristischer Gesprächspartner. Arbeitspapiere Rechtsinformatik, H. 2, Berlin 1970, s. 21–46.

¹⁹ W.G. Popp, B. Schlink, JUDITH. Konzept und Simulation eines dialogischen Subsumtionshilfeprogramms mittleren Abstraktionsgrades, [in:] D. Suhr, (Hg.), Computer als juristischer Gesprächspartner. Arbeitspapiere Rechtsinformatik, H. 2, Berlin 1970.

²⁰ F. Haft, H. Müller-Krumbhaar, SEDOC – ein Verfahrensvorschlag zur Erschließung juristischer Literatur mit Computern, Juristische Arbeitsblätter (JA) 1970, Nr 2, s. 566–577.

²¹ T.F. Gordon, The Role of Exceptions in Models of the Law, [in:] R. Fiedler, H. Trauttmüller (Hg.), Formalisierung im Recht und Ansätze juristischer Expertensysteme, München 1986, s. 52–59.

²² N. Luhmann, Die Programmierung von Entscheidungen und das Problem der Flexibilität, [in:] R. Mayntz (Hg.), Bürokratische Organisation, Köln–Berlin 1968a, s. 324–341; N. Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität, Frankfurt am Main, s. 68 ff.

²³ J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1970, *passim*; B. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 8. Aufl., Tübingen 2017, *passim*.

²⁴ Etwa die Auflösung der Gesellschaft für Mathematik und Datenverarbeitung (GMD) in Birlinghoven (einschließlich der Forschungsstelle für Juristische Informatik und Automation von Prof. Fiedler).

²⁵ So das Scheitern des Antrags für Stiftungsprofessuren der Volkswagenstiftung 1979 (W. Steinmüller, Informationstechnologie und Gesellschaft: Einführung in die angewandte Informatik. Darmstadt 1993, s. 741 Fn. 534) oder die Nichtberücksichtigung der Rechtsinformatik bei den DFG-Fächern im Fachkollegium 113.

vorherrschen²⁶, für datengetriebene optimierende Entscheidungsverfahren. Lernende Algorithmen könnten aufgrund ihrer Variablen Informationen zweckgerichtet sammeln und verarbeiten und einen Ergebnisvorschlag machen. Voraussetzung für die Berücksichtigung der Simulationsergebnisse als Dateninput wäre die Definition von Schnittstellen im Entscheidungsprozess. Ein Richter, der die Bewertung eines Simulationsergebnisses vornehmen müsste, bliebe „Actuator“ im Sinne der Definition der EU High-Level Expert Group on Artificial Intelligence²⁷.

Bei Konditionalprogrammen, wie sie etwa im Strafrecht vorherrschen²⁸, steht auf der Rechtsanwendungsseite informationell die Semantik der Gesetzesformulierung und die Strafzumessung im Blickpunkt. Hier können Datenbanken beispielsweise Informationen über die bisherigen Interpretationen von „Fahrlässigkeit“ liefern. Es ließen sich auch Simulationsprogramme für die Strafzumessung auf der Grundlage entsprechender Informationen aus bisherigen Strafurteilen entwickeln. „Neue“, also in bisherigen Strafurteilen nicht verwendete Kriterien zur Interpretation von „Fahrlässigkeit“ lassen sich allerdings auch mit einem noch so „intelligenten“ Computerprogramm nicht generieren. Dafür sind zunächst juristische Bewertungsakte erforderlich²⁹. Die Ergebnisse dieser Bewertungsakte könnten dann künftig als zusätzliche Informationen bei der Interpretation des Terminus „Fahrlässigkeit“ berücksichtigt werden.

Eine automatische Umsetzung der Feststellung, dass in einem konkreten Fall „Fahrlässigkeit“ vorliegt, oder etwa eine automatische Umsetzung einer algorithmisch erzeugten Strafzumessung, ist rechtlich und ethisch abzulehnen. Wie bei Ergebnissen der Anwendung medizinischer Expertensysteme für diagnostische oder therapeutische Zwecke oder wie bei der Ermittlung des Scorewertes zur Beurteilung der Kreditfähigkeit eines Verbrauchers ist eine vollautomatische Entscheidung, die einer Person rechtliche oder physische Nachteile bringen kann, grundsätzlich unzulässig³⁰.

Das Problem vager Rechtsbegriffe

Sowohl bei Konditionalprogrammen als auch bei Zweckprogrammen verwendet der Gesetzgeber ein Kontinuum von sehr speziellen, gut definierten Rechtsbegriffen bis hin zu Generalklauseln und bewusst vagen Formelkompromissen. Je abstrakter die gesetzlichen Formulierungen ausfallen, um so weniger bieten informationelle Hilffssysteme Vorteile.

Dafür ein Beispiel: In einem Prozess vor dem Oberlandesgericht Frankfurt ging es im Jahre 1969 um die Frage, unter welchen Umständen ein Drogist Schadenersatz für Umsatzeinbußen wegen des Baues der U-Bahn vor seinem Geschäftslokal verlangen kann. Ein solcher Schadenersatzanspruch kommt nur in Frage, wenn ein Bürger ein „Sonderopfer“

zugunsten der Allgemeinheit erbringen muss. Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch besteht bis heute nicht, der Anspruch wird aber auf Gewohnheitsrecht oder auf den Schutz des Eigentums (Art. 14 GG; enteignungsgleicher Eingriff) gestützt.

Frühere Gerichtsentscheidungen über die Kompensation für Sonderopfer beim U-Bahnbau, an die man hatte anknüpfen können, gab es nicht. Es war aber allen beteiligten Richtern von vornherein klar, dass die Zuerkennung einer hohen Entschädigungssumme den U-Bahnbau unmöglich machen und in naher Zukunft zu einem Zusammenbruch des Verkehrs in der Frankfurter Innenstadt führen würde. Deshalb suchten die Richter nach Kriterien, die zu einem für die Stadt und die Betroffenen tragbaren und angemessenen Schadensausgleich führen sollten. Für die Festlegung einer Entschädigung berücksichtigten die Richter die Zahl der potentiellen Anspruchsteller, die Art und Dauer der Beeinträchtigung, die Höhe des Umsatzverlustes sowie die zu erwartenden höheren Umsätze nach Beendigung des U-Bahnbaus. Der Bundesgerichtshof³¹ als Revisionsinstanz änderte lediglich etwas an der Zeitdauer, während der ein Bürger Beeinträchtigungen entschädigungslos dulden muss, ließ die künftig zu erwartende Umsatzsteigerung aufgrund der Nähe zu einer U-Bahn Station als Kriterium für die Berechnung des Entschädigungsbetrages unberücksichtigt und reduzierte den vom OLG Frankfurt zuerkannten Entschädigungsbetrag um ein Drittel.

Ein derartiges Gerichtsverfahren bietet kaum Anknüpfungspunkte für eine Teilautomatisierung von Entscheidungsschritten.

Automatisierung auf der Ebene des Sachverhalts

Die Ermittlung des Sachverhalts wird methodisch über den Anwendungsbereich einer Rechtsnorm gesteuert.

²⁶ Beispiel: „Zweck des Gesetzes ist es, insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes die Nutzung der Windenergie auf See auszubauen“ (§ 1 Abs. 1 WindSeeG).

²⁷ AI HLEG, EU Commission, AI High Level Expert Group on Artificial Intelligence: A Definition of AI. Main Capabilities and Disciplines, Brussels 2019, s. 3; G. Bongiovanni et al. (Hg.), Handbook of Legal Reasoning and Argumentation, Dordrecht 2018, *passim*; P. Holländer, Rechtsnorm, Logik und Wahrheitswerte: Versuch einer kritischen Lösung des Jörgensenschen Dilemmas, Baden-Baden 1993, *passim*; E. Ratschow, Rechtswissenschaft und formale Logik, Baden-Baden 1998, *passim*; J.-R. Sieckmann, Logik juristischer Argumentation, Baden-Baden 2020, *passim*.

²⁸ Beispiel: „Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“ (§ 223 Abs. 1 StGB).

²⁹ A. Podlech, Wertungen und Werte..., s. 185–223.

³⁰ Vgl. diesen Rechtsgrundsatz in Art. 22 Abs. 1 DSGVO.

³¹ BGHZ 57, s. 359.

Die Auswahl und Feststellung relevanter Informationen des Sachverhalts ist umso eindeutiger, je präziser die Informationen über die Anwendungsvoraussetzungen einer Rechtsnorm ausfallen. Da Sachverhalte (raum-zeitliche Ereignisse) nie identisch sind, entsteht die Frage, ob trotz der Abweichungen auf der Tatsachenebene eine bestimmte Rechtsnorm dennoch angewandt werden soll. Dies erfolgt in der Praxis durch justizielle Veränderungen des Anwendungsbereiches einer Rechtsnorm aufgrund Hinzufügung oder Neugewichtung von Kriterien oder durch Analogien und Umkehrschlüsse. Die sich dabei abspielenden informationellen Prozesse sind komplex und lassen sich nicht einfach modellieren.

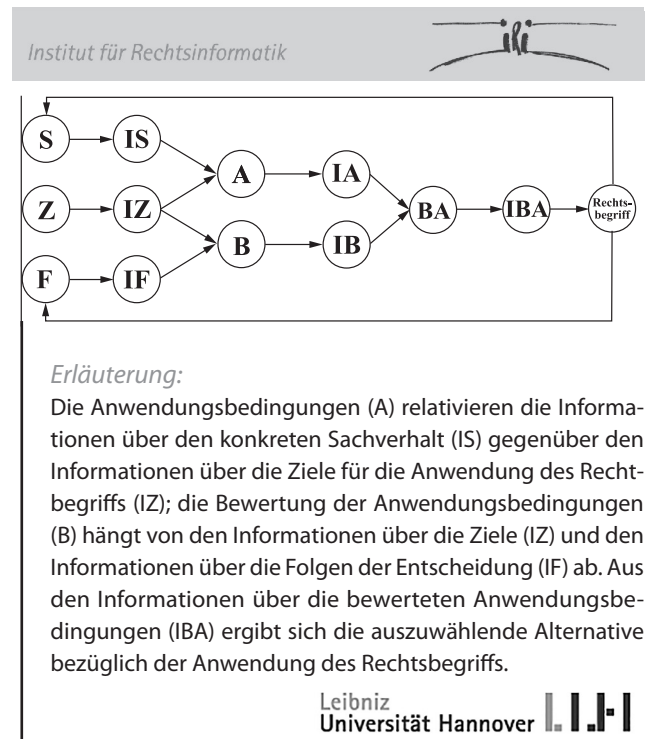
Auch hierfür ein Beispiel: F. Haft, H. Müller-Krumbhaar haben bereits im Jahr 1970 ein informationelles juristisches Entscheidungsverfahren entwickelt, das auf einem Ähnlichkeitsvergleich zwischen verschiedenen Sachverhalten beruht³². Aus früheren Gerichtsentscheidungen isolierten sie Kriterien, bei deren Vorliegen eine „Unfallflucht“ (§ 142 StGB) angenommen worden war. Sie hofften, mit einem Ähnlichkeitsvergleich auch künftige Sachverhalte mit einem Verdacht auf Unfallflucht eindeutig entscheiden zu können.

Das Projekt scheiterte, weil der notwendige Grad an Ähnlichkeit für eine Gleichbehandlung vorab nicht festliegt und deshalb jeweils ein Bewertungsakt notwendig ist, bevor anschließend eine Analogie oder ein Umkehrschluss gezogen werden kann. Abgesehen davon steckt hinter einem Fallvergleichssystem implizit die Grundidee, dass alle künftigen Sachverhalte bereits durch die bisherigen Entscheidungen determiniert seien. Dies ist aus heutiger rechtstheoretischer Sicht nicht haltbar. Die Verallgemeinerung eines solchen Verfahrens wäre auch gar nicht wünschenswert, denn eine wesentliche Leistung des Rechtssystems besteht darin, Anpassungen an technische und gesellschaftliche Entwicklungen zu ermöglichen, ohne dass jeweils vorher der Gesetzgeber konkret tätig werden muss.

Unabhängig davon ist natürlich eine Sammlung und Bereitstellung digitalisierter Informationen über Kriterien, die den bereits getroffenen Entscheidungen zur Unfallflucht zu Grunde liegen, als informationelles Teilsystem für künftige Entscheidungsprozesse zur Unfallflucht vorteilhaft und zeitsparend.

Vielleicht konnte das von mir Anfang der 70er Jahre entwickelte informationelle Modell juristischer Norminterpretationen³³ Anregungen für weitere Analysen des informationellen Zusammenhangs zwischen Norminterpretationen, Tatsachensammlungen und Bewertungsakten für juristische Entscheidungen bieten.

Abb. 1: Zusammenhänge zwischen Anwendungsbedingungen eines Rechtsbegriffs und Informationskategorien



Quelle: Eigene Darstellung

Legal Tech

Unter „Legal Tech“³⁴ werden Verfahren verstanden, die für gut strukturierbare rechtliche Probleme computergestützte Entscheidungen als Dienstleistung herbeiführen.

In der Regel handelt es sich um massenhaft vorkommende raum-zeitliche Ereignisse („Tatsachen“ im juristischen Sprachgebrauch), für die der Gesetzgeber ein klar definiertes Konditionalprogramm zur Verfügung gestellt hat, das sich leicht automatisiert umsetzen lässt. Eine Auslegung von Gesetzesnormen erübrigt sich in aller Regel, weil bereits im Gesetz genaue Definitionen vorgesehen sind.

Ein bekanntes Beispiel bietet die Durchsetzung von Geldentschädigungen für Bahn- oder Zugverspätungen. Der Terminus „Verspätung“ ist definiert als „Zeitdifferenz zwischen der planmäßigen Ankunftszeit des Fahrgasts gemäß dem veröffentlichten Fahrplan und dem Zeitpunkt seiner tat-

³² F. Haft, H. Müller-Krumbhaar, SEDOC ein Verfahrensvorschlag zur Erschließung juristischer Literatur mit Computern, Juristische Arbeitsblätter (JA), 1970, Nr 2, s. 566–577; kritisch dazu: W. Kilian, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung. Methodenorientierte Vorstudie, Darmstadt 1974, s. 127–131.

³³ W. Kilian, Juristische Entscheidung..., s. 183.

³⁴ M. Hartung, M.-M. Bues, G. Halbleib (Hg.), Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, München 2018, *passim*.

sächlichen oder erwarteten Ankunft³⁵. Die Höhe der Entschädigung hängt vom Ausmaß der Abweichungen zwischen dem geplanten und dem tatsächlichen Reiseverlauf sowie den dadurch entstandenen Zusatzkosten ab. Alle hierfür in der Verordnung aufgeführten Kriterien sind messbar und als Informationen öffentlich zugänglich.

Für die Feststellung, ob und in welcher Höhe ein Schadenersatzanspruch besteht, muss der Anspruchsteller nur sein Ticket einreichen. Die darauf enthaltenen Informationen werden dann mit den Informationen über die tatsächlichen Flug- oder Bahnverbindungen abgeglichen. Die Subsumtion bietet keine Schwierigkeiten, weil es sich sowohl bei den Informationen auf dem Ticket als auch bei den Informationen über die Durchführung der Beförderung um Zeitangaben handelt, also um numerische Werte, die auf der Zahlentheorie und technisch genormten Maßgrößen beruhen. Die Höhe der Entschädigung kann entsprechend dem Ausmaß der Abweichungen und den gesetzlichen Vorgaben eindeutig kalkuliert werden.

Da für die Abwicklung solcher Schadenersatzverfahren keine spezifisch juristischen Kenntnisse erforderlich sind, stellt sich die Frage, welche Teilmengen juristischer Entscheidungsverfahren externalisiert werden können. Steuerbescheide und etliche andere Verwaltungsakte sind bereits in hohem Maße automatisiert und entprofessionalisiert. Rechtsanwälte können zwar auch selbst Schadenersatzverfahren wegen Verspätungsschaden weiter durchführen, müssen sich dann aber in einen Wettbewerb mit den externen Dienstleistern über die Kosten begeben. Auch in anderen informationstechnisch leicht durchführbaren Anwendungsbereichen, wie im Mahnwesen oder bei der Verlängerung der Laufzeit von Patenten und Marken, wächst der Konkurrenzdruck³⁶.

Zusammenfassung

Die Rechtsinformatik könnte als Subdisziplin der AI-Forschung im Rahmen einer informationell orientierten juris-

tischen Methodenlehre und Rechtstheorie weiterentwickelt werden³⁷. Dafür wären die einzelnen Phasen des juristischen Entscheidungsprozesses zu analysieren und die Schnittstellen für eine computergestützte Informationsverarbeitung zu definieren. Notwendig wäre eine Diskussion der Variablen, die einem Algorithmus zu Grunde liegen sollen. Dadurch ließen sich nicht nur ökonomisch die Transaktionskosten für das Treffen juristischer Entscheidungen in den Teilphasen verringern, sondern auch die Transparenz über die Kriterien und Faktoren bei der Gewinnung juristischer Ergebnisse erhöhen.

Gleichwohl bleibt zu betonen, dass es auch mit noch so intelligenten Computerprogrammen nicht möglich sein wird, eine nicht triviale juristische Entscheidung vollautomatisch zu treffen. Die historische Vorstellung eines „Automaten, in welchen oben die Akten nebst den Kosten hineingeworfen werden, damit er unten das Urteil nebst den mechanisch aus Paragraphen abgelesenen Gründen ausspeie“³⁸ bleibt auch in Zukunft ein „Schreckgespenst“³⁹. Ob eine programmgesteuerte juristische Entscheidung „richtig“ ist, lässt sich nur im Hinblick auf das konkrete formal-rationale Informationsgewinnungs- und Verarbeitungsverfahren feststellen, nicht im Hinblick auf die Frage, ob die Entscheidung fair, nichtdiskriminierend oder gerecht ist. Es gibt menschliche Eigenschaften, die nicht durch einen Computer ersetzt werden können. Das sollte man bei aller Euphorie über die „Künstliche Intelligenz“ nicht vergessen.

³⁵ Art. 3 VO (EG) 1371/2007.

³⁶ R. Susskind, D. Susskind, *The Future of the Professions. How Technology will transform the Work of Human Experts*, Oxford 2015, *passim*.

³⁷ Vgl. auch G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, 3. Aufl., Turin 2016, *passim*.

³⁸ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Nachdruck, Köln-Berlin 1964, S. 720.

³⁹ Zu solchen historischen Vorstellungen W. Kilian – vgl. W. Kilian, *Juristische Entscheidung...*, S. 4; neuerdings auch S. Meder, *Rechtsmaschinen: Von Subsumtionsautomaten, Künstlicher Intelligenz und der Suche nach dem „richtigen“ Urteil*, Köln 2020, *passim*.

Schlüsselwörter: Juristische Methodenlehre, Künstliche Intelligenz, Recht und Informatik, Digitalisierung, Geschichte der Informatik.



Leksykony

ksiegarnia.beck.pl
 Zadzwoń: 81 46 13 300
 E-mail: kontakt@beck.pl



C.H. BECK

Wybrane zagadnienia prawno-regulacyjne dla walut cyfrowych banków centralnych (CBDC) w ujęciu krajowym i międzynarodowym¹

dr Michał Nowakowski²

W dynamicznie zmieniającym się otoczeniu, które staje się coraz bardziej cyfrowe, również szeroko rozumiana sfera finansowa przechodzi istotne przeobrażenia. Jednym z jej przejawów jest stopniowe przechodzenie usług finansowych „do” smartfonów i postępująca ewolucja nowych form płatności bezgotówkowych. Również banki centralne zaczynają dostrzegać potrzebę usprawnienia przepływów gotówkowych, czego przejawem jest m.in. zwiększone zainteresowanie walutami cyfrowymi banków centralnych (Central Bank Digital Currencies – CBDC), choć trudno dzisiaj mówić o realnych planach wdrożenia CBDC na szeroką skalę. Przyczyn tego stanu rzeczy jest kilka. Począwszy od braku zainteresowania decydentów politycznych, poprzez ograniczenia infrastrukturalne, aż do zagadnień o charakterze prawno-regulacyjnym. Artykuł poświęcony jest temu ostatniemu zagadnieniu, tj. przyczynom trudności we wdrażaniu CBDC do krajowych porządków prawnych. Znajdują się w nim również konkretne rekomendacje co do ewentualnych zmian. Jednocześnie artykuł został podzielony na dwie części. W ramach pierwszej części autor przedstawia ogólne założenia CBDC oraz prezentuje podstawowe definicje, natomiast część druga dotyczy konkretnych wyzwań prawno-regulacyjnych związanych z (zamiarem) emisji CBDC.

Część I. Ogólne założenia CBDC

Postępująca cyfryzacja społeczeństwa powoduje, że coraz więcej sfer życia człowieka przenoszona jest do środowiska wirtualnego, nawet jeżeli w dalszym ciągu pozostają one dostępne fizycznie. Trend w zakresie digitalizacji widoczny jest chociażby w przypadku handlu internetowego (eCommerce) czy usług ochrony zdrowia, ale także usług finansowych będących kluczowym elementem realizacji transakcji. Ze względu na swój cyfrowy charakter stają się one jednocześnie bardziej spersonalizowane, ale i podatne na ewentualne nadużycia.

W ostatnich latach na popularności zyskują różne formy pieniądza czy walut elektronicznych, które mogą przyjmować bardzo zróżnicowane postacie i formy, od pieniądza elektronicznego, poprzez kryptowaluty i tokeny, aż po wirtualne waluty banków centralnych (*Central Bank Digital Currencies*), które – przy spełnieniu pewnych warunków – stanowić mogą ekwiwalent walut narodowych (*fiat* – pieniądz fiducyjny). Rozwój tej formy waluty jest jednak dość ograniczony, co jest składową wielu czynników o zróżnicowanym charakterze, począwszy od limitacji prawnych, poprzez braki infrastrukturalne i wyzwania w zakresie interoperacyjności, aż do braku politycznej woli wprowadzenia CBDC do systemu monetarnego.

Dyskusja nad kształtem CBDC toczy się na wielu frontach. Głównymi aktorami w dyskusji, poza krajowymi bankami centralnymi, są niewątpliwie Europejski Bank Centralny³ (EBC), Bank Rozliczeń Międzynarodowych⁴ (BIS) czy Financial Stability Board⁵ (FSB), które to instytucje nadają w pewnym sensie tempo zmian w zakresie rozwoju waluty cyfrowej banków centralnych. Nie można także zapominać o Międzynarodowym Funduszu Walutowym⁶, który skupia

się m.in. na zagadnieniu prawnych wyzwań dla banków centralnych w obszarze emisji CBDC. W kwietniu 2021 r. Bank Anglii oraz reprezentacja Skarbu⁷ ogłosiły, że rozpoczynają intensywne prace nad ewentualnym rozwojem koncepcji CBDC w Wielkiej Brytanii, choć nie jest to jedyne państwo zainteresowane tym zagadnieniem.

Nie sposób w tym miejscu pominąć także globalnego projektu pod przewodnictwem BIS oraz FSB. Chodzi tutaj o projekt stworzenia ram dla prawdziwie międzynarodowych płatności w skali globalnej⁸, który choć nie opiera się na CBDC, to wraz z rozwojem tej formy płatności może zyskać

¹ Tekst został przyjęty do druku we wrześniu 2021 r.

² Head of NewTech w NGL Advisory, współpracownik w Śląskim Centrum Inżynierii Prawa, Technologii i Kompetencji Cyfrowych – CyberScience. ORCID: 0000-0002-8841-6566; nowakowski@finregtech.pl.

³ European Central Bank, Report on Digital Euro, October 2020: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.en.pdf (dostęp z 12.4.2021 r.).

⁴ Central bank digital currencies: foundational principles and core features. Joint report by The Bank of Canada, European Central Bank, Bank of Japan, Sveriges Riksbank, Swiss National Bank, Bank of England, Board of Governors of the Federal Reserve and Bank for International Settlements, 2020: <https://www.bis.org/publ/othp33.pdf> (dostęp z 12.4.2021 r.).

⁵ Financial Stability Board, Regulation, Supervision and Oversight of „Global Stablecoin” Arrangements Final Report and High-Level Recommendations, 13 October 2020: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P131020-3.pdf> (dostęp z 12.4.2021 r.).

⁶ W. Bossu, M. Itatani, C. Margulis, A. Rossi, H. Weenink, A. Yoshinaga, IMF Working Paper – Legal Aspects of Central Bank Digital Currency: Central Bank and Monetary Law Considerations, 2020, <https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/WP/2020/English/wpica2020254-print-pdf.ashx> (dostęp z 22.4.2021 r.).

⁷ Zob. <https://www.bankofengland.co.uk/news/2021/april/bank-of-england-statement-on-central-bank-digital-currency> (dostęp z 19.4.2021 r.).

⁸ FSB, Enhancing Cross-border Payments Stage 3 roadmap, 13 October 2020, <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P131020-1.pdf> (dostęp z 15.5.2021 r.).

na znaczeniu. Tym bardziej, o czym traktować będzie jeden z rozdziałów niniejszego opracowania, jednym z największych wyzwań jest stworzenie odpowiedniego i efektywnego standardu do dokonywania płatności transgranicznych.

Niniejsze opracowanie poświęcone jest teoretycznym oraz praktycznym aspektom CBDC w aspekcie prawno-regulacyjnym. Należy przy tym zaznaczyć, że jest to materia podlegająca nieustannej ewolucji i dotąd nie była przedmiotem szerszych komentarzy. Central Bank Digital Currencies może też być w różny sposób interpretowane w poszczególnych jurysdykcjach, toteż w opracowaniu poruszone zostały głównie wątki „wspólne” dla samej koncepcji cyfrowej waluty, choć nie zabrakło też najbardziej interesujących przykładów.

Jednocześnie w celu nakreślenia specyficznego i rozwijającego się otoczenia szeroko rozumianych aktywów cyfrowych, część opracowania poświęcona została kryptoaktywom, które również od strony prawno-regulacyjnej ulegają przeobrażeniom, a ponadto – bez wątpienia – stanowiły one asumpt dla rozwoju CBDC w omawianej w niniejszym opracowaniu formie.

Na koniec wstępu należy także wskazać, jakie korzyści może dać wprowadzenie walut cyfrowych. Dobre podsumowanie zaproponowały organizacja SWIFT odpowiadająca za znaczną część transakcji międzynarodowych oraz spółka doradcza Accenture. W jednej z ostatnich publikacji⁹ wskazały one, że CBDC może przyczynić się do:

- 1) zmniejszenia wykorzystania pieniądza materialnego;
- 2) zwiększenia włączenia finansowego (*financial inclusion*);
- 3) ograniczenia ryzyka wykorzystania kryptowalut w obrocie;
- 4) poprawy innowacyjności i możliwości szerszego rozwoju aplikacji typu PayTech oraz
- 5) obniżenia kosztów i różnych rodzajów ryzyka związanych z rozliczeniami.

Trzeba mieć oczywiście świadomość, że nie w każdej jurysdykcji czy gospodarce korzyści z wprowadzenia wirtualnej waluty będą takie same. Szczególnie zainteresowane mogą być gospodarki wschodzące, gdzie jednym z najbardziej palących problemów jest zapewnienie włączenia finansowego jak największej grupy obywateli, a przez to pobudzenie wzrostu gospodarczego¹⁰. Niewątpliwą korzyścią z wprowadzenia CBDC jest jednak z pewnością większa kontrola nad przepływem pieniądza, a tym samym ograniczenie szarej strefy czy też mitygacja ryzyk wynikających z prania pieniędzy i finansowania terroryzmu. Jednocześnie wprowadzenie cyfrowej waluty może wpłynąć pozytywnie na powstawanie nowych zjawisk (produktów i usług) w obszarze innowacji finansowych z wykorzystaniem technologii – Fintech.

W maju 2021 r. NBP opublikował obszerny raport „Pieniądz cyfrowy banku centralnego”, w którym dość jasno dał do zrozumienia, że na obecnym etapie nie przewiduje się wprowadzenia e-Złotego do obrotu, jednak może się to zmie-

nić wraz z rozwojem tego „zagadnienia” w innych jurysdykcjach czy regionach¹¹.

1. Definicja waluty i pieniądza

Zbudowanie prawidłowej i jednolitej definicji waluty i pieniądza może nastroczać wielu problemów, a jest to jedno z centralnych zagadnień prawnych w kontekście wprowadzenia CBDC. Zanim więc przejdziemy do analizy definicji – dość otwartej i ewolucyjnej – CBDC, skupimy się na próbie określenia, czym jest waluta oraz czym jest pieniądz. Jest to o tyle istotne, że nakreślenie ram (interpretacyjnych) będzie warunkować w ogóle możliwość emisji waluty w formie cyfrowej dla wielu banków centralnych. Nie jest to więc dyskusja wyłącznie teoretyczna, ale realne – fundamentalne – zagadnienie dla przyszłości CBDC.

We wspomnianym już opracowaniu IMF znajdziemy definicję waluty, wedle której będzie to oficjalny środek płatniczy stosowany w danym państwie i uznawany przez właściwe prawo monetarne¹² (banków centralnych). I tak w przypadku ustawy z 29.8.1997 r. o Narodowym Banku Polskim¹³ takiej definicji nie znajdziemy, podobnie jak w przypadku wielu aktów dotyczących działalności banków centralnych, które częściej posługują się pojęciem pieniądza jako zdefiniowanego środka wymiany, waluta pozostaje zaś niejako „poza” definicją.

Niewątpliwie można jednak samą walutę ściśle połączyć z pojęciem jednostki monetarnej¹⁴, a więc *de facto* nazwy danego pieniądza obowiązującego w określonej jurysdykcji jako prawny środek wymiany. Jednocześnie M. Kubat twierdzi, że waluty narodowe są formą pieniądza¹⁵, z czym nie do końca należy się zgodzić, gdyż pieniądz jest nośnikiem wartości, natomiast waluta jest jej odzwierciedleniem. Z drugiej strony przyglądając się chociażby Central Bank of the Bahamas Act, 2020¹⁶ w sekcji IV.8 znajdziemy przepis, zgodnie z którym za walutę uznaje się banknoty, monety oraz pieniądz elektroniczny wydawane przez ten bank centralny, natomiast dolar jest jednostką waluty.

⁹ SWIFT, Accenture, Exploring central bank digital currencies: How they could work for international payments. Discussion Paper, <https://www.swift.com/news-events/news/exploring-central-bank-digital-currencies-swift-and-accenture-publish-joint-paper> (dostęp z 13.5.2021 r.).

¹⁰ D. Sethi, D. Aharya, Financial inclusion and economic growth linkage: some cross country evidence, Journal of Financial Economic Policy, 22 August 2018.

¹¹ Zob. <https://www.nbp.pl/systemplatniczy/cbdc/raport-cbdc.pdf> (dostęp z 15.5.2021 r.).

¹² W. Bossu, et. al, IMF Working Paper – Legal Aspects of Central..., s. 8.

¹³ T.j. Dz.U z 2020 r. poz. 2027 ze zm.; dalej jako: NBPU.

¹⁴ Tak też art. 3(1) Currency Act, R.S.C. 1985, c. C-52 regulujący m.in. walutę Kanady.

¹⁵ M. Kubat, Virtual currency bitcoin in the scope of money definition and store of value, Procedia Economics and Finance 30, 2015, s. 410.

¹⁶ Zob. <https://www.centralbankbahamas.com/viewPDF/documents/2020-12-08-14-35-25-Central-Bank-of-The-Bahamas-Act-2020opt.pdf> (dostęp z 14.4.2021 r.).

Ciekawe spostrzeżenia poczynili w tym zakresie także eksperci Banku Rozliczeń Międzynarodowych, którzy wskazali, że zasadniczo, aby walutę uznać za miernik wartości gospodarczej musi ona spełnić dwa warunki, tj. istnienie jakiejś formy pieniądza (np. banku centralnego) mającego oparcie w państwie (jego instytucjach czy organach) oraz możliwość wymiany pieniądza na pieniądź banku centralnego o wartości nominalnej (*par value*)¹⁷ i jest to najpowszechniejsza opinia.

Na marginesie warto zaznaczyć, że norma ISO 4217 określa skrótowe nazwy walut narodowych. W tym miejscu przyjmujemy więc, że waluta jest niczym innym jak odzwierciedleniem jednostki wartości w danej jurysdykcji lub jurysdykcjach.

Kolejnym ważnym elementem definicyjnym będzie pieniądź, który może przyjmować różne formy, co zresztą zauważyć można, analizując poszczególne akty prawne regulujące kwestie monetarne na całym świecie. Innymi słowy, nie ma jednej legalnej definicji pieniądza, która zresztą może doznawać wielu modyfikacji i ograniczeń na gruncie różnych aktów prawnych, np. regulujących kwestię emisji pieniądza elektronicznego¹⁸. Przydatna może więc okazać się tutaj także „opisowa” definicja w ujęciu ekonomicznym zaproponowana przez Ch. Proctora¹⁹, zgodnie z którą pieniądź jest:

- środkiem wymiany;
- miernikiem wartości lub standardu dla zobowiązań umownych;
- środkiem przechowywania wartości lub majątku;
- jednostką rozliczeniową.

Zasadniczo możemy przy tym stwierdzić, że pieniądź może przyjmować następujące formy:

- klasycznego pieniądza (w formie fizycznej),
- pieniądza elektronicznego oraz
- instrumentu płatniczego.

Choć znajdziemy również poglądy, według których „postrzacie pieniądza bezgotówkowego (np. tzw. pieniądź plastikowy, pieniądź elektroniczny), stanowią desygnaty określenia – «inny środek płatniczy»²⁰ i co do zasady pieniądzem nie będą”²¹.

Samo zdefiniowanie, czym jest pieniądź, ma kluczowe znaczenie dla oceny legalności czy bardziej precyzyjnie – możliwości emitowania walut wirtualnych przez banki centralne. Nie jest to więc wyłącznie akademicka dyskusja, ale realne wyzwanie prawne, przed którym stawać będą nie tylko same banki centralne, ale także prawodawcy. Będzie to także miało znaczenie w kontekście oceny, czy rzeczywiście mówimy o walutach cyfrowych, czy też może pewnej formie pieniądza elektronicznego powiązanego z bankami centralnymi. Jednocześnie należy zaznaczyć, że brak harmonizacji w tym zakresie powoduje, że nie jest możliwe wskazanie jednej definicji.

Na definicję waluty i pieniądza warto również spojrzeć od strony cywilistycznej, będzie to bowiem istotne w kontekście

wykonywania (umarzania) zobowiązań. B. Fuchs wskazuje tutaj, że pomimo braku definicji legalnej pieniądza „(...) powszechnie przyjmowany i akceptowany jest pogląd, zgodnie z którym pieniądź ma moc urzędową umarzania zobowiązań”²². Oznacza to, że spełnienie świadczenia w formie pieniądza i wyrażonego w określonej walucie – powszechnie uznanego jako środek płatniczy w Polsce – będzie skutkowało umorzeniem zobowiązania. Jeżeli więc CBDC takim środkiem nie będzie (ze względu na kwestie, które szczegółowo zostaną omówione w dalszej części), to taki pieniądź cyfrowy nie będzie równoważny pieniądźowi wyrażonemu w znakach pieniężnych emitowanych przez NBP, ale w dalszym ciągu będzie go można uznać za pieniądź bezgotówkowy.

Podobnie interpretuje „rolę” pieniądza T. Wiśniewski, który wskazuje, że „(...) pieniądzem są te środki zapłaty (tj. środki przenoszące określoną wartość majątkową), które według obowiązującego porządku prawnego wierzyciel jest zobowiązany przyjąć jako zaspokojenie swej wierzytelności pieniężnej. Innymi słowy, są to prawne środki płatnicze”²³. W Polsce takimi środkami są znaki pieniężne emitowane przez NBP, na co wskazuje art. 32 NBPU czy art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy z 27.7.2002 r. – Prawo dewizowe²⁴, który za walutę (polską) uznaje znaki pieniężne (banknoty i monety) będące w kraju prawnym środkiem płatniczym, a także wycofane z obiegu, lecz podlegające wymianie.

Jeżeli chodzi o pojęcie waluty, to nie znajdziemy jej definicji w Kodeksie cywilnym ani we wspomnianej już NBPU. Jednocześnie Kodeks cywilny często posługuje się walutą, szczególnie w kontekście wykonywania zobowiązań. Przykładowo art. 358 § 1 stanowi, że jeżeli przedmiotem zobowiązania podlegającego wykonaniu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej, dłużnik może spełnić świadczenie w walucie polskiej, chyba że ustawa, orzeczenie sądowe będące źródłem zobowiązania lub

¹⁷ BIS, The role of central bank money in payment systems, 2013, s. 1, artykuł dostępny pod adresem: <https://www.bis.org/cpmi/publ/d55.pdf> (dostęp z 11.5.2021 r.).

¹⁸ Podobnie: W. Bossu, et al, IMF Working Paper – Legal Aspects of Central..., s. 8. Definicja pieniądza elektronicznego znajduje się chociażby w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2009/110/WE z 16.9.2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniająca dyrektywy 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylająca dyrektywę 2000/46/WE, Dz.Urz. UE L Nr 267, s. 7.

¹⁹ Ch. Proctor, Mann on the Legal Aspect of Money, Oxford 2012.

²⁰ Zob. wyrok SO w Gliwicach z 5.7.2016 r., IV K 82/16, Legalis.

²¹ M. Kulik dopuszcza jednak ujęcie pieniądza bezgotówkowego jako „pieniądza” w rozumieniu art. 310 KK – zob. *tenże*, Komentarz do art. 310 Kodeksu karnego, [w:] M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, Lex/el. 2021.

²² B. Fuchs, Komentarz do art. 358 Kodeksu cywilnego, [w:] M. Fras, M. Habbas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534), Lex/el. 2018.

²³ T. Wiśniewski, Komentarz do art. 358 Kodeksu cywilnego, [w:] J. Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, wyd. II, Lex/el. 2017.

²⁴ T.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 309 ze zm.; dalej jako: PrDewiz.

czynność prawna zastrzega spełnienie świadczenia wyłącznie w walucie obcej.

We wspomnianej już PrDewiz znajdziemy także definicję walut obcych, które stanowią pewną wskazówkę co do tego, jak należy rozumieć waluty w krajowym porządku prawnym, również na potrzeby wykonywania zobowiązań. Zgodnie z treścią odpowiednio art. 2 ust. 1 pkt 10 i pkt 11 walutami obcymi są znaki pieniężne (banknoty i monety) będące poza krajem prawnym środkiem płatniczym, a także wycofane z obiegu, lecz podlegające wymianie oraz na równi z walutami obcymi traktuje się wymienialne rozrachunkowe jednostki pieniężne stosowane w rozliczeniach międzynarodowych, w szczególności jednostkę rozrachunkową Międzynarodowego Funduszu Walutowego (SDR), a także walutami wymiennymi są waluty obce państw spełniających wymagania art. VIII statutu Międzynarodowego Funduszu Walutowego. Walutą na potrzeby stosunków cywilnoprawnych będą więc znaki pieniężne będące prawnymi środkami płatniczymi, które są wyrażone w odpowiedniej jednostce walutowej.

Pewne wskazówki można znaleźć także w orzecznictwie sądów krajowych. Przykładowo w wyroku WSA we Wrocławiu z 29.3.2019 r.²⁵ sąd wskazał, czym jest waluta wirtualna, powołując się na art. 2 ust. 2 pkt 26 ustawy z 1.3.2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu²⁶, zgodnie z którą „(...) przez walutę wirtualną rozumie się cyfrowe odwzorowanie wartości, które nie jest: a) prawnym środkiem płatniczym emitowanym przez NBP, zagraniczne banki centralne lub inne organy administracji publicznej (...).” Ergo, walutą będzie w tym wypadku prawny środek płatniczy emitowany przez m.in. NBP, ale powoduje to także, że ewentualne CBDC – przynajmniej w modelowym ujęciu – nie będzie też walutą wirtualną w rozumieniu ustawy o AML.

W jednym z wyroków NSA wyraźnie podkreślono, że „waluta powinna być prawnie uznana, powszechnie akceptowalna i wymiennalna²⁷”, wymiennalność powinna zaś spełniać kryteria z art. VIII statutu Międzynarodowego Funduszu Walutowego²⁸. Na marginesie warto zauważyć, że z tego też powodu NSA odmówił kryptowalucie bitcoin statusu waluty. Przy okazji nadmienić można, że także TS „rozstrzygał” kwestię tego, czym jest waluta wirtualna, wskazując w jednym z orzeczeń, że „waluta wirtualna może być zdefiniowana jako rodzaj nieobjętych regulacjami pieniędzy cyfrowych, emitowanych i kontrolowanych przez osoby, które je tworzą, oraz używanych i akceptowanych przez członków danej społeczności wirtualnej²⁹”. Waluty wirtualne – zdaniem sądów – odróżnia od walut tradycyjnych przede wszystkim to, że te pierwsze mogą być zaliczane do tzw. *tangible properties*, czyli rodzaj mienia, które określa przykładowo art. 44 KC.

Na koniec warto przytoczyć także opinię Rzecznika Generalnego G. Pitruzzelli z 29.9.2020 r. w sprawach połączonych

C-422/19 oraz C-423/19³⁰, gdzie wskazał on na dwa wymiary definicji waluty (poz. 77–78), tj.: w ujęciu ekonomicznym „rozumianej w bardziej ogólnym znaczeniu jako „money” lub „Geld” – typu funkcjonalnego, która według koncepcji sięgającej czasów Arystotelesa podkreśla trzy funkcje, jakie pełni, czyli: (i) funkcję jednostki rozliczeniowej; (ii) funkcję środka płatniczego (lub wymiany); i (iii) funkcję przechowywania wartości”, oraz prawnym „w tym sensie, że waluta jest wytworem państwa lub, w przypadku euro, unii gospodarczej i walutowej oraz że jej istnienie jest zrozumiałe jedynie w ramach danego systemu prawnego”.

2. Czym jest CBDC?

Cyfrowa waluta banku centralnego może mieć wiele oblicz i ponownie należy podkreślić, że definicja może przyjmować różne kształty w zależności od jurysdykcji. Jak wskazują eksperci Banku Rozliczeń Międzynarodowych, CBDC jest cyfrową formą pieniądza banku centralnego, która jest odrębna od walut znajdujących się na rachunkach rozliczeniowych³¹, a więc nie jest to to samo co pieniądz banków komercyjnych, który następnie jest „wymieniany” na pieniądz banku centralnego. Z kolei w jednym z opracowań IMF znajdziemy stwierdzenie, że jest to nowa forma pieniądza emitowanego cyfrowo przez bank centralny w celu posłużenia się nim jako prawnym środkiem płatniczym³².

Eksperti Funduszu proponują także przyjęcie, że jest to cyfrowy instrument płatniczy denominowany (wyrażony) w krajowej jednostce rozliczeniowej, którego rozliczenie jest zarazem bezpośrednią odpowiedzialnością banku centralnego³³. Wydaje się, że jest to definicja najbliższa założeniu, które przyświeca tworzeniu CBDC, choć nie można zapominać, że CBDC może też – w jakimś stopniu – wymykać się ramom nakreślonym przez powyższą definicję.

O tym, jaka jest ostateczna rola CBDC i jak można go zdefiniować, będzie decydowała *de facto* jego funkcja, przy czym warto przytoczyć także inną koncepcję wyrażoną przez BIS, jakoby CBDC było niczym innym jak nową

²⁵ I SA/Wr 906/18, Legalis.

²⁶ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1132 ze zm.; dalej jako: *PranPienU*.

²⁷ Zob. wyrok NSA z 6.3.2018 r., II FSK 488/16, Legalis.

²⁸ Articles of Agreement of the International Monetary Fund, Adopted at the United Nations Monetary and Financial Conference, Bretton Woods, New Hampshire, July 22, 1944.

²⁹ Zob. wyrok TS z 22.10.2015 r. w sprawie C-264/14, ECLI:EU:C:2015:718.

³⁰ ECLI:EU:C:2020:756.

³¹ BIS, Committee on Payments and Market Infrastructures (2018): Cross-border retail payments, February, dostępny pod adresem: <https://www.bis.org/cpmi/publ/d173.pdf> (dostęp z 15.4.2021 r.).

³² T. Mancini-Griffoli, M. Soledad Martinez Peria, et. al., Casting Light on Central Bank Digital Currency, SDN/18/08, <https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/SDN/2018/SDN1808.ashx> (dostęp z 15.4.2021 r.).

³³ BIS, Central bank digital currencies: foundational principles and core features, BIS 2020, s. 3, <https://www.bis.org/publ/othp33.pdf> (dostęp z 19.2.2020 r.).

metodą płatności³⁴ (czy szerzej rozliczeń). Jak więc widać – nawet w obszarze „tej samej” instytucji mogą pojawić istotne rozbieżności.

W tym miejscu pojawia się pytanie, czy rzeczywiście na obecnym rozwoju walut cyfrowych konieczne jest tworzenie sztywnych definicji CBDC. Mnogość możliwości, które są obecnie eksplorowane³⁵ w kontekście digitalizacji walut, powoduje, że taka definicja musiałaby odzwierciedlać te liczne scenariusze, a w dobie oczekiwania, że przepisy prawa oraz regulacje będą neutralne technologiczne i możliwie jak najbardziej elastyczne, byłoby to podejście niewłaściwe.

Z tego względu w całym opracowaniu pojęcie CBDC będziemy odnosili do tych form wirtualnego pieniądza emitowanego przez bank centralny, który jest zarazem prawnym środkiem płatniczym. Istotne będą tutaj więc trzy elementy:

- 1) cyfrowy charakter – niezależnie od zastosowanej technologii;
- 2) emisja przez uznawany przez prawo bank centralny (lub pokrewną instytucję) oraz
- 3) uznanie takiej waluty czy pieniądza jako prawnego środka płatniczego w danej jurysdykcji lub jurysdykcjach.

Wydaje się także, że wyraźnie należy zaznaczyć fakt, że jest to pieniądz rozliczany przez bank centralny, a nie tylko emitowany, co pozwala na uznanie go za powszechny i wymienialny bez względu na okoliczności.

Mając taką definicję waluty, należy przejść do wskazania, jakiego rodzaju CBDC mogą być „oferowane” przez banki centralne. Jest to o tyle istotne, że część rozwiązań (rodzajów CBDC) może uniemożliwiać zakwalifikowanie ich do „czystych” (prawnie) walut cyfrowych banków centralnych. W praktyce jednak o tym, czy dane rozwiązanie jest kwalifikowalne do pojęcia CBDC, decydować będzie spełnienie powyższych przesłanek.

Bardzo dobrą kwalifikację zaproponowali eksperci IMF³⁶, którzy wskazali na następujące rodzaje CBDC:

- powiązane z rachunkiem (najczęściej bieżącym) oraz oparte o tokeny;
- „hurtowe” (korporacyjne) oraz powszechne lub detaliczne;
- pośrednie i bezpośrednie (w znaczeniu odpowiedzialności banku centralnego) oraz
- scentralizowane i niescentralizowane.

Do tej klasyfikacji można dodać także CBDC oparte na technologii rozproszonego rejestru oraz „innych” technologiach, choć jest to podział nieco sztuczny, gdyż technologia będzie najczęściej połączona ściśle ze scentralizowanym lub zdecentralizowanym charakterem waluty cyfrowej. Jednocześnie Bank Rozliczeń Międzynarodowych³⁷ w jednym z opracowań zaproponował nieco inną klasyfikację, zgodnie z którą CBDC może przyjąć formę:

- bezpośredniej odpowiedzialności banku centralnego CBDC (*direct* CBDC);
- hybrydowego CBDC;

- akcesoryjnego CBDC (*intermediated* CBDC);
- pośredniego CBDC lub syntetycznego CBDC – wskazywanego często jako niebędącego klasycznym pieniądzem cyfrowym banku centralnego.

Zanim przejdziemy do omówienia powyższych rodzajów CBDC, warto pochylić się nad podstawowymi definicjami istotnymi z punktu widzenia CBDC.

Jako pierwsze zagadnienie należy przedstawić, czym jest technologia rozproszonego rejestru (*distributed ledger technology* – DLT) – choć będąc bardziej precyzyjnym, jest to jedna z technologii niejako w ramach tzw. *blockchain*. W ujęciu jurydycznym – choć bardzo ogólnym – możemy posłużyć się definicją zawartą w projekcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rynków kryptoaktywów i zmieniającego dyrektywę (UE) 2019/1937, która definiuje DLT jako rodzaj technologii wspierającej rozproszone rejestrowanie zaszyfrowanych danych. Technologia ta jest często utożsamiana z kryptowalutami, choć jej początki datowane są dużo wcześniej i to w zupełnie innym kontekście.

W ujęciu technologicznym bardziej poprawne będzie odwoływanie się technologii *blockchain*, która jest typem bazy danych „gromadzącej” większą liczbę rekordów i „pakującą” je w bloki. Każdy z tych bloków jest następnie łączony z innym blokiem przy użyciu szyfrowania kryptograficznego (często jest to klucz publiczny)³⁸.

Rejestr rozproszony nie jest przy tym jedyną formą *blockchain*, dlatego nie powinno się „automatycznie” utożsamiać DLT z technologią wykorzystywaną na potrzeby CBDC. W szczególności można wyróżnić rejestry wymagające uprzedniej zgody (*permissioned*), które stanowią formę scentralizowaną DLT oraz otwarte – niewymagające zgody jakiegokolwiek podmiotu (*unpermissioned*), które charakteryzują się „liberalnym” podejściem do całego rejestru, tj. nikt nie pozostaje jego właścicielem. Kolejnym przykładem są rejestry rozproszone (*distributed ledger*), które można scharakteryzować jako uporządkowane ciągi rekordów, które wymagają potwierdzenia przez wyznaczone podmioty (np. zaufanych operatorów).

³⁴ R. Auer, G. Cornelli, J. Frost, BIS Working Papers No 880 Rise of the central bank digital currencies: drivers, approaches and technologies, <https://www.bis.org/publ/work880.pdf> (dostęp z 15.4.2021 r.).

³⁵ Dobrym przykładem jest tutaj Proof of Concept (PoC) Europejskiego Banku Centralnego w zakresie wykorzystania technologii distributed ledger, czyli rozproszonego rejestru – ECB, Exploring anonymity in central bank digital currencies, <https://www.ecb.europa.eu/paym/intro/publications/pdf/ecb.mipinfocus191217.en.pdf?3824c3f26ad2f928ceea370393c-ce785> (dostęp z 15.4.2021 r.).

³⁶ W. Bossu, et. al, IMF Working Paper – Legal Aspects of Central..., s. 10.

³⁷ R. Auer, G. Cornelli, J. Frost, BIS Working..., s. 18.

³⁸ Government Office for Science, *Distributed Ledger Technology: beyond block chain A report by the UK Government Chief Scientific Adviser*, 2016, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf (dostęp z 16.4.2021 r.).

Kolejnym ważnym pojęciem w kontekście CBDC jest token, który nie doczekał się jak dotąd swojej definicji prawnej, choć pewne próby znajdziemy chociażby w przywoływanym już projekcie rozporządzenia w sprawie rynków kryptoaktywów, gdzie znajdziemy definicje trzech rodzajów tokenów, jednakże brak wyjaśnienia, czym owe tokeny są. Jeżeli spojrzymy do stanowiska UKNF w sprawie wydawania i obrotu kryptoaktywami³⁹, to znajdziemy tam definicję „tokenizacji”, zgodnie z którą jest to „zjawisko wykorzystania DLT w celu odzwierciedlenia dobra/aktywa w postaci tokenu wskazującego uprawnienia/obowiązki powiązane z pierwotnym aktywem (tokenizacja wtórna), bądź też w celu wykreowania tokenów nierozdzielnie połączonych z nowo stworzonym dobrem/aktywem (tokenizacja pierwotna)”. Na potrzeby opracowania przyjmujemy, że token jest cyfrową emanacją określonego aktywa, który w unikalny sposób potwierdza np. własność. Podobną definicję zaprezentowali eksperci EBC w jednym z opracowań dotyczącym wykorzystania DLT⁴⁰, gdzie znajdziemy stwierdzenie, że jest to cyfrowe przedstawienie istniejących aktywów⁴¹. Najczęściej pojęcie tokenu pojawia się w kontekście określonych aktywów/uprawnień, do których się odnosi, toteż również na potrzeby „tokenizacji” CBDC będziemy posługiwali się konkretną propozycją.

Warto zwrócić również uwagę na definicję tokenu w kontekście wykorzystania technologii blockchain. Tutaj V. Ferrari proponuje, aby rozumieć je jako ograniczone cyfrowe jednostki wartości (i własności), które rozpowszechniane są poprzez kod komputerowy (w tym np. smart contract)⁴². Takie wyjaśnienie wydaje się najbardziej odpowiednie w kontekście tokenów będących podstawą dla omawianych przez nas CBDC.

3. Rodzaje CBDC

To jedno z kluczowych zagadnień dla dalszej analizy możliwości emisji walut cyfrowych przez banki centralne. Jak można zauważyć w przedstawionej już wyżej analizie, podział ten jest niejednolity i uzależniony nie tylko od stosowanej technologii, ale przede wszystkim funkcji, jaką ma pełnić waluta (pieniądz) cyfrowa w danej jurysdykcji. Możliwa jest bowiem „emisja” takich CBDC, które nie będą stanowiły w istocie waluty równoważnej np. banknotom i monetom.

Wróćmy na chwilę do klasyfikacji CBDC, która została już zaprezentowana powyżej. Przyjmujemy ostatecznie ten podział, który zaproponowano w jednym z opracowań BIS⁴³. Zgodnie z nim CBDC można podzielić na:

- te o charakterze „hurtowym”, czyli dostępnym dla dużych instytucji oraz detalicznym – dostępnym dla przeciętnego użytkownika;

- oparte na rachunkach prowadzonych w bankach centralnych (account-based) oraz ztokenizowane;
- oparte na już istniejącej infrastrukturze banku centralnego oraz na technologii DLT;
- te, których emisja i rozliczenie są bezpośrednią lub pośrednią (np. poprzez banki komercyjne) odpowiedzialnością banku centralnego.

Oczywiście powyższy podział nie oznacza, że CBDC może zawierać tylko jeden z powyższych elementów, ale raczej ostateczny jego kształt będzie połączeniem wszystkich czterech cech (rodzajów), które będą determinowały ostateczny kształt. Najbardziej pożądanym kierunkiem dla rozwoju CBDC byłoby więc tworzenie takich walut cyfrowych, które mają charakter powszechny, są stokenizowane, oparte na technologii DLT oraz będące w bezpośredniej „gestii” banków centralnych. Oczywiście sama technologia nie musi determinować „jakości” nowego pieniądza, jednak rozwiązania oparte na DLT wydają się bardziej „dojrzałe” z punktu widzenia bezpieczeństwa i odporności cyfrowej, a także szybkości i efektywności realizacji transakcji. Ich wprowadzenie może jednocześnie wymagać dużo większych nakładów niż oparcie CBDC o istniejącą infrastrukturę, choć nie w każdym przypadku musi tak być ze względu na problem tzw. *legacy systems*, czyli infrastrukturę technologiczną, która może nie być dostosowana do wyzwań nowych – cyfrowych – czasów.

Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że decyzja odnośnie do wyboru formy CBDC nie powinna stanowić wyłącznie „autorytarnej” decyzji banku centralnego czy rządów, ale powinna uwzględniać głos uczestników rynku, którzy będą odpowiedzialni także za stworzenie siostrzanej infrastruktury, działań operacyjnych czy prawno-regulacyjnych związanych z wprowadzeniem nowego środka płatności. Projekt rozwoju walut cyfrowych nie jest więc wyłącznie projektem o charakterze politycznym, ale także systemowym, w tym sensie, że nieodpowiednie jego poprowadzenie może doprowadzić do narastania ryzyka systemowego (w tym *interconnectedness* – współzależności), które może stwarzać realne zagrożenie dla stabilności gospodarczej.

Pierwsza klasyfikacja nie wymaga dłuższego objaśnienia. Central Bank Digital Currencies mogą być nakierowane na

³⁹ Stanowisko Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego z 10.12.2020 r. w sprawie wydawania i obrotu kryptoaktywami, https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Stowisko_UKNF_ws_wydawania_i_obrotu_kryptoaktywami_71794.pdf (dostęp z 17.4.2021 r.).

⁴⁰ ECB, The potential impact of DLTs on securities post-trading harmonisation and on the wider EU financial market integration Advisory Group on Market Infrastructures for Securities and Collateral, September 2017.

⁴¹ Ministerstwo Cyfryzacji, Grupa robocza ds. rejestrów rozproszonych i blockchain, Token jako obligacja, 4.11.2019 r., s. 12.

⁴² V. Ferrari, The regulation of crypto-assets in the EU – investment and payment tokens under the radar, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, Vol. 27(3), s. 326.

⁴³ R. Auer, G. Cornelli, J. Frost, BIS Working..., s. 16.

rozwiązanie problemu transakcji np. wewnątrzbankowych czy wysokokwotowych – np. w ramach tzw. rozrachunku brutto w czasie rzeczywistym (RTGS), gdzie środki są zazwyczaj rozliczane w pieniądzu banku centralnego⁴⁴. W takiej sytuacji dostęp cyfrowej waluty może z pewnością przyspieszyć realizację transakcji, choć te są już i tak rozliczane w czasie rzeczywistym. Niemniej jednak jest to zdecydowanie rozwiązanie pozwalające usprawnić proces zarządzania tymi płatnościami. Drugi rodzaj CBDC odnosi się do walut cyfrowych oferowanych klientom detalicznym, a więc przyjmuje charakter środka płatniczego dostępnego dla przeciętnego użytkownika. W niektórych opracowaniach wskazuje się, że podział na tzw. *wholesale* i *retail* CBDC może być uzupełniony o dodatkową kategorię – tzw. *general purpose*, czyli uwzględniający obie powyższe kategorie.

Kolejną kategorię stanowią waluty cyfrowe „gromadzone” na rachunkach bieżących w księgach banków centralnych oraz waluty tokenizowane. Różnica jest tutaj znacząca, na co wskazuje m.in. Bank Rozliczeń Międzynarodowych, który wskazuje, że w pierwszym przypadku mamy do czynienia z transferem roszczenia z rachunku na rachunek natomiast w drugim przypadku dochodzi do transferu tokena pomiędzy portfelami (elektronicznymi)⁴⁵, np. z użyciem aplikacji czy karty przedpłaconej. W sytuacji transferu środków z rachunku na rachunek, bank centralny dokonuje rozliczenia tych transakcji, a na wcześniejszym etapie dokonuje weryfikacji informacji dotyczących płatnika i odbiorcy (jest więc ściśle powiązana z koniecznością potwierdzenia tożsamości). Z kolei wersja „tokenizowana” przewiduje nieco bardziej rozbudowany schemat działania, ale jednocześnie zawiera więcej możliwości wykorzystania.

CBDC w formie tokena wprawdzie wymaga zastosowania cyfrowych narzędzi w celu ich cyrkulacji – wprowadzenia do obrotu – jednak bez wątpienia korzyści z digitalizacji pieniądza mogą być istotnie większe niż poniesiony wysiłek związany z ich wprowadzeniem. Istotne jest przy tym to, że tokeny niekoniecznie muszą być generowane w ramach technologii blockchain, choć ta z pewnością jest obecnie najbardziej obiecująca i zaawansowana. Nie sposób tym samym zgodzić się z Q. Yao, który utożsamia tzw. Digital Fiat Currency z technologią kryptograficzną, która „tworzy” CBDC. Jest to jeden z wariantów, lecz nie jedyny. Technologia będzie zarazem trzecią kategorią CBDC.

Ostatnią, prawnie najbardziej interesującą, kategorią CBDC (z zastrzeżeniem, że mogą pojawiać się również inne klasyfikacje) jest podział na charakter odpowiedzialności danego banku centralnego za cyfrową walutę. Co to oznacza w praktyce? Scenariusz, w którym emisja i rozliczenie CBDC stanowi bezpośrednią odpowiedzialność banku, najbardziej odzwierciedla „prawny” model waluty. W opcji, gdzie za emisję odpowiada bank komercyjny, jednak pokrycie zobowiązań ma odzwierciedlenie w pieniądzu banku centralne-

go, jest już jednak koncepcją zbliżoną bardziej do pieniądza elektronicznego, a nie „klasycznego” CBDC. Jednocześnie pojawiają się modele hybrydowe, w którym to bank pozostaje odpowiedzialny za emisję i rozliczenie, ale podmioty pośredniczące odpowiadają za przeprowadzanie transakcji⁴⁶.

4. Inne kategorie kryptoaktywów

Omawiając zagadnienie CBDC, nie sposób nie odnieść się również do innych form kryptoaktywów, które – w pewnym sensie – stanowiły inspirację dla powstania koncepcji cyfryzacji pieniądza banku centralnego, choć wykorzystanie technologii kryptograficznych nie jest konieczną determinantą CBDC. Zwrócić przy tym należy uwagę, że koncepcja kryptowalut niekiedy utożsamiana jest z „wolnościowymi” ruchami oraz ideologią⁴⁷ i z istoty rzeczy powiązane są z pojęciem decentralizacji zakładającej odpośredniczenie, ale i odregulowanie działalności. Tym samym wyróżnić należy co najmniej dwie kategorie kryptoaktywów:

- kryptowaluty *sensu stricto*;
- kryptoaktywa stanowiące aktywa o charakterze cyfrowym, wykorzystujące techniki kryptograficzne.

W dalszej części opracowania skupimy się na tej drugiej kategorii, jako że jest to obszar podlegający szeroko rozumianej regulacji i mający charakter prawnie i regulacyjnie usankcjonowany lub co najmniej taki charakter jest przedmiotem konkretnych propozycji.

Punktem wyjścia będzie tutaj przede wszystkim unijne podejście do kwestii uregulowania kryptoaktywów, które znalazło swoje miejsce zasadniczo w dwóch projektowanych rozporządzeniach będących częścią realizacji Strategii dla UE w zakresie finansów cyfrowych⁴⁸, czyli:

- rozporządzenia w sprawie rynków kryptoaktywów i zmieniające dyrektywę (UE) 2019/1937⁴⁹ („MICA”) oraz
- rozporządzenia w sprawie systemu pilotażowego na potrzeby infrastruktury rynkowych opartych na technologii rozproszonego rejestru⁵⁰.

Pierwszy z projektów odnosi się do szeroko rozumianego obrotu kryptoaktywami, drugi zaś wprowadza możliwość

⁴⁴ Zob. <https://www.nbp.pl/edukacja/zasoby/broszury/systemy-płatności.pdf> (dostęp z 18.4.2021 r.).

⁴⁵ T. Mancini-Griffoli, M. Soledad Martinez Peria, et. al., Casting Light on..., s. 8.

⁴⁶ W. Bossu, et. al, IMF Working Paper – Legal Aspects of Central..., s. 10.

⁴⁷ D. Zuluaga, How can decentralized, digital currencies change the way we go about our economic lives?, 31 marca 2020 r., <https://www.libertarianism.org/essays/libertarian-vision-for-cryptocurrencies> (dostęp z 13.5.2021 r.).

⁴⁸ Zob. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0591&from=EN> (dostęp z 20.4.2021 r.).

⁴⁹ Zob. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0014.02/DOC_1&format=PDF (dostęp z 20.4.2021 r.).

⁵⁰ Zob. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0594&from=EN> (dostęp z 20.4.2021 r.).

ustanowienia infrastruktury rynkowej dla obrotu kryptoaktywami opartymi o technologię DLT. Oba rozporządzenia w sposób istotny mogą zmienić sposób, w jaki realizowane są transakcje na szeroko rozumianym rynku kryptoaktywów. Warto jednocześnie wskazać, że również na poziomie krajowym, Urząd Komisji Nadzoru Finansowego wydał dwa dokumenty dotyczące tego obszaru, tj.:

- 1) stanowisko z 10.12.2020 r. w sprawie wydawania i obrotu kryptoaktywami⁵¹ oraz
- 2) stanowisko z 6.6.2018 r. w sprawie funkcjonowania giełd i kantorów kryptowalut⁵².

Na początek spróbujmy więc zdefiniować czym są wspomniane kryptoaktywa. W MiCA zostały one zdefiniowane jako cyfrowe odzwierciedlenie wartości lub praw, które można przenosić i przechowywać w formie elektronicznej z wykorzystaniem technologii rozproszonego rejestru lub podobnej technologii. Kryterium będzie tutaj przede wszystkim:

- 1) cyfrowe odzwierciedlenie wartości (np. surowca) lub praw (np. własności);
- 2) możliwość przeniesienia takiej jednostki w formie elektronicznej (cyfrowej) oraz
- 3) wykorzystanie do celu określonego w pkt 2 technologii DLT lub innej podobnej (tutaj rozumianej jako technologii wykorzystującej metody kryptograficzne).

Takie rozumienie kryptoaktywów pokrywa się przykładowo z podejściem Financial Conduct Authority, czyli brytyjskiego organu nadzoru finansowego, który rozumie je jako cyfrową reprezentację wartości lub praw (*contractual rights*) przenoszonych lub „obracanych” elektronicznie i zabezpieczonych metodami kryptograficznymi, a także wykorzystującymi różne formy DLT⁵³.

Z kolei KNF wprowadza definicję nieco bardziej rozszerzoną, określając kryptoaktywa jako „cyfrowe odwzorowanie relacji zachodzących pomiędzy uczestnikami sieci DLT, któremu w ramach tej sieci można przypisać uprawnienia o zróżnicowanym charakterze, w tym np. uprawnienia o charakterze majątkowym. Z tego też względu może być ono akceptowane przez inne podmioty rynkowe oraz stać się między tymi podmiotami przedmiotem obrotu jako zapisane z wykorzystaniem zabezpieczeń kryptograficznych przy wykorzystaniu technologii DLT (w tym *blockchain*), w ramach którego wiązka uprawnień związana z kryptoaktywem może przybrać postać określaną jako token”.

Każda z powyższych definicji jest zasadniczo poprawna, choć trzeba zaznaczyć, że wprowadzenie definicji legalnej kryptoaktywa, jak również próba uregulowania działalności obejmującej przykładowo obrót takimi aktywami wymaga bardzo rozsądnego podejścia i wyważenia interesów oraz zastosowania zasady proporcjonalności. Jest to wynikiem tego, że po pierwsze nieprawidłowe zakwalifikowanie lub pominięcie – prawnie – pewnych aktywów może doprowadzić

do zupełnie odwrotnych skutków niż zamierzone, tj. ochrona stabilności rynków czy konsumenta. Wiele kryptoaktywów może bowiem wymykać się już dzisiaj definicji zawartej w MiCA, a tym samym może być oferowana na „starych” zasadach, tj. z pominięciem pewnej formy nadzoru regulatorów.

Należy także podkreślić, że intencją twórców kryptowalut było stworzenie rozwiązania zdecentralizowanego i „odcięcia” obrotu od pośredników i kontroli państwowej, w tym także uniemożliwienie identyfikacji stron transakcji. Jest to niewątpliwie spore zagrożenie z punktu widzenia przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowania terroryzmu (Anti-Money Laundering – AML) i jest to często przywoływany argument (poza oczywistymi ryzykami o charakterze „inwestycyjnym”, czyli istotną niestabilnością tych aktywów) w dyskusji nad uregulowaniem lub zakazem obrotu kryptowalutami.

W przypadku przepisów krajowych⁵⁴ dotyczących AML transponowanych na podstawie dyrektywy 2015/849⁵⁵ znalazła się bardzo ciekawa definicja tzw. waluty wirtualnej, którą można rozumieć jako cyfrowe odwzorowanie wartości niebędące:

- a) prawnym środkiem płatniczym emitowanym przez NBP, zagraniczne banki centralne lub inne organy administracji publicznej;
- b) międzynarodową jednostką rozrachunkową ustanawianą przez organizację międzynarodową i akceptowaną przez poszczególne kraje należące do tej organizacji lub z nią współpracujące;
- c) pieniądzem elektronicznym w rozumieniu ustawy z 19.8.2011 r. o usługach płatniczych⁵⁶;
- d) instrumentem finansowym w rozumieniu ustawy z 29.7.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi⁵⁷;
- e) wekslem lub czekiem

– oraz jest wymienne w obrocie gospodarczym na prawne środki płatnicze i akceptowane jako środek wymiany, a także może być elektronicznie przechowywane lub przeniesione albo może być przedmiotem handlu elektronicznego.

⁵¹ Zob. https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Stalowisko_UKNF_ws_wydawania_i_obrotu_kryptoaktywami_71794.pdf (dostęp z 20.4.2021 r.).

⁵² Zob. https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Komunikat_ws_funkcjonowania_gield_i_kantorow_kryptowalut_61993.pdf (dostęp z 20.4.2021 r.).

⁵³ FCA, Guidance on cryptoassets, Consultation Paper CP19/3, January 2019, <https://www.fca.org.uk/publication/consultation/cp19-03.pdf> (dostęp z 20.4.2021 r.).

⁵⁴ Art. 2 ust. 2 pkt 26 *PranPienU*.

⁵⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z 20.5.2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE, Dz.Urz. UE L Nr 141, s. 73.

⁵⁶ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1907 ze zm.; dalej jako: *UsłPłatU*.

⁵⁷ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 328 ze zm.

Z powyższej definicji wynika m.in., że:

- obowiązkami w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowania terroryzmu mogą być objęte też podmioty handlujące np. kryptowalutami oraz
- walutą cyfrową – przynajmniej w rozumieniu ustawy o AML – nie jest waluta emitowana przez NBP, zagraniczne banki centralne lub inne organy administracji publicznej.

Jest to o tyle istotne, że wskazuje na wyraźną dystynkcję pomiędzy kryptowalutami a CBDC, choć również, w tym drugim przypadku pojawiają się liczne wyzwania w zakresie przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu.

Część II. Główne wyzwania prawne związane z emisją walut cyfrowych banków centralnych

Mając nakreślony zarys definicyjny oraz otoczenie CBDC, przejść należy do kluczowego zagadnienia prawnego w kontekście emisji walut cyfrowych, przy czym zakładamy tutaj model publicznoprawny, chociaż *T. Adrian* oraz *T. Mancini-Griffoli* słusznie wskazują, że pieniądź prywatny i publiczny mogą – a niekiedy nawet powinny – ze sobą współistnieć⁵⁸. Jest to wynikiem przyjęcia, że model CBDC oparty na bezpośredniej odpowiedzialności banku centralnego w pełni odzwierciedla istotę waluty obowiązującej w danej jurysdykcji czy regionie.

Banki centralne odgrywają bardzo istotną rolę w systemie finansowym oraz gospodarce, realizując różne cele i funkcje. Odpowiadają one m.in. za prowadzenie polityki monetarnej, utrzymanie stabilności finansowej i stabilnego poziomu inflacji, a niekiedy nawet są organami nadzoru⁵⁹. Jedną z najważniejszych funkcji jest jednak emisja waluty (gotówki, monet), która to funkcja stanowi zarazem centralny punkt zainteresowania z perspektywy CBDC. Jest to zarazem duże wyzwanie prawne, jako że najczęściej akty prawne regulujące działalność banków centralnych są niedostosowane do wyzwań cyfrowych czasów, na co wskazuje chociażby obszernie badanie przeprowadzone przez ekspertów Międzynarodowego Funduszu Walutowego⁶⁰.

W dalszej części opracowania skupimy się na funkcji emisyjnej banków centralnych, jedynie w niezbędnym zakresie odnosząc się do innych funkcji, które mogą niekiedy stanowić pewną podstawę do wydawania (emisji) CBDC bez wyraźnej (bezpośredniej) podstawy prawnej. Jednocześnie nie możemy zapominać, że wiele z aspektów dotyczących CBDC nie jest ściśle – lub wyłącznie – powiązanych z funkcjami banków centralnych, a także dotyka sfery prywatnoprawnej czy nawet konstytucyjnej. Jest to również jeden z tych obszarów, który rozważać należy z perspektywy społecznej – dostępu do waluty dla wszystkich grup społecznych (różnicowanych

ze względu na wiek, wykształcenie, biegłość cyfrową czy finansową). Jest to tematyka, którą również poruszymy w kontekście CBDC, choć nie w każdym aspekcie rozważania będą miały wyczerpujący charakter.

Wyzwania prawne, a w jakimś stopniu i regulacyjne, związane z emisją CBDC są na tyle złożone i w dużej mierze uzależnione od kwestii politycznych, że wybór optymalnej drogi – jak też samej decyzji o emisji – nie jest łatwą i szybką ścieżką. Tłumaczy to stosunkowo niewielki odsetek banków centralnych, które rozpoczęły (lub ukończyły) już projekt tworzenia CBDC. Z danych Międzynarodowego Funduszu Walutowego na połowę czerwca 2020 r. wynika, że 36 banków centralnych opublikowało informacje o swoich działaniach w zakresie wdrażania waluty cyfrowej, jedynie trzy państwa zakończyły zaś swoje programy pilotażowe⁶¹, choć w kwietniu 2021 r. dane te są już nieco zdezaktualizowane chociażby przez fakt wdrożenia przez Centralny Bank Bahamów CBDC do powszechnego użycia, jak również informację ze strony Banku Anglii o rozpoczęciu prac nad rozwojem CBDC, o czym była mowa na początku opracowania.

Wyzwania prawno-regulacyjne związane z emisją waluty cyfrowej banków centralnych można podzielić na następujące zagadnienia:

- 1) problematyka szeroko rozumianego prawa banków centralnych oraz prawa monetarnego;
- 2) zagadnienia konstytucyjne powiązane z pkt 1;
- 3) problematyka prawa prywatnego w kontekście „akceptowalności” walut cyfrowych;
- 4) problematyka prawa karnego w kontekście przestępstw przeciwko walucie;
- 5) zagadnienia związane z szeroko rozumianym systemem płatniczym;
- 6) wyzwania regulacyjne (nadzorcze).

Każde z powyższych problemów czy zagadnień może wymagać zgoła innego podejścia w zależności od jurysdykcji, w której emitowana ma być waluta cyfrowa, toteż nie zawsze możliwe jest zaproponowanie uniwersalnego (*one-size-fits-all*) podejścia, choć jak wynika z opracowania IMF⁶², możliwe jest przygotowanie pewnych ogólnych rekomendacji w zakresie reformy prawa monetarnego.

⁵⁸ Zob. <https://blogs.imf.org/2021/02/18/public-and-private-money-can-coexist-in-the-digital-age/> (dostęp z 22.4.2021 r.).

⁵⁹ Zob. https://www.bis.org/publ/othp04_2.pdf (dostęp z 22.4.2021 r.).

⁶⁰ *W. Bossu*, et. al, IMF Working Paper – Legal Aspects of Central..., s. 1 i n.

⁶¹ *R. Auer*, *G. Cornelli*, *J. Frost*, BIS Working..., s. 7.

⁶² *W. Bossu*, et. al, IMF Working Paper – Legal Aspects of Central..., załączniki I i II.

Prawo banków centralnych oraz prawo monetarne jako punkt wyjścia

Uprawnienie banków centralnych do emisji CBDC jest kluczowe i niewątpliwie najbardziej problematyczne zarówno z politycznego, jak i prawnego punktu widzenia. Samo uprawnienie banku centralnego do emisji waluty jest ściśle powiązane z rolą, jaką odgrywają te instytucje w ramach swoich jurysdykcji, którą jest bycie „gwarantem” wypłacalności i pokrycia zobowiązań wyrażonych w gotówce i monetach, czyli pieniądzu. Banki centralne na całym świecie są – za zwyczaj – jedynymi podmiotami uprawnionymi do emisji waluty, a próba „kopiowania” tego uprawnienia jest zagrożona odpowiedzialnością karną.

Zanim przejdziemy do bardziej pogłębionej analizy, spojrzymy, jak w różnych jurysdykcjach kwestia ta znajduje swoje usankcjonowanie.

W art. 4 NBPU przewiduje, że NBP przysługuje wyłączne prawo emitowania znaków pieniężnych RP, w art. 31 znajdziemy zaś postanowienie, zgodnie z którym znakami pieniężnymi RP są banknoty i monety opiewające na złote i grosze. Złote i grosze są więc odzwierciedleniem (jednostką) waluty obowiązującej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Jednocześnie Konstytucja RP w art. 227 ust. 1 przewiduje, że „centralnym bankiem państwa jest Narodowy Bank Polski. Przysługuje mu wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej”. Nie jest to więc wartość określona „wyłącznie” ustawowo, ale także konstytucyjnie.

W przypadku UE w art. 3 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej⁶³ przewidziano, że Unia ustanawia unię gospodarczą i walutową, której walutą jest euro. Przepisy odnoszące się do prawa emisji zostały zawarte w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁶⁴, w tym protokole Nr 4 w sprawie Statutu Europejskiego Systemu Banków Centralnych i Europejskiego Banku Centralnego. W tym pierwszym akcie w art. 128 ust. 1 wskazano, że Europejski Bank Centralny (EBC) ma wyłączne prawo do upoważniania emisji banknotów euro w Unii, a dodatkowo banknoty te są emitowane przez EBC oraz krajowe banki centralne i są one jedynym legalnym środkiem płatniczym w Unii (monety mogą być emitowane przez państwa członkowskie, ale z ograniczeniami o charakterze instytucjonalnym, m.in. w zakresie wielkości emisji określonej przez EBC). Jednocześnie wspomniany już Protokół Nr 4 podkreśla, że Rada Prezesów (EBC) ma wyłączne prawo do upoważnienia do emisji banknotów euro w Unii.

Stany Zjednoczone Ameryki Północnej mają nieco bardziej rozbudowaną konstrukcję prawną w zakresie emisji banknotów, która znalazła się w sekcji 16 pkt 1 Federal Reserve Act będącej najważniejszym aktem prawnym odnoszącym się do działalności banku centralnego USA. Wskazano tam, że banknoty (notes) są emitowane wyłącznie przez Radę Gubernatorów (*Board of Governors*) i są one jedynymi pie-

niędzmi mającymi charakter prawnego środka płatniczego – w pewnym uproszczeniu, bo sam akt reguluje tę kwestię nieco bardziej szczegółowo⁶⁵.

Ciekawym przykładem jest też wspomniany wcześniej Bank Centralny Bahamów. W Central Bank of Bahamas Act z 2020 r. przewidziano w punkcie 5(1)(h), że bank ten pełni funkcję emitenta i zarządzającego walutą Bahamów. Jednocześnie w punkcie 8 doprecyzowano, co należy rozumieć przez walutę, którą są zarówno banknoty i monety, jak i pieniądz elektroniczny regulowany oddzielnym aktem prawnym, tj. Payment Systems Act, 2012⁶⁶. Jednostką waluty jest zaś dolar, który dzieli się na 100 centów. Jest to o tyle interesujące, że do wydawania pieniądza elektronicznego mogą być upoważnione również inne podmioty znajdujące się pod nadzorem banku centralnego. Jeżeli spojrzymy na pkt 12(1) aktu ustanawiającego, to znajdziemy tam też stwierdzenie, że wszystkie banknoty i pieniądz elektroniczny wyemitowane przez bank centralny są prawnym środkiem płatniczym, pkt 12(5) doprecyzowuje zaś, że bank centralny może emitować równolegle banknoty, monety, jak też pieniądz elektroniczny, a także pieniądz elektroniczny w miejsce banknotów i monet. Jest to miejsce, w którym możemy stwierdzić, że to nic innego jak wyraźne upoważnienie do wydawania CBDC, o czym w dalszej części opracowania.

Skoro opracowanie dotyczy CBDC, to nie sposób odwołać się również do Banku (Centralnego) Chińskiej Republiki Ludowej (ChRL). Artykuł 16 aktu ustanawiającego tę instytucję wskazuje, że prawnym środkiem płatniczym w Chińskiej Republice Ludowej jest Renminbi (RMB)⁶⁷ i – co ciekawe – jeżeli waluta ta służy do spłaty publicznych lub prywatnych zobowiązań na terytorium ChRL, nikt nie może odmówić akceptacji płatności w tej walucie. Jeżeli chodzi o samo uprawnienie do emisji waluty, to do tej kwestii odnosi się art. 18 wspomnianego aktu, który określa, że RMB jest drukowany i wydawany wyłącznie przez Bank Chińskiej Republiki Ludowej, a w przypadku nowej emisji bank ma obowiązek publicznie określić warunki tej emisji.

⁶³ Traktat o Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE z 2012 r., C-326.

⁶⁴ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE z 2012 r., C-326.

⁶⁵ Federal reserve notes, to be issued at the discretion of the Board of Governors of the Federal Reserve System for the purpose of making advances to Federal reserve banks through the Federal reserve agents as hereinafter set forth and for no other purpose, are hereby authorized. The said notes shall be obligations of the United States and shall be receivable by all national and member banks and Federal reserve banks and for all taxes, customs, and other public dues. They shall be redeemed in lawful money on demand at the Treasury Department of the United States, in the city of Washington, District of Columbia, or at any Federal Reserve bank. Pełna treść Federal Reserve Act znajduje się pod adresem: <https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/fract.htm> (dostęp z 25.4.2021 r.).

⁶⁶ Zob. http://laws.bahamas.gov.bs/cms/images/LEGISLATION/PRINCIPAL/2012/2012-0007/PaymentSystemsAct2012_1.pdf (dostęp z 26.4.2021 r.).

⁶⁷ Zob. http://www.china.org.cn/business/laws_regulations/2007-06/22/content_1214826.htm (dostęp z 26.4.2021 r.).

Nie są to oczywiście jedyne przykłady rozwiązania kwestii fundamentalnej w celu określenia zakresu uprawnień emisyjnych banków centralnych. W większości jurysdykcji to jednak banki centralne (lub instytucje o podobnym charakterze) uprawnione są do emisji waluty w formie gotówki oraz monet jako podstawowych jednostek waluty.

Jest to o tyle istotne, że banki centralne działają na zasadzie uprawnień przyznanych (kompetencji przyznanych), a wykroczenie poza te ramy może skutkować uznaniem określonych działań będących określanymi mianem *ultra vires*, czyli znajdujących się poza mandatem danej instytucji i potencjalnie skutkujących nieważnością danej czynności. Wątpliwości dotyczące kompetencji banków centralnych pojawiały się już na przestrzeni ostatnich lat, chociażby w kontekście Europejskiego Banku Centralnego i jego nadzwyczajnych operacji monetarnych podjętych w związku z kryzysem strefy euro⁶⁸, a w sytuacji emisji waluty w formie cyfrowej ewentualne naruszenie mogłoby mieć doniosłe skutki dla ważności wielu transakcji czy po prostu ich rozliczeń.

Z tego względu rozpatrując zagadnienie CBDC, istotnym punktem wyznaczającym w ogóle dyskusję nad legalnością emisji walut cyfrowych banków centralnych jest analiza kompetencji tych instytucji do powyższych działań. Jednocześnie należy podkreślić, że w tym kontekście pojawia się też „furtka” w postaci emisji CBDC jako wyłącznie pieniądza czy waluty o charakterze księgowym, a więc waluty czy pieniądza znajdującego się wyłącznie po stronie ksiąg rachunkowych banku centralnego, ale niebędących bezpośrednią odpowiedzialnością tego banku⁶⁹.

Jednocześnie nie można zapominać, że kwestia dotycząca emisji waluty w formie cyfrowej (czy ogólnie walut) nie jest wyłącznie kwestią oceny funkcji czy zadań banku centralnego, ale także – a może przede wszystkim – jego konkretnych uprawnień w tym zakresie. Zagadnienie to należy rozpatrywać więc z tych dwóch perspektyw, które najlepiej można zobrazować na przykładzie NBP.

Zakres zadań NBP określa art. 3 ust. 1 oraz 2 NBPU. Nadrzędnym celem (który, jak przekonamy się dalej, można utożsamiać z zadaniami) jest więc utrzymanie stabilnego poziomu cen przy jednoczesnym wspieraniu polityki gospodarczej rządu, jeżeli nie ogranicza to podstawowego celu NBP. Niejako w uzupełnieniu ust. 2 wskazuje, jakie zadania realizuje NBP:

- 1) organizowanie rozliczeń pieniężnych;
- 2) prowadzenie gospodarki rezerwami dewizowymi;
- 3) prowadzenie działalności dewizowej w granicach określonych ustawami;
- 4) prowadzenie bankowej obsługi budżetu państwa;
- 5) regulowanie płynności banków oraz ich refinansowanie;
- 6) kształtowanie warunków niezbędnych dla rozwoju systemu bankowego;

- 7) działanie na rzecz stabilności systemu finansowego w zakresie instytucji finansowej w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy z 5.8.2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym⁷⁰;
- 8) działanie na rzecz wyeliminowania lub ograniczania ryzyka systemowego, o którym mowa w art. 4 pkt 15 NadSysFinU;
- 9) opracowywanie statystyki pieniężnej i bankowej, bilansu płatniczego oraz międzynarodowej pozycji inwestycyjnej;
- 10) wykonywanie innych zadań określonych ustawami.

Jednocześnie zadania te uzupełnione są przez inne określone w Rozdziale 9 wspomnianej ustawy, jak np. obowiązek wydawania Dziennika Urzędowego, gdzie znajdziemy także pewne uprawnienia NBP m.in. w zakresie możliwości prowadzenia badań.

Istotne jest przy tym to, że uprawnienia NBP oraz jego organów są „rozsiane” po całej ustawie. Kluczowe z punktu widzenia emisji CBDC jest jednak to zawarte w art. 4, czyli wyłączne prawo emitowania znaków pieniężnych Rzeczypospolitej Polskiej.

Patrząc z punktu widzenia przepisów NBPU, prawo do emisji CBDC bankowi centralnemu nie przysługuje, co jest składową następujących elementów będących zarazem formalnym wymogiem dla uznania takiego uprawnienia:

- 1) ograniczenie prawa do emisji znaków pieniężnych będących banknotami oraz monetami (art. 31 NBPU, a także następne przepisy odnoszące się m.in. do niszczenia banknotów);
- 2) brak wyraźnego uprawnienia do emisji pieniądza w formie innej niż materialna;
- 3) brak wskazania funkcji lub zadań NBP w zakresie obsługi (nadzoru) systemów płatniczych, choć taka funkcja wynika z ustawy z 24.8.2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami⁷¹.

Patrząc z punktu widzenia literalnego brzmienia przepisów, Narodowy Bank Polski nie jest więc na dziś uprawniony do emisji waluty w formie cyfrowej. Pewnego wsparcia można by szukać w art. 3 ust. 2 pkt 6 NBPU, który wśród zadań banku wymienia kształtowanie warunków niezbędnych do rozwoju systemu bankowego. W pewnych warunkach możli-

⁶⁸ Wyrok Trybunału (wielka izba) z 16.6.2015 r., C-62/14, treść wyroku dostępna pod adresem: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=96E9CD9309B53FFFC9C41CE566773EAD?text=&docid=165057&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12098777> (dostęp z 28.4.2021 r.).

⁶⁹ Podobnie: W. Bossu, et. al, IMF Working Paper – Legal Aspects of Central..., s. 14.

⁷⁰ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 140 ze zm.; dalej jako: NadSysFinU.

⁷¹ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 212 ze zm.; dalej jako: OstateczRachU.

we byłoby przyjęcie, że pewna forma – niebędąca klasycznym CBDC – mogłaby być „emitowana” przez NBP. To jednak wątpliwość, która wymagałaby dużej „gimnastyki” prawnej. Poza tym taka „ułamkowa” wersja CBDC nie byłaby znakiem pieniężnym w rozumieniu NBPU, a więc nie byłby prawnym środkiem płatniczym obowiązującym na terytorium RP.

Wynika to z faktu, że należy odróżnić od siebie prawne środki płatnicze (zazwyczaj emitowane przez banki centralne) od instrumentów płatniczych, które należy rozumieć zgodnie z definicją zaproponowaną w art. 2 pkt 10 UsłPłatU jako zindywidualizowane urządzenie lub uzgodniony przez użytkownika i dostawcę zbiór procedur, wykorzystywane przez użytkownika do złożenia zlecenia płatniczego czy też pieniądza elektronicznego, który jest wartością pieniężną przechowywaną elektronicznie, w tym magnetycznie, wydawaną, z obowiązkiem jej wykupu, w celu dokonywania transakcji płatniczych, akceptowaną przez podmioty inne niż wyłącznie wydawca pieniądza elektronicznego.

Jest to istotna dystynkcja, gdyż wspomniane instrumenty pieniężne i pieniądz elektroniczny nie są formalnie prawnymi środkami płatniczymi. B. Bajor wskazuje, że „instrument płatniczy nie jest prawnym środkiem płatniczym – jak pieniądz gotówkowy, czyli banknoty i monety – ale pozwala na zainicjowanie zlecenia płatniczego i zrealizowanie płatności”⁷², pieniądz elektroniczny zaś „(...) nie ma prawnej mocy umarzania zobowiązań jak pieniądz gotówkowy”, a ten ostatni element jest kluczowy dla oceny, czy mamy do czynienia z walutą czy też jakąś formą pieniądza.

W konsekwencji e-złoty mógłby być uznawany za prawny środek płatniczy, jeżeli byłby traktowany „jak” znak pieniężny, co w obecnym stanie prawnym nie jest możliwe.

Wracając na chwilę do zadań, które wykonuje NBP, warto przywołać zadanie polegające na kształtowaniu warunków niezbędnych dla rozwoju systemu bankowego. Czysto teoretycznie z tego zadania można „wyabstrahować” mandat dla banku centralnego do podjęcia działań w celu digitalizacji waluty przy zastrzeżeniu, że w dalszym ciągu pozostają ograniczenia dotyczące formy waluty, która ma charakter wyłącznie materialny.

W jaki sposób zapewnić możliwość emisji CBDC?

1. Sfera publicznoprawna

Na to pytanie częściowo znaleźć można odpowiedź w poprzednich rozdziałach. O ile możliwe jest uznanie za wystarczające do emisji CBDC wskazanie wprost uprawnienia do emisji waluty, to warunkiem koniecznym jest takie ukształtowanie samej definicji waluty, aby była ona pojemna (nieograniczona) lub wprost wskazywała na istnienie waluty wirtualnej jako równoważnej walucie o charakterze materialnym. Tylko w takiej sytuacji waluta cyfrowa będzie mogła być zaliczona do tzw. waluty FIAT, czyli waluty fiducjarnej

emitowanej przez państwo i będącej zobowiązaniem tego państwa. Oczywiście w pewnym uproszczeniu.

Jeżeli bankowi centralnemu przysługuje prawo emisji waluty, ale jednocześnie jest ona ograniczona do materialnych nośników wartości jak banknoty czy monety, to z pewnością jest to przeszkoda dla uznania możliwości emisji CBDC przez bank centralny⁷³. Jednym ze sposobów jest oczywiście wyraźne uwzględnienie w zbiorze „waluty” poza materialnymi banknotami i monetami, także innej formy, czyli przykładowo waluty czy pieniądza cyfrowego. Istotne będzie tutaj wprowadzenie wyraźnej dystynkcji pomiędzy tym co materialne a tym co cyfrowe przy jednoczesnym zapewnieniu równoważności tych form w kontekście umarzania zobowiązań. Jeżeli więc w NBPU znalazłoby się przykładowo stwierdzenie, że NBP przysługuje wyłączne uprawnienie do emitowania znaków pieniężnych i jednocześnie do znaków pieniężnych zaliczyłibyśmy też walutę wirtualną czy cyfrową, to taka konstrukcja z pewnością byłaby wystarczająca przynajmniej w kontekście emisji.

Warto tutaj zwrócić uwagę na rozwiązania zaprezentowane przez Bank Centralny Bahamów, o którym mowa była w początkowych rozdziałach. Bank ten został upoważniony do emisji cyfrowej waluty, która jednocześnie stanowi pieniądz elektroniczny w rozumieniu odpowiedniego aktu prawnego o charakterze mieszanym (odnoszącym się do możliwości emisji e-pieniądza zarówno przez bank centralny, jak i podmioty prywatne). Jednocześnie w prawie banku centralnego Bahamów znajdziemy zapis, zgodnie z którym banknoty i monety mogą być emitowane wyłącznie przez ten bank⁷⁴, taki zapis nie znalazł się zaś w odniesieniu do cyfrowej waluty, o której mowa powyżej. Wprawdzie w pkt 9 tego aktu odnajdziemy stwierdzenie, że co do zasady zobowiązania są umarzane w walucie Bahamów, o ile co innego nie wynika wprost z danej czynności, to jednak pojawia się wątpliwość, czy rzeczywiście rozwiązania wprowadzone przez Bank Centralny Bahamów to prawdziwe CBDC czy też bardziej pieniądz elektroniczny, który może być emitowany przez ten bank.

Nie jest to jednak koniec problemów, które należy rozwiązać w tym kontekście. Jeżeli przejdziemy do art. 33 oraz n. NBPU, to widać wyraźnie, że konsekwencją wprowadzenia CBDC do polskiego porządku prawnego jest konieczność zmiany przepisów m.in. w zakresie sposobu określania wzorów i wartości nominalnej czy w ogóle aspektów technicznych waluty cyfrowej, które mogłyby wzorem materialnych zna-

⁷² B. Bajor, J. Byrski, Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz, wyd. II. – komentarz do art. 2, Lex/el. rok 2020.

⁷³ Podobne rozwiązania przewiduje także prawo banku centralnego Szwecji – The Sveriges Riksbank Act Lagen (1998:1385) om Sveriges riksbank (1 February 2016), a warto nadmienić, że Szwecja intensywnie pracuje nad koncepcją e-korony: <https://www.riksbank.se/en-gb/about-the-riksbank/policy-documents/the-sveriges-riksbank-act/> (dostęp z 7.5.2021 r.).

⁷⁴ Pkt 10.1. Central Bank of Bahamas Act, 2020.

ków pieniężnych być regulowane przez Prezesa NBP w drodze zarządzenia. Podobną uwagę można poczynić w kontekście wymiany znaków pieniężnych, które uległy uszkodzeniu lub zniszczeniu – pojawia się tutaj także pytanie, w jakim momencie lub na skutek jakich zdarzeń waluta cyfrowa również mogłaby utracić ważność. Wydaje się, że mogłoby to nastąpić np. na skutek działania strony trzeciej i przykładowo „uszkodzenia” certyfikatów. To także kwestia szeroko rozumianej gospodarki znakami pieniężnymi na terytorium RP.

W tym kontekście warto również zwrócić uwagę na inny aspekt wykraczający poza sferę prawa monetarnego, czyli kwestie prawnokarne związane z szeroko rozumianym przestępstwami przeciwko obrotowi pieniędzmi, które w krajowym porządku prawnym znajdują się w Rozdziale XXXVII KK. W szczególności chodzi tutaj o przepisy dotyczące podrabiania lub przerabiania pieniędzy lub znaków pieniężnych, a także wprowadzania do obiegu, a ściślej rzecz biorąc rozszerzenia tego typu przestępstw na ewentualne waluty wirtualne, które również będą mogły – nawet w przypadku użycia rozwiązań opartych o *blockchain* – również występować. Należy to także skorelować z przepisem art. 35 NBPU, który przewiduje, że fałszywe znaki pieniężne podlegają zatrzymaniu, bez prawa do zwrotu ich równowartości.

Jednocześnie przemyslenia wymaga wprowadzenie do KK nowego typu przestępstwa lub przestępstw związanych z przełamaniem zabezpieczeń walut wirtualnych i przykładowo dokonywaniem zmiany nominału czy posiadacza. Kwestie z tym związane powinny być jednak równoległe z decyzją o zastosowaniu konkretnych rozwiązań technologicznych, które determinowały będą także formę waluty cyfrowej.

Zastanowić się należy także nad zagadnieniem ewentualnych zmian w Konstytucji RP. Nawiązując do art. 227 ust. 1, który stanowi, że NBP „przysługuje (...) wyłączne prawo emisji pieniądza (...)”, można rozważyć potrzebę, ale i sens wprowadzania ewentualnych modyfikacji. Problemem, na który warto zwrócić uwagę, jest kwestia braku precyzji w zakresie stosowanych definicji. Jeżeli nawiążemy do analizowanego już art. 4 NBPU, to uznamy, że NBP przysługuje prawo emisji znaków pieniężnych, przytoczony zaś przepis Konstytucji RP odwołuje się do emisji pieniądza, a nie znaków pieniężnych. Czy są to pojęcia tożsame?

Odpowiedź nie jest oczywista, na co wskazuje analiza przeprowadzona na początku opracowania. Wydaje się jednak, że na te definicje należy patrzeć przez pryzmat tego, w jakim celu zostały one umieszczone w aktach prawnych. *M. Florczak-Wątor* wskazuje, że „w zakresie realizacji tego zadania NBP [emisji pieniądza – przyp. *M. Nowakowski*] działa w charakterze władzy monetarnej sterującej działalnością całego systemu bankowego, posługując się instrumentami finansowymi. W tym zakresie partycypuje on w emisji tzw. pieniądza centralnego, przede wszystkim w postaci depozytów a vista banków komercyjnych i budżetu państwa

gromadzonych na ich rachunkach w banku centralnym oraz kredytów udzielanych państwu w celu sfinansowania deficytu budżetowego”⁷⁵. Wskazuje to na fakt, że jest to nic innego jak pieniądz banku centralnego, przez który rozumiemy także samą walutę wyrażoną w jednostkach monetarnych oraz w materialnej formie znaków pieniężnych.

Przyjmując taką interpretację, można założyć, że sama Konstytucja RP nie stoi na przeszkodzie dla przyznania NBP prawa do emisji pieniądza w formie cyfrowej, a nie wyłącznie materialnej. Jest to dość istotne ułatwienie w procesie ewentualnego dostosowania otoczenia prawnego dla emisji CBDC w Polsce, jeżeli taka decyzja o charakterze politycznym oczywiście zapadnie.

Jednocześnie należy jedynie zasygnalizować, że w sferze publicznej pojawiają się także inne zagadnienia o charakterze operacyjnym czy infrastrukturalnym, jak chociażby w kontekście dokonywania rozliczeń przez banki centralne. W przypadku przykładowo rozliczeń międzybankowych (intra bank), gdzie występować może kilka podmiotów „obracających” różnym rodzajem pieniądza (najczęściej banku komercyjnego), wyzwania związane z rozliczeniem płatności opartej o walutę cyfrową mogą być znaczące. W Polsce funkcjonują dwa systemy rozliczeń i rozrachunku – Sorbnet2⁷⁶ (stosowany głównie do transakcji międzybankowych oraz wysokokwotowych) oraz Target2⁷⁷ o charakterze paneuropejskim. Oba systemy pozwalają na powyższe operacje w trybie rzeczywistym. Odpowiednie ułożenie konstrukcji – również technologicznej CBDC – będzie więc tutaj niezwykle istotne, gdyż pociągnie za sobą także zmiany w kontekście powyższych systemów.

W szczególności rozliczenia w ramach Sorbnet2 będą wymagały istotnych zmian. Opis zasad samego systemu został zawarty w dokumencie „SORBNET2 Zasady funkcjonowania systemu” opublikowanym przez NBP 21.1.2021 r.⁷⁸, które odnoszą się m.in. do kwestii otwierania rachunków dla banków komercyjnych w ramach NBP. W przypadku jednak, gdyby rozważany był wariant „szerszy” obejmujący możliwość otwierania rachunków dla indywidualnych podmiotów (osób fizycznych i prawnych), zmiany te będą znacznie bardziej rozbudowane ze względu na konieczność dokonania także zmian w samej architekturze systemu.

Sprawa komplikuje się jeszcze bardziej w przypadku transakcji z użyciem CBDC, które miałyby być realizowane ponadnarodowo, czyli transakcje cross-border, na co wskazu-

⁷⁵ *M. Florczak-Wątor*, Komentarz do art. 227, [w:] *P. Tuleja* (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, wyd. II, Lex/el. 2019.

⁷⁶ Zob. https://www.nbp.pl/home.aspx?f=/systemplatniczy/informacja_sorbnet2.html (dostęp z 11.5.2021 r.).

⁷⁷ Zob. <https://www.nbp.pl/home.aspx?f=/systemplatniczy/target2/informacja.html> (dostęp z 11.5.2021 r.).

⁷⁸ Zob. <https://www.nbp.pl/systemplatniczy/SORBNET2-Zasady-funkcjonowania-systemu.pdf?v=2021> (dostęp z 12.5.2021 r.).

ją chociażby R. Auer, P. Haene oraz H. Holden, podkreślając w szczególności wyzwania związane z interoperacyjnością⁷⁹. Jeżeli dodatkowo spojrzymy na ambitne plany FSB oraz FSB⁸⁰ w zakresie stworzenia prawdziwie międzynarodowych ram prawno-operacyjnych dla płatności międzynarodowych, to próba ułożenia na dziś całego procesu przepływu środków z udziałem CBDC może okazać się nie tyle zadaniem trudnym do wykonania, ile niewykonalnym w obecnych warunkach.

Jest to jednak zagadnienie w mniejszym stopniu o charakterze prawnym, a bardziej operacyjno-infrastrukturalno-technicznym i nie będzie ono analizowane w szczegółach w dalszej części. Jednocześnie nie można zapominać, że część z tych zagadnień będzie miała także charakter prywatnoprawny, np. w kontekście uzgodnień międzybankowych w zakresie rozliczeń.

Na koniec warto zwrócić uwagę, że wprowadzenie CBDC będzie też w istotny sposób wpływało na kwestie związane z przeciwdziałaniem praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, choć wydaje się, że niezależnie od przyjętego modelu obecnie obowiązujące przepisy będą pokrywały wymogi w tym zakresie. Wyzwania pojawią się też niewątpliwie w kontekście zapewnienia bezpieczeństwa cybernetycznego (cybersecurity), jako że CBDC będący formą cyfrową waluty będzie podatny na liczne zagrożenia w tym zakresie.

2. Sfera prywatnoprawna

Obszar szeroko rozumianego prawa publicznego dotyczącego CBDC jest jedynie częścią kompleksowego zagadnienia, jakim jest budowa ekosystemu dla emisji walut cyfrowych. Choć samo zagadnienie prawa do emisji oraz czynności pokrewnych jest niewątpliwie pierwszym krokiem, od którego zależy przyszłość takiej waluty w formie niematerialnej, to znaczna część problemów i wyzwań jest związana także ze sferą prywatnoprawną lub na pograniczu publicznej i prywatnej. Pierwszym tego przykładem będzie sfera rozliczenia i rozrachunku oraz systemów płatności, która podlegać będzie niewątpliwie istotnym zmianom w związku z pojawieniem się pieniądza czy waluty cyfrowej, ale zagadnień jest znacznie więcej, jak np. kwestia umarzania zobowiązań i stwierdzenia momentu dokonania płatności (co będzie też zależne od wyboru modelu CBDC). Tym obszarom poświęcony jest kolejny rozdział opracowania.

Jednocześnie zwrócić trzeba uwagę na fakt, że samo wprowadzenie CBDC wiąże się także z innymi – niefinansowymi obszarami – które w wielu opracowaniach są pomijane. Chodzi tutaj mianowicie o kwestie dotyczące identyfikacji cyfrowej czy ochrony danych osobowych, które staną się immanentną częścią nowej formy waluty. W dalszej części kwestie te zostaną jedynie zasygnalizowane.

2.1. Systemy płatności

Wprowadzenie nowej formy rozliczeń (i pieniądza) w formie cyfrowej wymagać będzie pewnych zmian na poziomie systemów płatności. Sam system płatności można definiować na wiele sposobów. Przykładowo A. Fussel oraz T. Kokkola wskazują, że jest to zestaw instrumentów, pośredników, zasad, procedur, procesów oraz międzybankowych systemów transferu środków, które łącznie mają na celu ułatwienie przepływu pieniądza w danym państwie lub regionie⁸¹. Z kolei, gdy spojrzymy na definicję zawartą w Ostatecznym RachU, to za system płatności uznamy podlegające prawu polskiemu prawne powiązania pomiędzy co najmniej trzema instytucjami, w tym co najmniej jedną z instytucji, o których mowa w pkt 5 lit. a–d [banki, w tym bank centralny] lub lit. h, z wyłączeniem uczestnika pośredniego, w ramach których obowiązują wspólne dla tych uczestników zasady przeprowadzania rozliczeń lub realizacji ich zleceń rozrachunku, o których mowa w pkt 12 lit. a [zlecenie uczestnika dotyczące przekazania kwoty pieniężnej na rachunek odbiorcy prowadzony przez agenta rozrachunkowego lub inne zlecenie, które powoduje wykonanie lub zwolnienie z zobowiązania pieniężnego, zgodnie z zasadami systemu płatności], z zastrzeżeniem art. 2a.

Poza oczywistymi zagadnieniami, jak kwestia ustaleń organizacyjno-technicznych dla systemów płatności, które w głównej mierze będą uzależnione od ustaleń pomiędzy systemami płatności, w kontekście CBDC istotne znaczenie będzie miało określenie momentu wprowadzenia zlecenia rozrachunku do systemu oraz momentu, od którego zlecenie nie może być odwołane. Kwestie te zostały uregulowane w art. 6 omawianej ustawy stanowiącym, że moment wprowadzenia zlecenia rozrachunku do systemu oraz moment, od którego zlecenie rozrachunku nie może być odwołane, określają zasady funkcjonowania tego systemu. W praktyce podmiot koordynujący działanie systemu płatniczego będzie odpowiedzialny za koordynację funkcjonowania systemu wraz z innymi systemami. W przypadku walut cyfrowych można założyć, że sprawa będzie zasadniczo ułatwiona, gdyż z samej istotny CBDC ma być rozliczane w czasie rzeczywistym, a przynajmniej takie powinno być jego założenie. Mogłoby to w sposób istotny wpłynąć na ograniczenie ryzyka systemowego⁸² wynikającego z obecnie stosowanego

⁷⁹ R. Auer, P. Haene, H. Holden, Multi-CBDC arrangements and the future of crossborder payments, BIS Papers No 115, artykuł dostępny pod adresem: <https://www.bis.org/publ/bppdf/bispap115.pdf> (dostęp z 11.5.2021 r.).

⁸⁰ FSB, Enhancing Cross-border Payments. Stage 3 roadmap, raport dostępny pod adresem: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P131020-1.pdf> (dostęp z 11.5.2021 r.).

⁸¹ A. Fussel oraz T. Kokkola, Key Concepts – Payments [w:] T. Kokkola (red.), Payments, securities and derivatives, and the role of the Eurosystem, ECB 2010, s. 25.

⁸² M. Amamiya, Should the Bank of Japan Issue a Digital Currency? Speech at a Reuters Newsmaker Event in Tokyo, July 5, 2019, s. 11–12.

systemu rozliczeń, który zakłada „zbieranie” określonej puli transferów i dokonywanie ich rozliczeń i rozrachunku w konkretnych godzinach.

Wiele jednak zależy będzie od ustawień systemowych oraz ich efektywności. Niewątpliwie będzie to wyzwanie natury infrastrukturalnej i operacyjnej, gdyż jednorazowe rozliczanie znacznej liczby transakcji może wymagać dużej mocy obliczeniowej, które ma kluczowe znaczenie dla wykonania zobowiązań, na co wskazuje m.in., *T. Shima* definiując ostateczność rozrachunku jako zwolnienie z obowiązku wykonania poprzez transfer środków, który jest nieodwołalny i bezwarunkowy⁸³.

2.2. Usługi płatnicze

Również w kontekście samych usług płatniczych w związku z wprowadzeniem CBDC mogą pojawić się istotne zmiany, co oczywiście ma ścisły związek z wyborem formy CBDC. Jednym z kluczowych zagadnień będzie ocena, czy ewentualne rachunki otwierane w bankach centralnych będą traktowane jak rachunki płatnicze i tym samym czy zastosowanie do nich będą miały przepisy regulujące usługi płatnicze, a także jakiemu reżimowi poddane zostaną ewentualne tokeny – czy będą one instrumentami płatniczymi czy też „czymś” więcej?

Będzie to miało istotne znaczenie, na dziś wydaje się bowiem, że przepisy przykładowo UsłPłatU nie będą wystarczające do prawidłowego i efektywnego „zaimplementowania” CBDC, np. w odniesieniu do momentu otrzymania zlecenia czy czasu wykonania transakcji. Czy w przypadku gdy – teoretycznie – rozliczenie CBDC odbywałoby się w czasie rzeczywistym, to dostawcy płatnika i odbiorcy mogliby nadal stosować standardowe zapisy ustawy, czy też w takim wypadku należałoby raczej dokonać modyfikacji tych zapisów?

2.3. Identyfikacja cyfrowa

Wprowadzenie nowej waluty w zależności od wyboru modelu CBDC będzie wymagało rozważnego podejścia do kwestii identyfikacji cyfrowej posiadaczy walut cyfrowych i to zarówno z punktu widzenia osób fizycznych, jak i korporacyjnych. Szczególnie w tym drugim przypadku istotne jest zapewnienie odpowiednich rozwiązań, które oparte będą o rozwiązanie eIDAS, czyli rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z 23.7.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE⁸⁴ lub jego kolejnej wersji, która zgodnie z założeniami Komisji powinna w sposób kompleksowy odnieść się właśnie do identyfikacji cyfrowej podmiotów o strukturze korporacyjnej⁸⁵. W praktyce rozwiązania te mogą bazować zarówno na modelu prywatnym opartym

o dostawców usług zaufania, jak i bardziej rozbudowanym modelu publicznym czy też hybrydowym.

Kwestia wprowadzenia jednolitego i interoperacyjnego rozwiązania pozwalającego na identyfikację cyfrową posiadaczy CBDC (niezależnie od wybranego modelu) będzie kluczowa⁸⁶, decydować będzie bowiem o tym, w jakim czasie dokonana zostanie płatność – zakładając, że nie mówimy o sytuacji, w której pieniądź znajduje się w obrocie w sposób anonimowy, co również – teoretycznie – mogłoby zostać zrealizowane.

Istotne będzie więc tutaj, po pierwsze, utworzenie odpowiednich rozwiązań zapewniających identyfikację cyfrową wszystkich podmiotów, które będą mogły być posiadaczami CBDC, co wymagać będzie niewątpliwie podjęcia działań o charakterze systemowym, a po drugie, stworzenie odpowiednich ram zapewniających identyfikację podmiotów niebędących podmiotami o „rodowodzie” krajowym, co zresztą będzie niewątpliwie wyzwaniem zarówno dla krajowej legislacji, jak i podmiotów odpowiedzialnych za CBDC.

2.4. Ochrona danych osobowych

Zagadnienie ochrony danych osobowych jest ściśle powiązane z wyborem modelu CBDC – podobnie zresztą jak wspomniana kwestia identyfikacji cyfrowej. Ponownie czyniąc założenie, że waluta cyfrowa funkcjonować będzie w modelu account-based, rozstrzygnięcia będzie wymagać analiza pod kątem ochrony danych osobowych, co oczywiście jest już dzisiaj w pewnym stopniu zaadresowane w UsłPłatU, jak również – częściowo ustawie z 29.8.1997 r. – Prawo bankowe⁸⁷ czy rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.4.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)⁸⁸.

Chodzi tutaj oczywiście o fakt, że w przypadku CBDC powiązanego z tożsamością cyfrową oraz rachunkiem płatniczym pojawi się wiele wyzwań związanych z przetwarzaniem danych osobowych, do których dostęp może mieć większa liczba podmiotów. Trudno jednak na obecnym etapie rozwoju koncepcji CBDC przewidywać, jak powinny zostać ukształtowane przepisy w tym zakresie.

⁸³ *T. Shima*, The Legal Concept „Settlement Finality” in Funds Transfers System, <https://www.fsa.go.jp/frtc/nenpou/2006a/11e.pdf> (dostęp z 14.5.2021 r.).

⁸⁴ Dz.Urz. UE Nr L257, s. 73.

⁸⁵ Zob. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/digital-identity-and-trust-commission-launches-public-consultation-eidas-regulation> (dostęp z 16.5.2021 r.).

⁸⁶ Zob. <https://www.ft.com/content/88f47c48-97fe-4df3-854e-0d404a-3a5f9a> (dostęp z 16.5.2021 r.).

⁸⁷ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2439 ze zm.

⁸⁸ Dz.Urz. UE L Nr 119, s. 1.

Podsumowanie

Decyzja o wprowadzeniu waluty cyfrowej powinna być poprzedzona dogłębną analizą możliwości i zasadności podjęcia takiej decyzji, nawet pomimo uznania, że korzyści związane z wprowadzeniem CBDC są istotne. Wynika to z faktu, że CBDC wymaga podjęcia wielu działań o charakterze systemowym w wielu obszarach, nie tylko prawnym, ale także infrastrukturalnym, operacyjnym czy nawet edukacyjnym. Nie można także zapominać, że pełna cyfryzacja poprowadzona w sposób niezorganizowany może prowadzić do wykluczenia cyfrowego oraz finansowego.

Ważnym elementem CBDC jest także jego interoperacyjność rozumiana jako możliwość łatwego „zaimplementowania”, np. e-złotego czy e-euro do globalnej sieci płatności międzynarodowych. Jedynie w takim przypadku osiągnięty zostanie wysoki poziom efektywności waluty cyfrowej w skali światowej, a przecież stworzenie sieci płatności międzyro-

dowych jest wskazywane jako jedno z wyzwań dla organizacji oraz instytucji.

Większość z wyzwań związanych z emisją CBDC będzie wiązała się z koniecznością podjęcia działań o charakterze prawno-regulacyjnym, jak też operacyjnym po stronie samych instytucji (banków) znajdujących się w sieci realizacji płatności, jak też wielu organów nadzoru, w tym Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, NBP czy Generalnego Inspektora Informacji Finansowej. Ważna będzie również koordynacja na poziomie międzynarodowym.

Wiele z zagadnień dotyczących sfery realizacji „projektu” CBDC zostało jedynie zasygnalizowanych, co jest związane z mnogością rozwiązań, które mogą pojawić się w kontekście wyboru modelu emisji. Dlatego też nie jest to opracowanie wyczerpujące wszystkie problemy czy wyzwania związane z walutą cyfrową banków centralnych. Niewątpliwie jednak jest to obszar, który wymaga bardzo uważnej analizy i monitorowania.

Słowa kluczowe: waluty cyfrowe banków centralnych, CBDC, cyfrowy pieniądź, fintech, banki centralne, kryptoaktywa.

Selected legal and regulatory issues for central bank digital currencies (CBDCs) from a national and international perspective

In a dynamically changing environment, which is becoming increasingly digital, also the broader financial area is undergoing significant transformations. One of its manifestations is the gradual transition of financial services „to” smartphones and the progressive evolution of new forms of non-cash payments. Central banks are also beginning to recognize the need to improve cash flows, which is manifested, among other things, by increased interest in Central Bank Digital Currencies (CBDC), although today it is difficult to talk about real plans for a large-scale implementation of CBDC. There are several reasons for this state of affairs. Starting from the lack of interest of policymakers, through infrastructural limitations, to issues of legal and regulatory nature. This article is devoted to the latter issue, i.e. the reasons for difficulties regarding implementation of CBDCs into national legal systems. It also includes specific recommendations for possible changes. At the same time, the article is divided into two parts. The first one presents general assumptions of CBDC and shows basic definitions, while the second one deals with specific legal and regulatory challenges related to (the intention of) issuing CBDC.

Key words: central bank digital currencies, CBDC, digital money, fintech, central banks, cryptocurrency.



Kompleksowe omówienie problematyki połączenia prawa nowych technologii z pracą prawnika

ksiegarnia.beck.pl

Zadzwonić: 81 46 13 300

E-mail: kontakt@beck.pl



New Competition Tool – (utracona) szansa na rozwiązanie algorytmicznych problemów prawa konkurencji

Filip Wiaderek¹

Milcząca zmowa (ang. *tacit collusion*) od wielu lat pozostaje nierozwiązanym problemem w publicznoprawnej ochronie konkurencji. Przyjmuje się, że stanowi ona jeden ze strukturalnie uwarunkowanych braków konkurencji. W celu rozwiązania tego problemu niektóre systemy prawa antymonopolowego wytworzyły własne instytucje prawne uzupełniające zestaw tradycyjnych „narzędzi” prawa konkurencji. W UE toczą się obecnie prace nad poszerzeniem zakresu instytucji prawnych, którymi dysponuje Komisja Europejska. Przebieg prac legislacyjnych wskazuje, że Unia dostrzega wpływ rosnącej powszechności rozwiązań technologicznych wykorzystujących techniki algorytmiczne na rozwój problemu milczących zmów. W odpowiedzi na to wyzwanie rozważane jest przyjęcie rozwiązań wzorowanych na wspomnianych wcześniej swoistych instytucjach krajowych. Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie wyzwań związanych z wpływem nowych technologii na zjawisko milczącej zмовы, a także zarysowanie konstrukcji prawnych, których wprowadzenie do unijnego porządku prawnego jest obecnie dyskutowane.

Uwagi wstępne

W czerwcu 2020 r. Komisja Europejska powiadomiła, że rozpoczyna pracę nad nową inicjatywą ustawodawczą, której celem jest „dostosowanie polityki konkurencyjności i przepisów w tej dziedzinie do realiów nowoczesnej gospodarki”². Zdając sobie sprawę z tego, że obecnie obowiązujące instytucje unijnego prawa antymonopolowego nie stanowią adekwatnego remedium na wszystkie problemy nowoczesnej gospodarki, Komisja zaczęła prace nad nowymi narzędziami ochrony konkurencji, za pomocą których byłaby w stanie wypełnić istniejące luki w systemie unijnego prawa antymonopolowego.

Omawiana w niniejszym opracowaniu inicjatywa została nazwana „New Competition Tool” (dalej jako: NCT). Stanowi ona projekt instytucji zorientowanej na identyfikowanie i zwalczanie strukturalnych zagrożeń i braków konkurencji. Jednym z nich jest podejmowany od wielu lat przez przedstawicieli literatury przedmiotu problem milczącej koordynacji zachowań rynkowych (ang. *tacit collusion*). Coraz częstsze stosowanie rozwiązań cyfrowych, opartych na automatycznym przetwarzaniu rozległych zbiorów danych sprawia, że problem ten zaczyna stawać się coraz bardziej powszechny i z większą intensywnością oddziałuje na sprawność działania mechanizmu konkurencji na rynkach nim dotkniętych.

Pierwotny projekt zakładał cztery możliwe scenariusze rozwoju tej inicjatywy, różniące się od siebie przedmiotowym (nieograniczony zakres horyzontalny albo ograniczenie do sektora cyfrowego) oraz podmiotowym (przedsiębiorcy zajmujący pozycję dominującą albo przedsiębiorcy działający na rynkach, na których występują strukturalne problemy konkurencji)³ zakresem stosowania. Ostatnie wypowiedzi

przedstawicieli Komisji sugerują, że zakres przedmiotowej inicjatywy zostanie ograniczony do rynków cyfrowych i zostanie powiązany z inną inicjatywą unijną, nad której projektem prace toczą się równolegle – *Digital Markets Act*⁴. W mojej ocenie tego rodzaju rozwiązanie jest zmarnowaniem szansy na wyposażenie Komisji w narzędzie rozwiązywania problemów, wobec których od lat pozostaje bezsilna, a które wraz z nastaniem cyfrowej rzeczywistości coraz intensywniej oddziałują na konkurencję.

Milcząca koordynacja zachowań rynkowych (ang. *tacit collusion*)

Milcząca koordynacja zachowań rynkowych to zjawisko polegające na tym, że kilku konkurentów na podstawie wzajemnej obserwacji swoich zachowań jest w stanie doprowadzić do ich koordynacji, nie zawierając jednocześnie formalnego porozumienia w tym przedmiocie. Tradycyjnie w literaturze zwraca się uwagę, że zjawisko to będzie występowało, jeżeli pojawią się sprzyjające ku temu warunki ryn-

¹ Doktorant w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

² Komisja Europejska, Jednolity rynek – nowe uzupełniające narzędzie służące skuteczniejszemu egzekwowaniu reguł konkurencji, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Jednolity-rynek-nowe-uzupelniajace-narzedzie-s%C5%82uzace-skuteczniejszemu-egzekwowaniu-regu%C5%82-konkurencji_pl> (dostęp z 10.8.2021 r.).

³ The New Competition Tool, Inception Impact Assessment (Ares(2020)2877634), s. 3.

⁴ Komisja Europejska, The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets, <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en> (dostęp z 10.08.2021).

kowe⁵. Ich zaistnienie powoduje, że koordynacja zachowań rynkowych staje się możliwa w wyniku pojawienia się możliwości wzajemnego rozpoznania swoich strategii rynkowych przez konkurentów. Jak pokazuje praktyka obrotu gospodarczego, problem *tacit collusion* zaczyna występować na coraz większą skalę. Oprócz postępujących procesów koncentracji na wielu rynkach⁶, swój udział ma w tym coraz częstsze wykorzystywanie przez przedsiębiorców oprogramowania pozwalającego na monitorowanie zachowań konkurentów i dostosowywanie do nich swoich cen. Skutkiem popularności przywołanych rozwiązań jest to, że istotne w perspektywie możliwości powstania zjawiska milczącej koordynacji cechy rynku zaczynają pojawiać się na nim nie jako bezpośrednia konsekwencja jego struktury, ale jako rezultat stosowania omówionych rozwiązań informatycznych.

Tacit collusion a stosowanie algorytmów

Słownik języka polskiego definiuje pojęcie algorytmu jako: „ściśle określony ciąg czynności, których wykonanie prowadzi do rozwiązania jakiegoś zadania”⁷. W rzeczywistości każdy usystematyzowany sposób wykonywania określonej czynności możemy nazwać „algorytmem”⁸. Wraz z nastaniem rzeczywistości cyfrowej pojęcie to zaczęło kojarzyć przede wszystkim ze sposobem działania programów komputerowych. W istocie działanie każdego programu komputerowego oparte jest na stosowaniu określonych algorytmów postępowania. W perspektywie analizowanego w niniejszej pracy zagadnienia istotny jest jednak nie sposób działania programów komputerowych, ale funkcja, jaką pełnią one w strukturach przedsiębiorstw. Programy oparte na stosowaniu technik algorytmicznych są bowiem stosowane m.in. w celu monitorowania zachowań rynkowych konkurentów, a także inteligentnego dostosowywania do nich własnej strategii rynkowej.

Mając świadomość ekonomicznej opłacalności zastępowania konkurencyjnych działań koordynacją, przedsiębiorcy podejmują niekiedy działania nakierowane na umożliwienie konkurentom poznania realizowanych przez siebie strategii rynkowych. Dotyczy to w szczególności sektora *e-commerce*, w którym zaawansowane technologicznie rozwiązania są wykorzystywane powszechnie. W przypadku sklepów internetowych może to np. polegać na umieszczaniu aktualizowanej w czasie rzeczywistym informacji o liczbie sprzedanych sztuk danego towaru we wskazanym okresie lub informacji o aktualnym stanie magazynowym. Z wymienionych danych konkurenci są w stanie oszacować, jak kształtuje się popyt na dane dobro, co w połączeniu z powszechnie dostępną informacją o cenie pozwala na szybkie zrozumienie strategii rynkowej konkurenta. Przykładowo wprowadzanie okreso-

wych stałych obniżek w sytuacji niskiego popytu nie będzie rodziło podejrzania, że konkurent zamierza rozpocząć wojnę cenową, ale zostanie uznane za naturalną reakcję na zachowania konsumentów.

Konsekwencją coraz bardziej powszechnego występowania tego rodzaju rozwiązań jest wyraźne przesunięcie się granic występowania zjawiska *tacit collusion*. Podczas obrad Komitetu Konkurencji OECD w 2017 r., które poświęcone były związkom stosowania algorytmów oraz koordynacji zachowań rynkowych, zauważono, że powszechne stosowanie algorytmów prowadzi do fundamentalnej zmiany charakterystyki rynków i panujących na nich warunków konkurencji. W efekcie powstanie efektów skoordynowanych staje się możliwe nie tylko w warunkach wysokiej koncentracji siły rynkowej, ale także w praktycznie każdej strukturze rynkowej.

Co więcej, wyposażenie przedsiębiorców w narzędzia, za pomocą których są oni w stanie zautomatyzować proces wzajemnego monitorowania swoich działań, a także sugerować i wdrażać w życie strategie rynkowe nakierowane na osiągnięcie najbardziej korzystnego dla wszystkich konkurujących ze sobą uczestników rynku rezultatu sprawia, że efekt w postaci skoordynowanych zachowań przedsiębiorców jest równie stabilny, jak w przypadku tradycyjnego porozumienia ograniczającego konkurencję⁹.

Stary problem w nowej odsłonie

Wpływ stosowania rozwiązań korzystających z technik algorytmicznych na zjawisko milczącej koordynacji zachowań rynkowych był przedmiotem wspomnianego już spotkania Komitetu ds. Konkurencji OECD w 2017 r. Od tamtej pory czołowe europejskie organy antymonopolowe oraz ciała doradcze podjęły się zbadania zagrożeń dla konkurencji, jakie mogą wynikać z coraz bardziej powszechnego wykorzystywania algorytmów.

⁵ R. Whish, D. Bailey, *Competition law*, Oksford 2011, s. 559.

⁶ Zgodnie z dokumentem „How Can the New Competition Tool Help Bridge the Gap Between Sustainability and EU Competition Law? Discussion Paper by Fair Trade Advocacy Office” strukturalne problemy konkurencji, wynikające z wysokiego poziomu koncentracji dotyczą nie tylko tzw. „sektora cyfrowego”, ale również licznych rynków „tradycyjnych”. Autorzy dokumentu podają następujące przykłady: rynek rolno-spożywczy, biotechnologii, energetyczny, usług finansowych, usług zdrowotnych i farmaceutyczny, maszyn, dziennikarski i medialny, transportu (w szczególności morskiego transportu liniowego), nieruchomości, telekomunikacji i in. mediów. Cf. Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the New Competition Tool, s. 18.

⁷ Słownik języka polskiego PWN, Algorytm, <https://sjp.pwn.pl/sjp/algorytm;2549455.html> (dostęp z 15.7.2021 r.).

⁸ Postępowaniem zgodnie z określonym algorytmem będzie chociażby przepis kulinarny będący w rzeczywistości ciągiem poleceń, które powinien zrealizować kucharz.

⁹ Background Note by the Secretariat, Algorithms and Collusion, [DAF/COMP(2017)], <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf)> s. 49 i n. (dostęp z 19.7.2021 r.).

W 2018 r. działająca przy niemieckim rządzie Komisja Monopolowa (niem. *Monopolkommission*) opublikowała raport: „Algorytmy i zмова” (ang. *Algorithms and collusion*), w którym ostrzegano, że coraz częstsze stosowanie rozwiązań opartych na technikach algorytmicznych będzie prowadzić do rozwoju zjawiska milczącej koordynacji zachowań rynkowych¹⁰. W konkluzjach Komisja wskazała potrzebę uzupełnienia dostępnych obecnie organom antymonopolowym instytucji o narzędzia zorientowane na zwalczanie negatywnych dla konkurencji skutków działań przedsiębiorców¹¹.

W 2019 r. organy antymonopolowe Niemiec i Francji opublikowały obszerny, wspólny raport „Algorytmy i Konkurencja” (ang. *Algorithms and Competition*). Przywołane zostały w nim opinie przedstawione podczas spotkania Komitetu Konkurencji OECD, zgodnie z którymi rozwój omawianego zjawiska może prowadzić do poszerzania się „szarej strefy” pomiędzy dozwolonym działaniem paralelnym a niedozwoloną koordynacją zachowań rynkowych¹². W tym samym roku swój raport opublikował także portugalski organ ochrony konkurencji¹³.

W poszukiwaniu rozwiązań w ustawodawstwach krajowych

Mając na uwadze, że za pomocą obecnie obowiązujących instytucji prawa antymonopolowego przedstawione powyżej problemy nie mogą być skutecznie rozwiązane, Komisja podjęła prace nad projektem nowej instytucji, dzięki której wskazana luka zostanie zapełniona. Inspiracją dla działań Komisji była obowiązująca w kilku krajowych ustawodawstwach antymonopolowych instytucja badań rynku¹⁴.

W najbardziej rozwiniętej formie jest ona dostępna brytyjskiemu organowi antymonopolowemu. Jej materialnoprawną podstawą jest brytyjska ustawa antymonopolowa z 2002 r. – *Enterprise Act*, która wprowadziła liczne zmiany w tamtejszym systemie prawa antymonopolowego¹⁵. W zakresie omawianej procedury krajowemu organowi ochrony konkurencji przyznana została kompetencja do prowadzenia tzw. śledztw rynkowych (ang. *market investigation*), w ramach których jest on uprawniony do prowadzenia z przedsiębiorcami negocjacji w sprawie ewentualnych zobowiązań oraz nakładania behawioralnych, a nawet strukturalnych środków zaradczych. Śledztwo poprzedzone jest zwykle badaniem rynku (ang. *market study*), które może być prowadzone zarówno przez organ antymonopolowy, jak i jednego z regulatorów lub jednego z ministrów¹⁶.

Możliwość wszczęcia tej procedury jest uwarunkowana wystąpieniem sytuacji rynkowej, którą można określić jako: „negatywny skutek dla konkurencji” (ang. *adverse effect on competition*). Artykuł 134(2) przedmiotowej ustawy definiuje ten stan jako sytuację, w której warunki rynkowe zapobiegają,

ograniczają lub zaburzają konkurencję. Powyższą definicję uzupełniają wytyczne w sprawie stosowania przepisów ustawy, które wprowadzają specjalny „test AEC”, pozwalający określić, czy przedmiotowe warunki zostały spełnione¹⁷.

Analizowaną procedurę charakteryzuje subsydiarność. Oznacza to, że badane zachowania przedsiębiorców nie mogą zostać zakwalifikowane jako naruszenie zakazu kolektywnych lub indywidualnych praktyk ograniczających konkurencję. W związku z tym niemożliwe jest nałożenie na przedsiębiorców kary¹⁸. Jeżeli zaś analizowany problem dotyczy rynku regulowanego, można ją zastosować, gdy regulator nie ma możliwości jego rozwiązania za pomocą przysługujących mu kompetencji. Jednocześnie przeprowadzone przez organ ochrony konkurencji analizy prowadzą do wniosku, że uwarunkowania rynkowe stoją na przeszkodzie osiągnięcia konkurencyjnych rezultatów.

Interesującym rozwiązaniem było wprowadzenie do procedury licznych elementów koncyliacyjnych, które pozwalają na skrócenie jej przebiegu. Jeszcze przed wszczęciem śledztwa rynkowego organ antymonopolowy może podjąć decyzję o zaniechaniu jego przeprowadzenia, jeżeli przedsiębiorcy zdecydują się na przedstawienie zobowiązań będących w stanie zapobiec zidentyfikowanym zagrożeniom dla konkurencji¹⁹.

Jedynie nieliczne kraje świata wyposażyły swoje organy antymonopolowe w podobne narzędzia, za pomocą których są one w stanie rozwiązywać problemy wykraczające poza zakres stosowania konwencjonalnych instrumentów prawa antymonopolowego. Najbardziej podobny do brytyjskiego system funkcjonuje na gruncie ustawodawstwa południowoafrykańskiego. W odniesieniu do krajów europejskich, podobne rozwiązania możemy znaleźć w ustawodawstwach

¹⁰ Monopolkommission, Main Report XXII – Algorithms and Collusion, s. 10 (pkt 197–199).

¹¹ Obecnie obowiązujące instytucje prawa antymonopolowego mają charakter behawioralny.

¹² Autorite de la Concurrence, Bundeskartellamt, Algorithms and Competition – Working paper 2019, s. 56.

¹³ Autoridade da Concorrência, Digital ecosystems, Big Data and Algorithms – Issues Paper 2019.

¹⁴ Mowa tutaj w szczególności o Wielkiej Brytanii. Podobne instytucje znane są również ustawodawcom: greckiemu, islandzkiemu, meksykańskiemu, południowo-afrykańskiemu.

¹⁵ Enterprise Act, UK Public General Acts 2002, s. 40, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>> (dostęp z 7.8.2021 r.).

¹⁶ Może ono zostać również wszczęte w wyniku tzw. *super compliant*, złożonego przez grupę interesariuszy.

¹⁷ Guidelines for market investigations: Their role, procedure, assessment and remedies, CC3, January 2014, revised July 2017 r., Part III <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf> (dostęp z 7.8.2021 r.).

¹⁸ R. Whish, New Competition Tool – Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular Focus on the UK's market investigation tool – Expert study, s. 7.

¹⁹ R. Whish, New Competition Tool – Legal comparative study of existing competition tools..., s. 14.

Grecji oraz Islandii. Kolejnym, oprócz RPA pozaeuropejskim krajem, którego ustawodawstwu znana jest procedura badań rynkowych, jest Meksyk. Specyfiką tej procedury jest jej procesowy charakter, którego nabiera wraz ze zidentyfikowaniem przez organ ochrony konkurencji konkretnych problemów w obszarze konkurencji²⁰.

Problem *tacit collusion*, jako uwarunkowany strukturalnie brak konkurencji, stanowi jeden z potencjalnych obszarów wykorzystania przedstawionych procedur. Stąd też mogą one znaleźć zastosowanie w przypadku stosowania rozwiązań technologicznych prowadzących do rozwoju wspomnianego zjawiska²¹. Jeżeli zatem powszechne stosowanie przez przedsiębiorców działających na danym rynku rozwiązań technologicznych prowadzi do antykonkurencyjnych rezultatów, krajowy organ ochrony konkurencji ma możliwość wszczęcia procedury, dzięki której jest on w stanie przywrócić prawidłowe funkcjonowanie mechanizmu konkurencji, pomimo że żaden z przepisów ustawy antymonopolowej nie został naruszony.

(Utracona) szansa na rozwiązanie algorytmicznych problemów prawa konkurencji

Jak zostało wspomniane na początku opracowania, utworzenie na gruncie unijnego prawa konkurencji procedury podobnej do tej, którą dysponuje m.in. brytyjski organ ochrony konkurencji, pozwoliłoby Komisji na stawienie czoła wyzwaniom rzucanym przed nią przez przedsiębiorców coraz chętniej korzystających w ramach swojej działalności z pomocy zaawansowanych technologicznie programów komputerowych. Niemniej, zgodnie z oficjalnymi doniesieniami ze strony Komisji Europejskiej, projekt NCT, który został przywołany we wprowadzeniu do niniejszego opracowania ulegnie znaczącemu ograniczeniu – kompetencje przyznane unijnemu organowi nie będą tak szerokie jak te, którymi dysponuje brytyjski organ antymonopolowy²². Zakres zastosowania projektowanej procedury zostanie prawdopodobnie ograniczony do rynków cyfrowych.

Krytykę opisanego rozwiązania należy rozpocząć od odwołania się przez unijnego legislatora do nieadekwatnego oraz niejasnego podziału na rynki cyfrowe oraz rynki tradycyjne. Po pierwsze, w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej trudno jest jednoznacznie określić, gdzie miałyby on przebiegać²³. Pogląd o jego sztuczności podzielają autorzy dwóch z czterech raportów eksperckich towarzyszących omawianemu projektowi²⁴. Powszechność stosowania rozwiązań biznesowych opartych na algorytmicznych technikach wyceny stanowi domenę nie tylko rynków cyfrowych, ale również tych tradycyjnych. Jako przykład można wskazać chociażby rynki rolnicze, na których obserwuje się rosnącą

popularność tego rodzaju narzędzi²⁵. W tym przypadku algorytmy wykorzystywane są zarówno po stronie popytowej, jak i podażowej.

W pierwszym przypadku mowa jest najczęściej o podmiotach skupujących produkty spożywcze i organizujących ich sprzedaż hurtową. Konsekwencją powszechnego wykorzystywania algorytmów jest pogłębianie się przewagi kontraktowej pomiędzy kupującymi a sprzedawcami, co prowadzi do narzucania producentom rolnym (sprzedawcom) nieuczciwych warunków transakcyjnych²⁶. Przekłada się to na odchodzenie przez producentów rolnych od mało zyskownych upraw, co prowadzi do osłabienia różnorodności towarów dostępnych na rynku oraz wywierania presji na poszukiwanie oszczędności w procesie produkcyjnym, które dokonują się często kosztem ekologii czy też warunków pracy²⁷.

Drugi przypadek odnosi się natomiast do podmiotów organizujących detaliczną sprzedaż produktów spożywczych. Rynek ten obecnie staje się coraz bardziej skoncentrowany, a popularność programów komputerowych, które za pomocą algorytmów cenowych pozwalają na ustalanie obowiązujących na sklepowych pułkach cen, ułatwia wzajemną obserwację strategii rynkowych przedsiębiorców i skraca czas potrzebny, aby reagować na zachodzące zmiany.

Podsumowanie

New Competition Tool jest inicjatywą, w której wiele osób widziało szansę na wypełnienie licznych luk w europejskim systemie prawa antymonopolowego, które wraz z nastaniem rzeczywistości cyfrowej zaczęły się coraz szybciej rozsze-

²⁰ *Ibidem*, s. 44.

²¹ Przykładowo art. 2(a) wytycznych do islandzkiej ustawy antymonopolowej wskazuje wprost, że tamtejsza procedura badań rynku znajdzie zastosowanie do działań, które mogą przyczyniać się do rozwoju milczącej koordynacji zachowań rynkowych.

²² Global Competition Review, New competition tool will be „more targeted” than CMA powers, Vestager says, <<https://globalcompetitionreview.com/digital-markets/new-competition-tool-will-be-more-targeted-cma-powers-vestager-says>> (dostęp z 10.8.2021 r.).

²³ Widać to doskonale na przykładzie orzeczenia TS w sprawie Uber z 2017 r., w którym usługi świadczone przez to przedsiębiorstwo zostały zakwalifikowane jako usługi transportowe, a nie usługi społeczeństwa informacyjnego.

²⁴ „Interplay between the New Competition Tool and Sector-Specific Regulation in the EU”, Expert study prepared by de Stree and Larouche; „Intervention triggers and underlying theories of harm”, Expert study prepared by Motta and Peitz.

²⁵ Fair Trade Advocacy Office, How Can the New Competition Tool Help Bridge the Gap Between Sustainability and EU Competition Law? Discussion paper by Fair Trade Advocacy Office, <<https://fairtrade-advocacy.org/wp-content/uploads/2020/12/NCT-discussion-FTAO.pdf>>, s. 8 (dostęp z 11.8.2021 r.).

²⁶ W szczególności chodzi tutaj o wywieranie presji na sprzedawców, aby obniżali ceny.

²⁷ Fair Trade Advocacy Office, How Can the Competition Tool, s. 8.

rzać²⁸. Jak zostało już wspomniane, zgodnie z oficjalnymi doniesieniami ze strony Komisji Europejskiej, zakres NCT zostanie najprawdopodobniej ograniczony do rynków cyfrowych. Spotkać można również głosy, że NCT zostanie włączone w ramy innej inicjatywy unijnej – *Digital Markets Act* (dalej jako: DMA), jednakże jak dotychczas informacja ta nie znalazła potwierdzenia w opublikowanym w połowie grudnia projekcie DMA²⁹.

Chociaż koncepcja NCT wzbudziła wiele zainteresowania w doktrynie prawa antymonopolowego oraz wśród przedstawicieli świata biznesu, niewiele wiemy na temat tego, jak dalej potoczą się losy projektu. Niezależnie od tego, czy Komisja zdecyduje się sfinalizować rozpoczęte przez siebie przedsięwzięcie, czy też nie, na bok można prawdopodobnie odłożyć marzenia o powstaniu, wzorowanej na ustawodawstwie brytyjskim, europejskiej procedury śledztw rynkowych o nieograniczonym zasięgu sektorowym. Podzielać głosy, które widzą w tym wielką stratę dla europejskiego systemu ochrony konkurencji. Przywołane w tytule niniejszego opracowania algorytmiczne problemy

prawa konkurencji nie stanowią bowiem problemu, którego istnienie ogranicza się do świata cyfrowego, ale wraz ze światem cyfrowym przenikają do różnych sektorów gospodarki, odgrywając w nich coraz większą rolę oraz pogłębiając nierozwiązane od lat problemy.

²⁸ Potwierdzają to liczne głosy aprobujące przyjęcie projektu NCT w najszerszej możliwej formie, jako narzędzia horyzontalnego, o nieograniczonym sektorowo zakresie stosowania; Jednolity rynek – nowe uzupełniające narzędzie służące skuteczniejszemu egzekwowaniu reguł konkurencji – Konsultacje publiczne <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement/public-consultation_pl> (dostęp z 23.8.2021 r.).

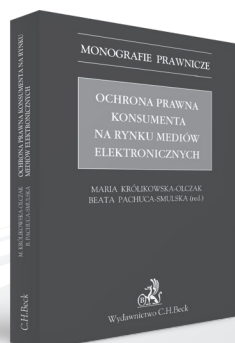
²⁹ Projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych) (COM/2020/842 final). Należy wskazać, że projekt DMA zawiera wprawdzie narzędzie w postaci badania rynku, jednakże celem jego prowadzenia ma być wyznaczenie strażnika dostępu, systematycznego niewypełniania obowiązków przez strażnika dostępu, określenia nowych usług i praktyk, które powinny zostać dodane do katalogu praktyk strażników dostępu.

Słowa kluczowe: *New Competition Tool*, NCT, algorytmy, *tacit collusion*, milcząca zmowa, prawo konkurencji, UE.

New Competition Tool – (lost) chance to solve algorithmic problems of competition law

For many years, tacit collusion has been an unsolved problem within public law and protection of competition. Supposedly, it is one of the structurally conditioned gaps regarding competition. In order to solve the problem, certain systems of antitrust law created their own legal institutions complementing traditional "tools" regarding competition law. Currently, the EU is working on widening the scope of legal institutions which are under the jurisdiction of the European Commission. The legislative process indicates that the EU recognizes the influence of growing universality of technological solutions which use algorithmic techniques regarding the problem of tacit collusions. In order to face this challenge, there is an idea to adopt solutions based on the aforementioned individualistic national institutions. The purpose of this article is to present challenges connected with the influence of new technologies regarding tacit collusion, and also to outline legal constructions of which introduction to the EU legal order is currently discussed.

Key words: new competition tool, NCT, algorithms, tacit collusion, competition law, EU.



Monografie Prawnicze

ksiegarnia.beck.pl

Zadzwonić: 81 46 13 300

E-mail: kontakt@beck.pl



Dziedziczenie treści cyfrowych na podstawie regulaminu portalu społecznościowego Facebook

Hanna Wencel¹

Obecnie znaczna część naszego życia odbywa się w sferze wirtualnej, a konta na portalach społecznościowych służą już nie tylko do kontaktów ze znajomymi, ale także pomagają w rozwijaniu działalności gospodarczej czy też budowaniu wizerunku. Wydaje się, że treści społecznościowe mogą przejawiać zarówno wartość sentymentalną, jak i znaczną wartość majątkową, wobec czego uzasadnionym jest postawienie pytania, czy treści te po śmierci użytkowników mogłyby przypaść w udziale ich spadkobiercom. W niniejszym artykule dokonano analizy najważniejszych postanowień regulaminu Facebooka i udostępnionych przez ten serwis narzędzi związanych ze śmiercią użytkowników. Rozważania nad treścią umowy łączącej użytkownika z operatorem serwisu Facebook uzupełniono analizą obowiązujących przepisów prawa polskiego. Celem autorki jest także zwrócenie uwagi na nagłą potrzebę dopasowania instrumentów prawa spadkowego do aktualnych potrzeb użytkowników.

Uwagi ogólne

Korzystając z ogółu technologicznych dobrodziejstw oferowanych nam przez dostawców usług internetowych, z reguły nie myślimy o kwestiach związanych z prawem spadkowym. Jednak wraz z chwilą śmierci człowieka treści wytworzone przez niego za życia nie odchodzą wraz z nim, lecz nadal funkcjonują w wirtualnej rzeczywistości. Dotyczy to również profili na portalach społecznościowych oraz zgromadzonych na nich materiałów, które należą do zakresu pojęcia treści cyfrowych. Często trudności wiążą się z dokonaniem oceny tego, kto, według jakich reguł i czy w ogóle może w dalszym ciągu korzystać z internetowego konta zmarłego użytkownika².

Należy wskazać, że do polskiego porządku prawnego pojęcie treści cyfrowych zostało wprowadzone wraz z uchwaleniem ustawy z 30.5.2014 r. o prawach konsumenta³, która w zakresie swojej regulacji dokonała implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów⁴. Polski ustawodawca umieścił pojęcie treści cyfrowych w art. 2 pkt 5 KonsumentU, zgodnie z którym „treść cyfrowa” to dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej. W literaturze wskazuje się, że jedną z wyodrębnionych kategorii treści cyfrowych są treści społecznościowe stanowiące rezultat obecności osoby fizycznej w różnych serwisach społecznościowych. Zalicza się do nich korespondencję między użytkownikami, zdjęcia, filmy video oraz różne inne pliki, a także same konta w tych serwisach⁵.

Trzeba jednak podkreślić, że w prawie polskim obecnie trudno odnaleźć jasne zasady, które pozwoliłyby rozstrzygnąć, czy treści cyfrowe powinny wchodzić do masy spadkowej. Każdorazowo trzeba zatem indywidualnie zbadać poszczególne treści pod kątem spełnienia wymogów z art. 922 KC i na tej podstawie dokonać oceny, czy mogą

one wejść w skład spadku⁶. Tymczasem rosnąca liczba osób korzystających z różnego rodzaju portali społecznościowych sprawia, że problem następstwa prawnego treści cyfrowych *mortis causa* nabiera coraz większego znaczenia. Dotyczy to w szczególności Facebooka, który jest aktualnie największym oraz prawdopodobnie najbardziej znanym serwisem społecznościowym na całym świecie. Należy podkreślić, że w niektórych przypadkach całe profile lub wyłącznie zawarte na nich materiały mogą osiągać znaczną wartość majątkową, a ich porzucenie powoduje utratę ulokowanego w tej formie kapitału. Treści cyfrowe mogą przejawiać również wartość sentymentalną lub historyczną, a profile zmarłych użytkowników, które potocznie określane są jako „profile widmo”, zagrażają bezpieczeństwu w sieci⁷.

W oczekiwaniu na wprowadzenie odpowiednich regulacji prawnych w kwestii tzw. dziedziczenia cyfrowego odpowiedzi na pytania dotyczące losu prawnego treści cyfrowych *mortis causa* należy poszukiwać w treści umów łączących użytkowników z dostawcami usług internetowych. Uczestnictwo w różnych serwisach z reguły opiera się na stosunku umownym. Decydując się na rozpoczęcie korzy-

¹ Autorka jest absolwentką studiów stacjonarnych prawa na WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego.

² M. Załucki, „Facebook”, „Twitter”, „MySpace”... wirtualny świat serwisów społecznościowych *mortis causa*. Zarys problematyki, WSS 2014, Nr. 4, s. 235.

³ T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 287, dalej jako: KonsumentU.

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 304 z 2011 r., s. 64 ze zm.).

⁵ M. Załucki, „Facebook”..., s. 238–240.

⁶ M. Mądel, Następstwo prawne treści cyfrowych na wypadek śmierci, Warszawa 2018, s. 43.

⁷ P. Szulewski, Śmierć 2.0 – problematyka dóbr cyfrowych post mortem, [w:] J. Gołaczynski, J. Mazurkiewicz, J. Turlukowski, D. Karkut (red.), Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane, Wrocław 2015, s. 738.

stania z określonego serwisu społecznościowego, internauta musi zawrzeć z usługodawcą umowę, bez której eksploatacja wirtualnej rzeczywistości nie byłaby dopuszczalna. Identyfikacja sprawy wygląda więc w przypadku serwisu społecznościowego Facebook. Utworzenie konta i dołączenie do społeczności Facebooka nie jest możliwe bez akceptacji postanowień jego regulaminu. Wymóg ten dotyczy użytkowników na całym świecie. Dlatego zanim szczegółowo zostaną omówione najważniejsze postanowienia dotyczące dziedziczenia profilu zawarte w regulaminie Facebooka⁸ oraz udostępniane przez ten serwis narzędzia związane ze śmiercią użytkowników, należy w kilku słowach przybliżyć definicję umowy określanej w piśmiennictwie jako umowa elektroniczna oraz proces zawarcia umów elektronicznych z dostawcami usług internetowych. Szczególną uwagę należy przy tym poświęcić omówieniu sposobu nawiązywania więzi kontaktowych z użyciem elektronicznego wzorca umownego, ponieważ umowy zawierane za pośrednictwem Internetu mają zazwyczaj charakter umów adhezyjnych, co wiąże się z przystąpieniem do umowy na z góry określonych zasadach.

Definicja umowy elektronicznej

Z uwagi na fakt, że zarówno w prawie unijnym, jak i w prawie polskim brak jest legalnej definicji umowy elektronicznej, próby zdefiniowania tego pojęcia podejmowane są w doktrynie prawa nowych technologii⁹. Za najtrafniejszą definicję, która stanowi najszerze ujęcie tak rozległej kategorii czynności prawnej, uznaje się definicję wskazaną przez J. Gołaczyńskiego, zgodnie z którą „umowa elektroniczna to umowa zawierana za pomocą środków elektronicznych”¹⁰. Dlatego przyjmuje się, że najważniejszą cechą umowy elektronicznej jest sposób jej zawarcia, co odróżnia ją od tradycyjnej umowy. Jeżeli zawarcie umowy odbywa się z wykorzystaniem środków elektronicznego komunikowania się na odległość, to należy taką czynność prawną uznać za umowę elektroniczną¹¹.

Podstawowe znaczenie w przypadku umów zawieranych w postaci elektronicznej mają regulacje KC, w związku z czym do umów elektronicznych stosuje się zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ KC, który stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Ponadto należy podkreślić, że umowy zawierane przez Internet nie stanowią samodzielnego typu umów. Podnosi się, że występują w nich elementy specyficzne dla różnych typów umów nazwanych, a mianowicie umowy najmu, sprzedaży, zlecenia, umowy o dzieło czy też umowy o świadczenie usług¹².

Wzorzec umowy jako podstawa zawarcia umowy elektronicznej z dostawcą Facebooka

Powstanie konta umożliwiającego korzystanie z serwisu Facebook wiąże się z zawarciem adhezyjnej umowy elektronicznej typu *click-wrap* (licencji sieciowej), a zatem zaakceptowaniem przez internautę narzuconych mu z góry zasad korzystania¹³. Adhezyjny charakter umowy oznacza, że użytkownik nie ma swobody kształtowania jej postanowień. Tylko niektóre postanowienia umowy oraz jej elementy, takie jak oznaczenie strony mogą być zindywidualizowane przez osobę składającą oświadczenie woli¹⁴.

Jak wskazuje sam dostawca Facebooka nad treścią formularza, utworzenie konta w serwisie Facebook jest szybkie i proste. Podmiot chcący rozpocząć korzystanie z Facebooka, po wprowadzeniu za pomocą elektronicznego formularza odpowiednich danych osobowych, takich jak imię, nazwisko, numer telefonu komórkowego lub e-mail, hasło, datę urodzenia oraz płeć, musi zaakceptować umowę poprzez kliknięcie myszką na ikonę umieszczoną na stronie internetowej o treści „zarejestruj się”. Natomiast warunki umowy licencyjnej są udostępnione potencjalnemu licencjobiorcy do wglądu jeszcze przed zawarciem umowy¹⁵. Dlatego też w przypadku Facebooka nad ikoną o treści „zarejestruj się” usługodawca informuje internautów, że klikając ten przycisk, akceptują oni regulamin tego serwisu. Użytkownicy sieci mają możliwość kliknięcia odpowiednio na linki hipertekstowe kryjące się odpowiednio pod słowami: „Regulamin”, „Zasady dotyczące danych” oraz „Zasady dotyczące plików cookie” i za pomocą takich odesłań zostają skierowani na strony zawierające treść odpowiednich postanowień. Jest to zatem stosunkowo proste rozwiązanie technicznie, a przejście przez procedurę zawarcia umowy nie powinno sprawiać trudności nawet mniej wprawionym technicznie użytkownikom.

W punkcie 4.5 regulaminu serwisu Facebook administrator wskazuje, że Regulamin (dawniej nazywany Oświadc-

⁸ Zob. Regulamin portalu społecznościowego Facebook, <https://www.facebook.com/legal/terms>, data ostatniej aktualizacji: 20.12.2020 r. (dostęp z 25.12.2020 r.).

⁹ D. Klimas, A. Zwolińska, Pojęcie i rodzaje umów elektronicznych, [w:] J. Gołaczyński (red.), *Sporządzanie umów elektronicznych. Komentarz praktyczny, wzory umów, orzecznictwo*, Legalis/el. 2017.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² M. Mądel, *Następstwo prawne treści cyfrowych...*, s. 76; P. Podrecki, [w:] P. Podrecki (red.), *Prawo Internetu*, Warszawa 2004, s. 40.

¹³ M. Załucki, „Facebook”..., s. 234.

¹⁴ J. Janowski, *Kontrakty elektroniczne w obrocie prawnym*, Warszawa 2008, s. 228.

¹⁵ J. Szyjewska-Bagińska, [w:] E. Ferenc-Szydelko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. 3, art. 67, nb 17, Legalis 2016; D. Klimas, A. Zwolińska, Pojęcie i rodzaje umów elektronicznych..., Legalis.

zeniem dotyczącym praw i obowiązków) stanowi całość umowy pomiędzy użytkownikiem a Facebook Ireland Limited w odniesieniu do korzystania przez użytkownika z Produktów oferowanych przez ten serwis. Ponadto niektóre z oferowanych przez Facebook Produktów podlegają też warunkom uzupełniającym (np. warunkom handlowym czy też zasadom dotyczącym muzyki), które po przyjęciu ich przez użytkownika, staną się częścią umowy pomiędzy stronami. Dopiero fakt zaakceptowania regulaminu i zawarcia w ten sposób umowy z dostawcą Facebooka implikuje utworzenie konta, bez czego bezcelowe byłoby czynienie rozważań dotyczących losu takiego konta oraz zgromadzonych na nim treści po śmierci użytkownika. To z treści postanowień określonych w regulaminie wynikają pewne prawa i obowiązki stron umowy, a także rozwiązania i narzędzia wprowadzone przez Facebooka na wypadek śmierci użytkownika.

Postanowienia dotyczące dziedziczenia profilu zawarte w regulaminie portalu Facebook

Za życia użytkownik może korzystać ze swojego konta na Facebooku właściwie w sposób dowolny, ale nienaruszający postanowień umowy i przepisów prawa¹⁶. Jednak z uwagi na to, że Facebook był pierwotnie tylko uczelnianym projektem stworzonym przez studentów dla studentów, to nie dysponował rozwiązaniami, jak postępować w sytuacji śmierci któregoś z użytkowników. W związku z tym można powiedzieć, że jednym z wyzwań twórców Facebooka było stworzenie w tym zakresie pewnych narzędzi uwzględniających zarówno potrzeby rodziny zmarłego użytkownika, jak i ochronę prywatności oraz zaufanie samych użytkowników serwisu¹⁷. I chociaż rozwiązania wprowadzone przez serwis społecznościowy Facebook ewoluowały, to w dalszym ciągu nie rozstrzygają wszystkich problemów związanych z następstwem prawnym konta zmarłego użytkownika, a także zgromadzonych na nim treści cyfrowych. Niemniej jednak, w ramach niniejszego artykułu, należy przyrzeć się tym postanowieniom regulaminu Facebooka, które mogą mieć wpływ na ewentualną sukcesję treści cyfrowych, a także wszystkim rozwiązaniom oferowanym obecnie przez Facebooka na wypadek śmierci użytkownika.

Misją Facebooka jest umożliwienie użytkownikom budowania społeczności, gdzie będą mogli wyrażać siebie poprzez tworzenie i udostępnianie ważnych dla nich treści. Administrator w pkt 3.1 regulaminu wskazuje, że „użytkownik posiada prawa własności intelektualnej (prawa autorskie lub znaki towarowe) do wszelkich treści, które tworzy lub udostępnia na Facebooku lub w innych Produktach Facebooka, z których korzysta. Żaden zapis Regulaminu nie pozbawia użytkownika praw do jego własnych treści”. Jednak nie

wszystkie treści publikowane na Facebooku będą podlegać ochronie prawnoautorskiej, a tylko takie, które w świetle prawa autorskiego mogą być uznane za utwór. Dlatego też wydaje się, że poprzez tak sformułowany zapis administrator serwisu chciał podkreślić, że użytkownik może dysponować zamieszczonymi w serwisie Facebook treściami, np. poprzez usunięcie tych treści czy też zmianę ustawień konta (w tym również widoczności publikowanych treści poprzez określenie, kto może je zobaczyć) zgodnie ze swoimi preferencjami¹⁸. Ponadto w tym samym punkcie regulaminu mieści się postanowienie, zgodnie z którym w przypadku treści objętych prawem własności intelektualnej użytkownik przyznaje serwisowi Facebook określone pozwolenie prawne na korzystanie z tych treści, a konkretnie: „niewyłączną, zbywalną, obejmującą prawo do udzielania sublicencji, bezpłatną, globalną licencję do korzystania, wykorzystywania, dystrybuowania, modyfikowania, uruchamiania, kopiowania, publicznego odtwarzania lub wyświetlania, tłumaczenia jego treści i tworzenia na ich podstawie utworów pochodnych (zgodnie z wybranymi przez użytkownika ustawieniami prywatności i aplikacji)”. Licencja wygasa w momencie usunięcia przez użytkownika treści z serwisu Facebook, o ile nie została ona udostępniona innym osobom, które jej nie usunęły. Niemniej, w każdym przypadku licencja będzie obowiązywała do czasu całkowitego usunięcia objętych nią treści z systemu¹⁹.

W regulaminie Facebooka wskazuje się, że użytkownicy tworzą społeczność tylko wtedy, gdy czują się bezpieczni²⁰. Korzystanie z serwisu nie może odbywać się kosztem bezpieczeństwa innych osób czy też integralności całej społeczności²¹. Dlatego też decydując się na założenie konta, użytkownik zobowiązuje się do przestrzegania zakazów i nakazów wskazanych w regulaminie. Z punktu widzenia omawianej problematyki, istotny jest przede wszystkim zakaz udostępniania innym osobom swoich danych do logowania. Jak wiadomo, hasło oraz login chronią dostęp do konta użytkownika, jak też zawartych na nim danych. Powoduje to rozmaite trudności w kwestii ich dziedziczenia, a szczególnie zamieszczenia danych do logowania w treści testamentu, ponieważ zgodnie z pkt 3.1 regulaminu Facebooka, od użytkowników wymaga się, aby nie udostępniali hasła, nie umożliwiali innym osobom korzystania z ich indywidualnego konta, a także nie przenosili tego konta na inną osobę

¹⁶ P. Budrewicz, Postanowienia dotyczące dziedziczenia profilu zawarte w regulaminie portalu Facebook a prawo polskie, PME 2018, Nr 3, s. 26.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ M. Mądel, Następstwo prawne treści cyfrowych..., s. 77–78.

¹⁹ Zob. pkt 3.1 regulaminu Facebook, <https://www.facebook.com/legal/terms> (dostęp z 10.4.2021 r.).

²⁰ Zob. pkt 1 regulaminu Facebook, <https://www.facebook.com/legal/terms> (dostęp z 10.4.2021 r.).

²¹ Zob. pkt 3.2 regulaminu Facebook, <https://www.facebook.com/legal/terms> (dostęp z 10.4.2021 r.).

(bez zgody serwisu). Ponadto zgodnie z zakazem zawartym w pkt 4.5.4 regulaminu, użytkownikowi nie wolno przenosić jakichkolwiek z praw lub obowiązków wynikających z regulaminu na inne osoby bez zgody serwisu Facebook. Nie ulega więc wątpliwości, że tak sformułowane postanowienia regulaminu mają służyć względem bezpieczeństwa, zarówno użytkowników Facebooka, jak i samego serwisu. Co więcej, problem udostępniania innym osobom swoich danych logowania do konta na portalu społecznościowym Facebook był poruszany również w orzecznictwie. Sąd Okręgowy w Siedlcach w wyroku z 4.5.2016 r. orzekł, że znajomość hasła dostępu do konta w serwisie społecznościowym nie uprawnia do korzystania z niego i uzyskiwania informacji bez wiedzy i zgody uprawnionego²². Ponadto SR w Białymstoku w wyroku z 22.4.2015 r. stwierdził, że samo podanie innej osobie hasła do konta na Facebooku nie uprawnia jej do poznania treści rozmów właściciela konta z innymi osobami. Dlatego też logowanie w serwisie Facebook poprzez użycie cudzego hasła, nawet podanego przez właściciela konta i uzyskanie bez uprawnienia dostępu do informacji nieprzeznaczonych dla danej osoby, może być zakwalifikowane jako karalne ominięcie zabezpieczenia, co wypełnia znamiona czynu z art. 267 § 1 KK, który chroni tajemnicę korespondencji²³.

Biorąc pod uwagę treść przywołanych powyżej orzeczeń, można wysunąć wniosek, że obecnie powierzanie danych dostępowych do różnego rodzaju serwisów społecznościowych innym osobom jest coraz częstszym zjawiskiem. Wydaje się jednak, że większość użytkowników udostępnia swoje hasła tylko osobom najbliższym. Ponadto często ma to być wyłącznie udostępnienie tymczasowe, jednak po tym okresie właściciele kont nie decydują się na zmianę hasła z uwagi na przyzwyczajenie, czy też wierząc, że udostępnili je osobie zaufanej, która tego zaufania nie nadużyje. Nie zmienia to jednak faktu, że takie zachowanie stanowi naruszenie zasad zaakceptowanych przez użytkownika Facebooka w formie regulaminu i może prowadzić do zablokowania dostępu do konta, a nawet jego usunięcia²⁴. Pojawia się zatem pytanie, jakie rozwiązania problemu dalszego funkcjonowania konta osoby zmarłej oraz zawartych na tym koncie treści oferuje aktualnie serwis społecznościowy Facebook.

Facebook na wypadek śmierci użytkownika proponuje obecnie dwa rozwiązania. Pierwszym z nich jest możliwość wskazania przez użytkownika opiekuna konta, który będzie nim zarządzał, gdy konto uzyska status *In memoriam*. Nadanie kontu statusu *In memoriam* przekształca je w swego rodzaju księgę pamiątkową²⁵. Natomiast drugą opcją jest trwałe usunięcie konta.

Sam regulamin Facebooka tylko częściowo reguluje kwestię konta w serwisie po śmierci jego użytkownika. Zgodnie z pkt 4.5.5 regulaminu „użytkownik może wskazać osobę (zwaną opiekunem konta), która będzie zarządzała jego kontem, gdy uzyska ono status *In memoriam*. O ujawnienie treści

z konta użytkownika, które uzyskało status *In memoriam*, może ubiegać się tylko opiekun konta lub osoba wskazana przez użytkownika w ważnym testamencie lub innym dokumencie tego typu, w którym użytkownik wyraził wyraźną wolę ujawnienia treści na wypadek jego śmierci lub utraty zdolności do czynności prawnych”. Można powiedzieć, że przytoczone postanowienie regulaminu jest sformułowane dość lakonicznie i nie dostarcza użytkownikowi wielu szczegółów związanych z postępowaniem w sprawie nadania kontu statusu *In memoriam*. Jednak kliknięcie przez użytkownika odnośnika w postaci słów „ujawnienie treści” spowoduje wyświetlenie Centrum pomocy Facebooka, gdzie znajdują się szczegóły dotyczące wyboru opiekuna konta i nadania mu statusu *In memoriam*.

Nadanie kontom statusu *In memoriam* stanowi ciekawą alternatywę dla ich całkowitego usunięcia, gdyż rozwiązanie to umożliwia zachowanie na Facebooku materiałów udostępnionych przez zmarłych użytkowników, takich jak zdjęcia i posty. Status konta *In memoriam* jest nadawany przez administratora, który uzyska informację o śmierci właściciela konta od członka jego rodziny lub bliskiego znajomego. Jeżeli zezwalają na to ustawienia prywatności, oś czasu użytkownika zmienia się wówczas w miejsce pamięci, w którym znajomi oraz rodzina mogą dzielić się ze sobą wspomnieniami dotyczącymi zmarłej osoby. Należy jednak zaznaczyć, że każdy próbuje radzić sobie ze śmiercią bliskiej osoby w inny sposób. Dlatego też plusem tego rozwiązania jest fakt, że konta ze statusem *In memoriam* nie pojawiają się w obszarach publicznych, takich jak propozycje znajomych bądź przypomnienia o zbliżających się urodzinach oraz rocznicach i nie są sugerowane w wynikach wyszukiwarki. Równocześnie konta tego typu są wyraźnie oznaczone poprzez umieszczenie słów *In memoriam* obok imienia i nazwiska zmarłego użytkownika. Ponadto cechuje je brak możliwości zalogowania się (nawet pomimo znajomości hasła), a wszelkie modyfikacje konta (jak napisanie na profilu przypiętego posta z informacją o uroczystości pogrzebowej czy też dokonanie zmiany zdjęcia profilowego oraz zdjęcia w tle profilu) są możliwe jedynie w przypadku ustanowienia opiekuna konta, zwanego pełnomocnikiem do spraw dorobku²⁶. Należy podkreślić, że taki pełnomocnik może zwrócić się do administratora z prośbą o usunięcie zarządzanego przez niego konta, ale nie jest upoważniony do dokonania modyfikacji, usunięcia starych postów, wysyłania nowych zaproszeń czy też usunięcia kogokolwiek z grona znajomych. Nie ma on również dostępu do wiadomości

²² II Ka 39/16, Legalis.

²³ VII K 922/14, Legalis.

²⁴ P. Budrewicz, Postanowienia dotyczące dziedziczenia..., s. 31.

²⁵ M. Załucki, „Facebook”..., s. 242.

²⁶ P. Budrewicz, Postanowienia dotyczące dziedziczenia..., s. 27.

mości zmarłego użytkownika, nawet w przypadku pobrania archiwum z treściami udostępnionymi na Facebooku przez właściciela konta. W tym miejscu należy również wskazać, że to sam użytkownik, wybierając odpowiednie ustawienia swojego konta, może zezwolić opiekunowi na pobranie kopii materiałów po uzyskaniu przez konto statusu *In memoriam*. W przypadku aktywowania tej opcji opiekun będzie mógł pobrać zawartość konta, która początkowo nie była dla niego widoczna. Uzyska on dostęp do kopii dodanych przez użytkownika postów, zdjęć (z wyjątkiem tych, które zostały automatycznie zsynchronizowane, ale nie zostały opublikowane na profilu), filmów, informacji profilowych i kontaktowych, wydarzeń, a także listy znajomych. Należy jeszcze uwzględnić, że z wnioskiem o udzielenie dostępu do tego typu treści oprócz opiekuna konta może wystąpić również osoba wskazana przez użytkownika w ważnym testamentie lub innym podobnym dokumencie, w którym użytkownik wyraźnie wyraził zgodę na taki dostęp²⁷. Zgodnie z założeniem administratora serwisu, opiekun może w dowolnej chwili w ustawieniach ogólnych swojego konta dodać, zmienić lub usunąć jedynie użytkownika, który ukończył 18 lat. Aktualnie opiekunem konta może być wyłącznie osoba wybrana spośród grona znajomych użytkownika na portalu społecznościowym Facebook. Co ciekawe, zgoda na przyjęcie tej funkcji nie jest wymagana. Co do zasady opiekun konta zostanie poinformowany o swojej funkcji dopiero po upamiętnieniu konta. Użytkownik może jednak wysłać wiadomość informującą daną osobę o przyznaniu jej roli opiekuna konta. Należy uznać, że takie zachowanie jest jak najbardziej wskazane, ponieważ opiekun zostanie obciążony pewnego rodzaju odpowiedzialnością. Dlatego przed zmianą ustawień konta warto z wybraną osobą porozmawiać, przedstawić jej uprawnienia opiekuna konta i zapytać, czy zgadza się na przyjęcie tej funkcji. Jest to również istotne ze względu na fakt, iż opiekunowi konta powierzamy wiele informacji o nas.

Z kolei jeżeli użytkownik nie chce, aby konto na Facebooku było dostępne po jego śmierci, zamiast opcji wyboru opiekuna konta, może zdecydować się na jego trwałe usunięcie. W tym celu użytkownik może złożyć wniosek o usunięcie swojego konta w ustawieniach ogólnych, wybierając opcję: „poproś o usunięcie konta po swoim odejściu”. Wybór tej opcji i kliknięcie przycisku „usuń po śmierci” skutkuje trwałym i natychmiastowym usunięciem z Facebooka wszystkich informacji, wiadomości, postów, komentarzy, a także zdjęć. W takim przypadku po otrzymaniu przez serwis informacji o śmierci danego użytkownika inni użytkownicy nie będą już mogli wyświetlić jego profilu. Usunięcie konta wiąże się z brakiem możliwości jego ponownej aktywacji, a także odzyskania jakiegokolwiek zamieszczonych na nim treści. Niemniej jednak wybrane materiały, takie jak wiadomości wysłane do innych

użytkowników, będą widoczne dla ich adresatów, póki nie zdecydują się usunąć swojej kopii.

Warto podkreślić, że opisane powyżej rozwiązania dotyczą sytuacji, w której użytkownik za życia zadbał o los konta po swojej śmierci. Wydaje się jednak, że mimo rosnącej popularności opcji wprowadzonych przez Facebooka na wypadek śmierci, jeszcze stosunkowo niewiele użytkowników decyduje się na dokonanie takich dyspozycji. Dlatego też Facebook w odpowiedzi na prośbę członka rodziny lub bliskiego znajomego może nadać profilowi zmarłej osoby status *In memoriam*, a zatem utworzyć tzw. *Memorial Page*²⁸. Jednak jak wskazuje administrator w informacjach zawartych w formularzu zgłoszeniowym, serwis pragnie uszanować wolę użytkowników dotyczącą tego, co ma stać się z kontem po ich odejściu. W związku z tym wniosek może być rozpatrzony pozytywnie, jeśli właściciel konta nie wnioskował o jego usunięcie w przypadku swojej śmierci. Trzeba również zaznaczyć, że decyzja o utworzeniu *Memorial Page* należy wyłącznie do serwisu Facebook. Co ciekawe, jeśli właściciel konta nie ustalił, kto będzie opiekunem konta w razie jego śmierci, to nikt nie będzie mógł aktywnie zajmować się kontem po wysłaniu wniosku o nadanie mu statusu *In memoriam*²⁹. Administrator serwisu wymaga zamieszczenia w takim wniosku danych zmarłego użytkownika poprzez wklejenie linku do jego profilu, wskazania dokładnej daty śmierci, załączenia pliku ze skanem, zdjęciem lub zrzutem ekranu nekrologu zmarłego, aktu zgonu, karty upamiętniającej bądź innych dokumentów potwierdzających śmierć danej osoby, a także podania przez wnioskodawcę adresu poczty elektronicznej, pod którym można się z nim skontaktować. Istnieje jeszcze druga opcja, czyli złożenie wniosku o usunięcie konta³⁰. Aby usunąć z Facebooka konto zmarłej osoby, należy za pomocą zdjęć lub skanów odpowiednich dokumentów wykazać, że jest się członkiem jego najbliższej rodziny bądź wykonawcą testamentu. Wynika to z faktu, że w porównaniu do pierwszej możliwości usunięcia konta powoduje daleko idące skutki. W przypadku pozytywnego rozpatrzenia takiego wniosku dojdzie do usunięcia osi czasu użytkownika, a także wszystkich treści zamieszczonych w serwisie Facebook³¹. Dlatego aby uniknąć usunięcia konta osoby żyjącej czy też pozytywnego rozpatrzenia wniosku złożonego przez osobę nieuprawnioną, Facebook wymaga dokumentów potwierdzających uprawnienia wnioskodawcy

²⁷ Zob. pkt 4.5.5 regulaminu Facebook, <https://www.facebook.com/legal/terms> (dostęp z 12.4.2021 r.).

²⁸ M. Mądel, *Następstwo prawne treści cyfrowych...*, s. 92.

²⁹ Zob. Prośba o nadanie statusu *In memoriam*, https://www.facebook.com/help/contact/234739086860192?helpref=faq_content (dostęp z 12.4.2021 r.).

³⁰ Zob. Wniosek specjalny dotyczący konta ubezwłasnowolnionej lub zmarłej osoby, <https://www.facebook.com/help/contact/228813257197480> (dostęp z 12.4.2021 r.).

³¹ M. Mądel, *Następstwo prawne treści cyfrowych...*, s. 93.

oraz zgon właściciela konta. Administrator wśród akceptowanych przez Facebooka dokumentów potwierdzających uprawnienia wnioskodawcy wskazuje m.in. pełnomocnictwo, akt urodzenia, testament, a także zaświadczenie o powołaniu na zarządcę majątku spadkowego. Ponadto zgodnie z informacjami zawartymi w Centrum pomocy, najszybszym sposobem na rozpatrzenie wniosku o usunięcie konta jest przedłożenie skanu lub zdjęcia aktu zgonu zmarłej osoby, a jeśli wnioskodawca nie posiada tego dokumentu, to przynajmniej innego dokumentu potwierdzającego zgon bliskiej osoby (np. nekrologu lub karty upamiętniającej zmarłego)³². We wniosku o usunięcie konta powinno się także podać dane osoby składającej wniosek, dane zmarłego użytkownika, link do jego profilu oraz adres e-mail, który mógł zostać użyty do tworzenia jego konta³³. Ponadto należy wskazać, że zarówno w formularzu wniosku o nadanie konta statusu *In memoriam*, jak i we wniosku o usunięcie konta, nie widnieje informacja, które ze wskazanych powyżej danych są fakultatywne, a które obligatoryjne³⁴. Niemniej wydaje się, że uzupełnienie jak największej ilości danych w formularzu zwiększa szanse na pozytywne rozpatrzenie wniosku. Trzeba jednak zaznaczyć, że praktyka usunięcia konta osoby zmarłej na skutek wniosku wniesionego przez osoby uprawnione budzi wątpliwości związane z możliwością ewentualnego zniszczenia utworów³⁵, ponieważ treści zamieszczone na profilu użytkownika mogą zostać uznane za utwory w rozumieniu prawa autorskiego. Całkowita likwidacja konta oznaczałaby skasowanie tych utworów, co byłoby problematyczne ze względu na fakt, że prawa majątkowe do utworu podlegają dziedziczeniu³⁶.

Serwis społecznościowy Facebook w rzadkich przypadkach uwzględnia również wnioski o dostęp do dodatkowych informacji dotyczących konta lub jego zawartości³⁷. Do takiego wniosku należy dołączyć kserokopię dowodu tożsamości ze zdjęciem, dowolny dokument, który potwierdza związek prawny między wnioskodawcą a zmarłym właścicielem konta (np. dowód wskazujący na istniejący między nimi stosunek pokrewieństwa), a także kopię aktu zgonu i nakaz sądowy³⁸. Jednak udostępnienie zawartości konta zmarłego użytkownika uzależnione jest wyłącznie od decyzji serwisu Facebook. Przyznanie wnioskodawcy dostępu do powyższych treści jest w praktyce trudne do osiągnięcia, co pokazuje historia S. Daftary, która zginęła w 2008 r. w wyniku upadku z balkonu mieszkania w Manchesterze³⁹. Po tym tragicznym wypadku matka dziewczyny domagała się ujawnienia zawartości jej konta z ostatnich 20 dni jej życia, sądząc, że mogły znajdować się tam dowody ukazujące rzeczywisty stan umysłu S. Daftary w dniach poprzedzających jej śmierć⁴⁰. Jednak Facebook uznał, że pomimo faktu, iż matka zmarłej dziewczyny jest administratorem jej dóbr, to udostępnienie takich treści przez usługodawcę jest nieobowiązkowe i nawet sąd nie może zmusić serwisu do ujawnienia zawartości czyjegoś konta. Sąd przyznał rację

serwisowi Facebook, wskazując, iż orzecznictwo potwierdza, że pozwy cywilne nie mogą wymuszać na dostawcach takich jak Facebook, przedstawienia danych z konta, gdyż byłoby to sprzeczne z federalną ustawą Stored Communications Act. Co więcej, w orzeczeniu potwierdzono, że decyzja w tym zakresie należy do Facebooka, który może dobrowolnie udostępnić żądane materiały, jeżeli stwierdziłby, że wnioskodawcy mają prawo do wyrażenia zgody w imieniu zmarłej właścicielki konta⁴¹.

Powyższe prowadzi do wniosku, że dostawcy usług internetowych obawiają się przekazywania dostępu do kont osób zmarłych ze względu na możliwość utraty zaufania innych użytkowników. Wątpliwości budzi odpowiedź na pytanie, czy w przypadku przekazania dostępu do konta zmarłego użytkownika jego spadkobiercom nie dojdzie do naruszenia prywatności użytkowników, którzy w ramach danego portalu dzielili się ze zmarłym treściami. Jednak w literaturze wskazuje się, że samo zapoznanie się z jej treścią przez spadkodawców zmarłego użytkownika wykonujących swoje prawo podmiotowe nie może zostać uznane za naruszenie tajemnicy korespondencji⁴². Do takiego samego wniosku doszedł również Sąd Krajowy w Berlinie w wyroku z 17.12.2016 r.⁴³. Orzeczenie sądu berlińskiego zapadło na kanwie tragicznego zdarzenia w metrze – śmierci 15-letniej użytkowniczki Facebooka i próby uzyskania przez jej matkę dostępu do konta dziewczyny. Matka zmarłej chciała uzyskać dostęp do jej konta na Facebooku, w tym przede wszystkim do elektronicznej korespondencji córki, ponieważ podejrzewała, że przyczyną jej śmierci mogło być samobójstwo. Facebook odmówił matce (spadkobierczyni) dostępu do konta małoletniej, a konto zyskało status *In memoriam*. W związku z tym

³² Zob. Jak mogę poprosić o usunięcie konta na Facebooku należącego do zmarłego członka rodziny?, <https://www.facebook.com/help/1518259735093203> (dostęp z 13.4.2021 r.).

³³ Zob. Wniosek specjalny dotyczący konta ubezwłasnowolnionej lub zmarłej osoby, <https://www.facebook.com/help/contact/228813257197480> (dostęp z 13.4.2021 r.).

³⁴ M. Mądel, Następstwo prawne treści cyfrowych..., s. 93.

³⁵ L. Goździaszek, Likwidacja tożsamości na portalu społecznościowym, [w:] J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turlukowski, D. Karkut (red.), Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane, Wrocław 2015, s. 305.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Zob. Jak mogę poprosić o dostęp do zawartości konta na Facebooku należącego do osoby zmarłej?, <https://www.facebook.com/help/123355624495297> (dostęp z 13.4.2021 r.).

³⁸ Zob. Wniosek dotyczący udostępnienia zawartości konta zmarłej osoby, <https://www.facebook.com/help/contact/398036060275245> (dostęp z 13.4.2021 r.).

³⁹ D. McCallig, Facebook after death an evolving policy in a social network, *International Journal of Law & Information Technology* 2014, vol. 22, no. 2, s. 121.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, s. 121–122.

⁴² M. Mądel, Następstwo prawne treści cyfrowych..., s. 232.

⁴³ Wyrok Sądu Krajowego w Berlinie z 17.12.2016 r., 20 O 172/15, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=20%20O%20172/15> (dostęp z 13.4.2020 r.).

matka zmarłej użytkowniczki oddała spór pod ocenę sądu, który musiał zdecydować, czy ważniejsze w tym przypadku było prawo matki jako spadkobierczyni córki do dziedziczenia takiego konta, czy też prawo do prywatności zmarłej nastolatki oraz jej partnerów w komunikacji⁴⁴. Ostatecznie sąd przyznał rację matce, wskazując, że dostęp rodziców do zawartości konta na Facebooku zmarłej nastolatki nie narusza praw osób, z którymi się komunikowała. Ponadto należy podkreślić, że stanowisko w tej sprawie wyraził również Federalny Trybunał Sprawiedliwości w Niemczech, który w wyroku z 12.7.2018 r.⁴⁵ wskazał, że tego rodzaju roszczenie jest dziedziczne, wobec czego rodzice mają prawo do dostępu do konta spadkobierczyni, jak również do zgromadzonych na nim treści. Trybunał podkreślił, że takiemu uprawnieniu spadkobierców nie sprzeciwiają się także regulacje dotyczące prawa do ochrony dóbr osobistych partnerów w komunikacji⁴⁶.

Wybór prawa właściwego

Ze względu na to, że Facebook jest portalem zagranicznym, istotne jest również rozstrzygnięcie, jakie prawo znajdzie zastosowanie do sprawy spadkowej po obywatelu polskim. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 650/2012 z 4.7.2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego⁴⁷, przyznaje spadkodawcy możliwość dokonania wyboru prawa właściwego dla sprawy spadkowej, co w przypadku zawarcia umowy prorogacyjnej może mieć wpływ na jurysdykcję sądu⁴⁸. W przypadku niedokonania przez spadkodawcę wyboru prawa właściwego dla dziedziczenia, zastosowanie znajdzie art. 21 rozporządzenia 650/2012, zgodnie z którym prawem właściwym będzie prawo państwa, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu w chwili śmierci. Trzeba więc pamiętać, że sprawy spadkowe dotyczące obywateli polskich w przeważającej części przypadków będą rozpoznawane według prawa polskiego, co nie oznacza, że prawo polskie zawsze będzie właściwe dla przeprowadzenia tego typu spraw⁴⁹.

Kolejno nasuwają się pewne uwagi związane z wyborem prawa właściwego dla umów, w tym umów świadczonych drogą elektroniczną. Prawodawca unijny w art. 3 rozporządzenia Rzym I⁵⁰, powierzył wybór prawa właściwego stronom (w tym także umów elektronicznych). Co ważne, normy kolizyjne zawarte w rozporządzeniu Rzym I stosuje się do ustalenia prawa właściwego nie tylko dla spraw pomiędzy podmiotami z państw UE, ale także państwami trzecimi⁵¹. Natomiast wybór dokonany przez strony nie może prowadzić do pozbawienia konsumenta ochrony wynikającej z norm

bezwzględnie wiążących w państwie miejsca zwykłego pobytu konsumenta⁵².

Biorąc pod uwagę przytoczone przepisy, należy stwierdzić, że w przypadku umów obligacyjnych, gdy konsument ma miejsce zwykłego pobytu w Polsce, prawem właściwym będzie prawo polskie. Jednak częstą praktyką jest, że dostawcy usług internetowych w umowach z użytkownikiem – konsumentem zawierają odmienne postanowienia dotyczące jurysdykcji, a także prawa właściwego do rozstrzygania powstałych w przyszłości sporów. Z wcześniejszych ustaleń wynika, że zawarcie umowy z dostawcą usług internetowych odbywa się z wykorzystaniem wzorca umów, co oznacza, że użytkownik nie ma możliwości negocjowania treści postanowień umowy ze stroną oferującą daną usługę. Najczęstszym postanowieniem wprowadzanym do tego typu umów jest ustanowienie właściwości prawa państwa siedziby usługodawcy. W tej kwestii wypowiedział się SN w wyroku z 17.9.2014 r.⁵³, który uznał, że zamieszczenie we wzorcu umowy konsumenckiej postanowienia przewidującego zastosowanie prawa obcego dla konsumenta, a właściwego dla twórcy wzorca, stanowi klauzulę niedozwoloną w rozumieniu art. 385¹ § 1 KC, ponieważ stawia twórcę wzorca umowy w sytuacji znacznie korzystniejszej w stosunku do konsumenta. Przedstawiciele nauki prawa poddali stanowisko SN ostrej krytyce, a nieco inne wnioski wysunął TS w wyroku z 28.7.2016 r.⁵⁴. Trybunał stwierdził, że właściwość prawa państwa członkowskiego siedziby przedsiębiorcy jest dopuszczalna, jeśli postanowienia wzorca umownego nie wprowadzają konsumenta w błąd, że wyłącznie prawo wskazane w takiej umowie jest właściwe dla powstałego

⁴⁴ P. Słowik, Śmierć użytkownika internetu: Kto ma prawo do konta zmarłego?, „Gazeta Prawna” z 12.1.2016 r., <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/917189,konto-internetowe-zmarlego-dziedziczenie.html> (dostęp z 13.4.2020 r.).

⁴⁵ Wyrok Federalnego Trybunału Sprawiedliwości w Niemczech z 12.7.2018 r., III ZR 183/17, <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=86602&pos=0&anz=1> (dostęp z 13.4.2021 r.).

⁴⁶ M. Mądel, Dostęp do treści cyfrowych zmarłego użytkownika usług internetowych na tle orzeczenia Federalnego Trybunału Sprawiedliwości w Niemczech, TPP 2020, Nr 2, s. 131.

⁴⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 650/2012 z 4.7.2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego, Dz.Urz. UE L Nr 201, s. 107; dalej jako: rozporządzenie 650/2012.

⁴⁸ Zob. art. 5 ust. 1 oraz art. 22 rozporządzenia 650/2012.

⁴⁹ M. Mądel, Następstwo prawne treści cyfrowych..., s. 113.

⁵⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z 17.6.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), Dz.Urz. UE L Nr 177, s. 6 ze zm.; dalej jako: rozporządzenie Rzym I.

⁵¹ M. Mądel, Następstwo prawne treści cyfrowych..., s. 114–115.

⁵² Zob. art. 6 ust. 2 rozporządzenia Rzym I.

⁵³ I CSK 555/13, Legalis.

⁵⁴ C-191/15, Verein für Konsumenteninformation przeciwko Amazon EU Sàrl, ECLI:EU:C:2016:612.

stosunku prawnego. W takim przypadku przedsiębiorca powinien dodatkowo poinformować konsumenta, że korzysta on również z ochrony na podstawie art. 6 ust. 2 rozporządzenia Rzym I, które byłoby właściwe w razie braku wyboru prawa. Należy wskazać, że Facebook dopełnił obowiązku informacyjnego i poinformował użytkowników o możliwości skorzystania z odpowiednich regulacji zawartych w rozporządzeniu Rzym I w pkt 4.4 aktualnie obowiązującego regulaminu. Zapis zawarty w pkt 4.4 regulaminu wskazuje, że w stosunku do Polaków mających miejsce zamieszkania w Polsce, przy sporze z serwisem Facebook, sądem właściwym będzie co do zasady sąd polski, który będzie orzekać na podstawie polskiego prawa⁵⁵.

Należy również wskazać, że dodatkowe warunki ograniczające możliwość narzucenia konsumentowi umowy prorogacyjnej, która nakładałaby obowiązek rozpoznania ewentualnego sporu w przyszłości przez sąd dla niego obcy, przewidują przepisy rozporządzenia Bruksela I bis⁵⁶. Ponadto w konkretnym przypadku pomocne może okazać się zbadanie wzorca umownego na podstawie polskich przepisów (art. 385¹ i n. KC), co pozwoli ustalić, czy klauzula dotycząca jurysdykcji zawarta w danym regulaminie ma charakter abuzywny⁵⁷.

Podsumowanie

Choć obowiązujące przepisy prawa spadkowego nie sprzeciwiają się dziedziczeniu treści cyfrowych, to ich szczegółowa analiza nie pozwala na sformułowanie precyzyjnych kryteriów, wedle których spadkodawcy zmarłego użytkownika mogliby uzyskać dostęp do zgromadzonych przez niego treści cyfrowych. Decyzja w zakresie przyznania spadkobiercom dostępu do konta zmarłego użytkownika należy zatem do usługodawców.

Należy stwierdzić, że usługodawcy wciąż pracują nad udoskonaleniem rozwiązań, które będą stanowić kompromis pomiędzy ochroną prywatności użytkowników a kwestią przyznania osobom uprawnionym jak najszerszego dostępu do treści cyfrowych po zmarłym użytkowniku. Serwis społecznościowy Facebook, w przeciwieństwie do niektórych usługodawców, nie przewiduje usunięcia konta wraz z gromadzonymi na nim treściami cyfrowymi w razie braku aktywności użytkownika przez określony w umowie okres czasu. Jednak mimo że rozwiązania zaproponowane przez Facebooka wyróżniają go na tle innych portali społecznościowych, to nie są doskonałe i nie rozwiewają wszystkich wątpliwości związanych z treściami cyfrowymi po śmierci ich użytkownika. W szczególności należy zwrócić uwagę na to, że Facebook nie dopuszcza opcji całkowitego przejęcia kontroli nad kontem zmarłego użytkownika⁵⁸. Z jednej strony praktyka ta wydaje się prawidłowa ze względu na obawy administratora przed podszywaniem się pod tożsa-

mość internetową pierwotnego właściciela konta⁵⁹. Ponadto należy podkreślić, że Facebook, jak też większość podobnych portali społecznościowych umożliwia darmowe założenie konta, a następnie pełne korzystanie z serwisu bez ponoszenia żadnych opłat. Dlatego też każda osoba może założyć swoje własne konto. Jednak problem pojawia się w sytuacji, gdy konto posiada znaczną wartość ekonomiczną, ponieważ opcja archiwizacji kont mimo wielu zalet wciąż pozostaje nieaktywna w aspekcie ekonomicznym. Wydaje się również, że w pewnych sytuacjach, np. przy samobójczej śmierci dziecka lub innego bliskiego członka rodziny, właściwsze byłoby jednak udzielenie rodzicom bądź innym osobom uprawnionym wglądu do wszystkich treści zgromadzonych na takim koncie, które mogłyby dostarczyć im, a także organom ścigania istotnych informacji. Ponadto właściciel konta może powierzyć sprawowanie funkcji opiekuna konta dowolnemu znajomemu z Facebooka, nie musi być to osoba należąca do kręgu spadkobierców ustawowych. Trzeba również wskazać, że w wielu przypadkach następcy prawni nie mają wpływu na decyzję usługodawcy w sprawie udzielenia dostępu do treści cyfrowych zgromadzonych na koncie, ponieważ ma ona charakter autorytatywny. Co więcej, wybór jednego z opisanych powyżej rozwiązań nie jest obowiązkiem użytkownika. Regulamin Facebooka jedynie zdawkowo sugeruje, że użytkownik może wyznaczyć opiekuna konta, który będzie nim zarządzał w przypadku nadania mu statusu *In memoriam*.

Podsumowując, do czasu wprowadzenia adekwatnej regulacji prawnej w zakresie dziedziczenia tzw. cyfrowego spadku użytkownicy oraz ich następcy prawni mogą skorzystać z różnych funkcji oferowanych przez dostawców serwisów społecznościowych na wypadek śmierci. W przypadku braku dokonania wyboru jednej z dostępnych opcji dalszy los konta pozostanie nieuregulowany, a samo uzyskanie dostępu do konta, choć w teorii możliwe, będzie w praktyce bardzo trudne do zrealizowania. Jednak w razie potrzeby spadkobiercy mogą oczywiście wystąpić przeciwko serwisowi ze swoimi żądaniami do sądu⁶⁰.

⁵⁵ P. Budrewicz, Postanowienia dotyczące dziedziczenia..., s. 29.

⁵⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1215/2012 z 12.12.2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Bruksela I bis), Dz.Urz. UE L Nr 351, s. 1 ze zm.

⁵⁷ M. Mądel, Następstwo prawne treści cyfrowych..., s. 136.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 96.

⁵⁹ Ł. Goździaszek, Likwidacja tożsamości..., s. 303.

⁶⁰ P. Budrewicz, Postanowienia dotyczące dziedziczenia..., s. 32.

Słowa kluczowe: treści cyfrowe, kodeks cywilny, prawo spadkowe, dziedziczenie, serwis społecznościowy, *click-wrap*, profil, Facebook, śmierć użytkownika, status *In memoriam*, opiekun konta, usunięcie konta.

Inheriting digital assets based on the Terms of Service of Facebook social network

Nowadays a considerable part of our lives is spent in the virtual world, and accounts on social networks are no longer used only to keep in touch with friends, but also to help with the development of a business or building an image. As social media content may represent both sentimental value and significant financial value, it would be reasonable to enquire whether such content could be inherited by the heirs of deceased users. The present article analyses the most important provisions of Facebook's Terms of Service and the tools provided by Facebook related to the death of users. The discussion regarding the content of the agreement between the user and Facebook is accompanied by an analysis of the applicable provisions of the Polish law. The author also aims to draw attention to the urgency to adjust the instruments of inheritance law to users' current needs.

Key words: digital content, civil code, inheritance law, inheriting, social network, click-wrap, profile, Facebook, death of a user, memorialized account, legacy contact, deleting account.

BESTSELLEROWE ZBIORY AKTÓW PRAWNYCH



Dowiedz się więcej:



ksiegarnia.beck.pl



81 46 13 300