

UNIwersytet Gdański
Wydział Prawa i Administracji

Katarzyna Zarębska

Kierunek studiów: **PRAWO**
Numer albumu: **147031**

ŚWIADCZENIE USŁUG DROGĄ ELEKTRONICZNĄ
OCHRONA KONSUMENTA ORAZ NARUSZENIA DÓBR OSOBISTYCH
(ANALIZA CYWILNOPRAWNA)

Praca magisterska
wykonana
w Katedrze Prawa Cywilnego
pod kierunkiem
prof. zw. dr hab. Władysława Rozwadowskiego

Gdańsk (2010)

OŚWIADCZENIE

Ja, niżej podpisany (a) oświadczam, iż przedłożona praca dyplomowa została wykonana przez mnie samodzielnie, nie narusza praw autorskich, interesów prawnych i materialnych innych osób.

.....

data

.....

własnoręczny podpis

Spis treści

Wykaz skrótów	4
Wstęp	6
1. Wprowadzenie do problematyki świadczenia usług drogą elektroniczną	11
1.1. Uwagi ogólne	11
1.2. Internet jako podstawowa elektroniczna droga świadczenia usług.....	12
1.3. Metody regulacji obrotu elektronicznego.....	15
1.4. Źródła prawa	17
1.5. Definicje pojęć związanych ze świadczeniem usług drogą elektroniczną	32
1.6. Rodzaje umów elektronicznych	41
1.7. Podsumowanie	43
2. Ochrona konsumenta korzystającego z usług świadczonych drogą elektroniczną	47
2.1. Uwagi ogólne	47
2.2. Obowiązki informacyjne usługodawcy względem konsumenta	52
2.3. Ochrona danych osobowych konsumentów-usługobiorców	67
2.4. Tendencje i projektowane zmiany w zakresie ochrony konsumenta-usługobiorcy	70
2.5. Podsumowanie	73
3. Naruszenia dóbr osobistych w związku ze świadczeniem usług drogą elektroniczną.. 76	
3.1. Uwagi ogólne	76
3.2. <i>Spamming</i>	79
3.3. <i>Traffic data</i>	86
3.4. <i>Cookies</i>	88
3.5. Ochrona dóbr osobistych usługobiorcy	90
3.6. Ograniczenie odpowiedzialności <i>intermediary service providers</i>	91
3.7. Podsumowanie	104
Zakończenie	108
Bibliografia	115

Wykaz skrótów

Źródła prawa

EKPCz	– Europejska Karta Praw Człowieka
KC	– Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (DzU z 1964 r., nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
KSH	– Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (DzU z 2000 r., nr 94, poz. 1037)
uodo	– Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (DzU z 2002 r., nr 101, poz. 926)
uokik	– Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (DzU z 2007 r., nr 50, poz. 331)
upk	– Ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów i o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (DzU z 2000 r., nr 22, poz. 271)
usk	– Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (DzU z 2002 r., nr 141, poz. 1176)
uśude	– Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (DzU z 2002 r., nr 144, poz. 1204)
uznk	– Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (DzU z 2003 r., nr 153, poz. 1503).

Czasopisma

BJIL	– „Brooklyn Journal of International Law”
GSP	– „Gdańskie Studia Prawnicze”
ECTL	– „Electronic Communication Law Review”
ICTL	– „Internet & Communications Technology Law”
KPP	– „Kwartalnik Prawa Prywatnego”
MoP	– „Monitor Prawniczy”
PB	– „Prawo Bankowe”
PiP	– „Państwo i Prawo”
PME	– „Prawo Mediów Elektronicznych”
PNT	– „Prawo Nowych Technologii”
PP	– „Prace Prawnicze”
PPH	– „Przegląd Prawa Handlowego”

Prace IPWI UJ	– „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego”
PUE	– „Prawo Unii Europejskiej”
RP	– „Radca Prawny”
SC	– „Studia Cywilistyczne”
TPP	– „Transformacje Prawa Prywatnego”

Organy orzekające

ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu
SA	– Sąd Apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy

Organizacje

OECD	– Organisation for Economic Cooperation and Development
UE	– Unia Europejska
UNCITRAL	– United Nations Commission on International Trade Law

Zbiory aktów prawnych i orzeczeń

DzU	– „Dziennik Ustaw”
OJ	– „Official Journal”
OSA	– „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych”

Inne

art.	– artykuł
n.	– następny
pkt	– punkt
s.	– strona
t.	– tom
wyd.	– wydanie
ust.	– ustęp

Wstęp

Stanisław Lem powiedział swego czasu, że znacznie mniej boi się antimaterii niż Internetu.¹ Czy jednak Internetu trzeba się naprawdę bać? Czy może warto dostrzec w rozwoju nowych technologii i społeczeństwa informacyjnego nie zagrożenie, lecz szansę? Nie dla wszystkich odpowiedź na tak postawione pytania będzie oczywista. Być może nawet nie ma jasnej odpowiedzi. Pewnym jest jednak, że nie można ignorować zjawisk zachodzących w tzw. „nowej rzeczywistości”. Nastąpił bowiem czas, w których coraz częściej w celu przeczytania gazety nie idzie się do kiosku, lecz włącza się komputer, zakupy robi się w wirtualnych sklepach, przelewy za pośrednictwem banków internetowych, a kartki na święta wysyła się przy użyciu poczty elektronicznej.

Tempo rozwoju obrotu elektronicznego najlepiej oddają dane statystyczne. Według raportu podsumowującego rok 2008 w polskim handlu elektronicznym przygotowanego w marcu 2009 r. przez Stowarzyszenie Marketingu Bezpośredniego, Polacy wydali na zakupy w sieci 11,01 mld zł, czyli o ponad 36% więcej niż w roku poprzednim.² Z kolei według danych z końca 2009 r. liczba ta była już równa **13,7 mld zł**.³ Udział *e-commerce* w handlu detalicznym wyniósł w 2008 r. 1,94% i wciąż rośnie. Taka sytuacja związana jest ze zdecydowanie szybszym tempem rozwoju handlu elektronicznego niż tradycyjnego.⁴ W ramach ciekawostki można dodać, że prognozuje się, iż w 2014 roku wartość amerykańskiego rynku *e-commerce* wyniesie 248,7 mld dolarów, a europejskiego 114,5 mld euro.⁵

Wagę zjawiska, jakim jest świadczenie usług drogą elektroniczną, podkreśla również fakt, że usługi takie obejmują nie tylko te, które stanowią zarazem przejaw handlu

¹S. Lem, *Cave Internetum*, [w:] *Dziury w całym*, Kraków 1997; za: A. Młynarska-Sobaczewska, *Wolność wirtualnej wypowiedzi*, PiP 2008, nr 2, s. 60.

²*Polski rynek e-commerce*, raport SMB z dnia 25 marca 2009 r., dostępny na stronie http://www.smb.pl/public/files/File/ecommerce_2009_smb.pdf (data dostępu: 14.04.2010).

³S. Pliszka, *Polski Internet w 20 liczbach – podsumowanie 2009 r. (cz. I)*, z dnia 8 stycznia 2010 r., podsumowanie dostępne na stronie <http://www.internetstats.pl/index.php/2010/01/polski-internet-w-20-liczbach-podsumowanie-2009-roku-cz-i/> (data dostępu: 14.04.2010).

⁴S. Pliszka, *Udział e-commerce w handlu detalicznym (2005-2008)*, artykuł z dnia 8 lutego 2010 r., dostępny na stronie <http://www.internetstats.pl/index.php/2010/02/udzial-e-commerce-w-handlu-detalicznym-2005-2008/> (data dostępu: 14.04.2010).

⁵*Forrester prognozuje szybki wzrost wartości rynku e-commerce*, artykuł internetowy z dnia 10.03.2010 r., dostępny na stronie <http://www.wirtualnemedi.pl/artykul/forrester-prognozuje-szybki-wzrost-wartosci-rynku-e-commerce> (data dostępu: 20.04.2010).

elektronicznego, lecz także ogromną ilość usług niekomercyjnych (co zostanie zilustrowane w pierwszej części pracy).

Statystyka to jednak nie wszystko. W 2006 r. „**Człowiekiem Roku** magazynu Time” została światowa społeczność internetowa (za przejęcie sterów globalnych mediów, za ustanowienie i kształtowanie nowej, cyfrowej demokracji, za pracę za darmo i za pokonanie profesjonalistów w ich własnej grze).⁶ Z kolei w bieżącym, 2010, roku Internet został zgłoszony jako kandydat do **Pokojowej Nagrody Nobla** (za promowanie dialogu i demokracji).⁷

Na tle tego, co zostało wyżej powiedziane, zainteresowanie problematyką prawną związaną ze świadczeniem usług drogą elektroniczną zdaje się być w pełni uzasadnione. Coraz szerszy dostęp do globalnego Internetu, a zarazem ciągła jego ewolucja stwarzają **nowe wyzwania** dla nauki prawa. Jak trafnie zauważyli J. Barta i R. Markiewicz, problemy prawne dotyczące obrotu elektronicznego „pojawiły się równie szybko, jak szybko rozwijało się u większości osób początkowe naiwne przekonanie (czy nadzieja), że Internet stanowić będzie swoisty obszar wolności bez sztywnych prawnych ram, administracyjnych ograniczeń czy fiskalnych obciążeń”⁸. Warto zastanowić się, które zjawiska związane z obrotem elektronicznym, w jaki sposób i przez kogo zostały uregulowane, a które pominięto i dlaczego. Niezależnie bowiem od tego, jak ocenia się zmiany, które przynosi rozwój handlu elektronicznego, pewnym jest, że związane z nimi problemy prawne nie są przejściowe. „Można raczej twierdzić, że kształtują **nowy obraz systemu prawa cywilnego**”.⁹

Celem niniejszej pracy jest przeprowadzenie **cywilnoprawnej analizy istniejących regulacji** odnoszących się do świadczenia usług drogą elektroniczną, przede wszystkim pod względem ich zdolności adaptacji do niezwykle dynamicznych zmian zachodzących w obrocie elektronicznym. Ze względu na horyzontalny charakter ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną omówienie wszystkich zagadnień prawnych związanych ze świadczeniem usług drogą elektroniczną jest praktycznie niemożliwe, tym bardziej w tak ograniczonym objętościowo opracowaniu. W związku z powyższym niniejsza praca będzie koncentrowała się na dwóch zagadnieniach – na ochronie konsumenta oraz na naruszeniach dóbr osobistych, których omówienie zostanie poprzedzone (w pierwszym rozdziale)

⁶L. Grossman, *Time's Person of the Year: You*, artykuł z dnia 13.12.2006 r., dostępny na stronie <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1569514,00.html> (data dostępu: 20.04.2010).

⁷*Internet kandydatem do pokojowego Nobla*, artykuł internetowy z dnia 03.02.2010 r., dostępny na stronie <http://www.wirtualnemedia.pl/artkul/internet-kandydatem-do-pokojowego-nobla> (data dostępu: 20.04.2010).

⁸J. Barta, R. Markiewicz, *Wstęp*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, Kraków 2005, s. 10.

⁹ *Ibidem*, s. 14.

obszernym wprowadzeniem teoretycznym. Założeniem jest, że tego typu analiza, dzięki naświetleniu pozytywnych i negatywnych aspektów aktualnych regulacji obrotu elektronicznego, pozwoli na lepsze zrozumienie niezmiernie aktualnej problematyki prawnej świadczenia usług drogą elektroniczną, przede wszystkim zaś umożliwi wyciągnięcie w tym zakresie wniosków na przyszłość.

Ze względów systematycznych wszystkie rozdziały niniejszego opracowania rozpoczynają uwagi ogólne, które pozwalają czytelnikowi na oswojenie się z analizowaną problematyką przed przejściem do szczegółowych rozważań, kończy je zaś podsumowanie, w którym wskazane są najważniejsze słabe i mocne strony regulacji prawnych odnoszących się do danego zagadnienia.

Pierwszy rozdział zawiera wprowadzenie do problematyki świadczenia usług drogą elektroniczną. Została w nim omówiona historia Internetu jako najważniejszej, a na pewno najczęściej wykorzystywanej elektronicznej drogi świadczenia usług. Następnie pokrótce prezentowane są różne metody regulacji obrotu elektronicznego – te tradycyjne, te które nabierają szczególnego znaczenia w tzw. „nowej rzeczywistości” oraz te zupełnie nowe, wypracowane specjalnie na potrzeby globalnej sieci internetowej.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że kolizyjnoprawne aspekty świadczenia usług drogą elektroniczną, mimo ich ogromnego znaczenia dla sprawnego funkcjonowania i rozwoju obrotu elektronicznego (w tym dla ochrony konsumenta, a także dla dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniami dóbr osobistych w Internecie) nie zostały omówione w szerszym zakresie ze względu zarówno na cywilnoprawny charakter niniejszej pracy, jak i na jej ograniczoną objętość.

Kolejna część rozdziału pierwszego jest poświęcona źródłom prawa, czyli aktualnym ramom prawnym świadczenia usług drogą elektroniczną. Na tym etapie pracy dość obszernie, ze względu na ich podstawowe znaczenie dla poruszanej problematyki, zostały omówione Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego (w skrócie nazywana dyrektywą o handlu elektronicznym lub dyrektywą ramową) oraz Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Następnie zostały zdefiniowane podstawowe pojęcia związane z tematem niniejszego opracowania (m.in. „handel elektroniczny”, „obróć elektroniczny”, „usługa społeczeństwa informacyjnego” i „świadczenie usług drogą elektroniczną”). Rozdział kończy się prezentacją rodzajów umów zawieranych drogą elektroniczną, według

odpowiednich kryteriów (m.in. ze względu na sposób wykonania umowy i ze względu na charakterystyczne świadczenie).

Rozdział drugi dotyczy ochrony konsumenta korzystającego ze usług świadczonych drogą elektroniczną jako słabszej strony stosunków prawnych zawieranych za pośrednictwem sieci internetowej. Szczegółowe rozważania są poprzedzone obszernym wprowadzeniem do tematu. Poza kwestiami terminologicznymi poświęcone jest ono m.in. rozważaniom, czy w związku z pojawieniem się i stopniowym upowszechnianiem w społeczeństwie nowych technologii to właśnie konsument powinien być chroniony, a jeśli tak, to dlaczego i czy jego ochrona powinna być zwiększona w stosunku do tej, którą zapewniają mu regulacje istniejące w obrocie tradycyjnym.

Dalsza część rozdziału drugiego koncentruje się na dwóch zagadnieniach. Po pierwsze, poruszony jest problem obowiązków informacyjnych ciążyących na usługodawcy względem usługobiorcy usług świadczonych drogą elektroniczną – tych przewidzianych w usude (czyli odnoszących się do wszystkich kategorii usługobiorców) oraz tych, które, na podstawie szczególnych regulacji prawnych, dotyczą wyłącznie konsumentów. Na tym etapie pracy zostało obszernie omówione zagadnienie informacji handlowej, zarówno zamówionej, jak i niezamówionej. Po drugie, szczegółowe rozważania dotyczące ochrony konsumenta obejmują problem ochrony jego danych osobowych w procesie świadczenia usług drogą elektroniczną. Przedstawione więc zostały odpowiednie postanowienia usude (uznawane zresztą przez dużą część przedstawicieli nauki za „martwe” i zbędne). Rozdział ten zamyka analiza aktualnych tendencji i projektowanych zmian o charakterze legislacyjnym w zakresie ochrony konsumenta korzystającego z usług świadczonych drogą elektroniczną.

W ostatnim (trzecim) rozdziale pracy zawarte są rozważania na temat naruszeń dóbr osobistych w obrocie elektronicznym. W uwagach ogólnych zaprezentowane zostały przede wszystkim istniejące przepisy prawa odnoszące się do tej tematyki oraz specyficzne cechy charakteryzujące wirtualną rzeczywistość, z którymi, według wielu autorów, związana jest potrzeba odrębnego uregulowania naruszeń dóbr osobistych w obrocie elektronicznym (w szczególności w Internecie) jako znacznie różniących się od tych występujących w tradycyjnym obrocie prawnym. W dalszej kolejności omówione są trzy zjawiska – *spamming*, *traffic data* oraz *cookies*, które stanowią istotne zagrożenie dla dóbr osobistych użytkowników Internetu. W niezbędnym zakresie przedstawione zostały również istniejące środki cywilnoprawnej ochrony dóbr osobistych. Nie ma bowiem najmniejszych wątpliwości, że z roszczeń tych korzystać mogą również podmioty, których dobra osobiste zostały zagrożone bądź naruszone za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej.

Druga część ostatniego rozdziału koncentruje się na przedstawieniu nowatorskiego uregulowania przez usude odpowiedzialności tzw. *intermediary service providers*, czyli pośredniczących dostawców usług. Poza skrupulatną analizą przepisów prawa wskazane zostały praktyczne aspekty tej regulacji (m.in. pokrótce omówiono bardzo ważne, przede wszystkim dla operatorów wyszukiwarek internetowych, orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w sprawie portalu Nasza-klasa.pl).

Cywilnoprawna analiza wybranych zagadnień prawnych zawarta w niniejszej pracy została przeprowadzona w oparciu o monografie, prace zbiorowe, artykuły i wypowiedzi **szerokiego grona specjalistów** (zarówno polskich, jak i zagranicznych) zajmujących się m.in. prawem cywilnym, prawem telekomunikacyjnym, prawem nowych technologii i prawem ochrony konsumenta.

1. Wprowadzenie do problematyki świadczenia usług drogą elektroniczną

1.1. Uwagi ogólne

Przełom XX i XXI wieku przyniósł dynamiczny **rozwój tzw. nowych technologii**, które „w sposób istotny wpływają na życie poszczególnych jednostek, na organizację pracy przedsiębiorców, a także na sposób zaspokajania niemal każdego rodzaju potrzeb”.¹⁰ Nie powinno więc dziwić, że zjawisko to pociągnęło za sobą ogromny wzrost zainteresowania tzw. umowami elektronicznymi lub szerzej – stosunkami prawnymi zachodzącymi w obrocie elektronicznym. Według najnowszych badań ponad 15 mln Polaków korzysta z Internetu (50,2 %).¹¹

Świadczenie usług drogą elektroniczną, jako zjawisko stosunkowo nowe, wciąż jeszcze nie zostało uregulowane w wystarczającym stopniu. Na skutek tego „członkowie społeczeństwa informacyjnego muszą sięgać po istniejące normy prawne, które z różnym powodzeniem i częściowo dają się zastosować do regulacji Internetu”.¹² Jak słusznie zauważa S. Stanisławska-Kloc, „istniejące dotychczas uregulowania prawne (...) z reguły nie uwzględniają specyfiki usług świadczonych przez sieci komputerowe czy też umów zawieranych w Internecie. Dlatego celowe stało się wprowadzenie pewnego ogólnego, ramowego uregulowania w zakresie najistotniejszych aspektów świadczenia usług w Internecie”.¹³

Trudności z całościowym unormowaniem stosunków prawnych związanych z wykorzystaniem Internetu są pochodną takich jego cech jak globalność czy transgraniczność. Wydaje się, że wobec tego najlepszą z możliwych metod regulacji byłoby wypracowanie międzynarodowego aktu prawnego, który pozwoliłby na zapewnienie jednolitości i przejrzystości stosunków prawnych występujących w obrocie elektronicznym. Niestety, konsensus na arenie międzynarodowej nie jest łatwy do osiągnięcia. Potwierdza to fakt, że do tej pory nie udało się wypracować żadnego aktu, którego zastosowanie objęłoby wszystkie lub chociażby przeważającą część państw na świecie.

¹⁰M. Skory, *O potrzebie interdyscyplinarnego podejścia do tak zwanego obrotu elektronicznego*, [w:] *Prawo umów elektronicznych*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Kraków 2006, s. 115.

¹¹*Ponad 15mln Polaków korzysta z internetu*, artykuł internetowy z dnia 23.02.2010 r., dostępny na stronie <http://www.wirtualnemedial.pl/arttykul/ponad-15-mln-polakow-korzysta-z-internetu> (data dostępu: 20.04.2010).

¹²J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2007, s. 52.

¹³S. Stanisławska-Kloc, *Świadczenie usług drogą elektroniczną – aspekty konsumenckie*, [w:] *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, pod red. E. Nowińskiej i P. Cybuli, Kraków 2005, s. 250.

Pojawienie się nowych technologii i ich specyfika pozwala jednak przypuszczać, że to właśnie interdyscyplinarne zagadnienia z nimi związane jako pierwsze w historii mają szansę być uregulowane w jednym **uniwersalnym akcie prawnym**. Bez wątpienia jednak musi minąć jeszcze dużo czasu, żeby się to stało.

Podmioty działające na arenie międzynarodowej nie pozostają jednak bezczynne wobec nowej rzeczywistości. Wręcz przeciwnie, pomimo pewnych mankamentów, ich działania (legislacyjne i organizacyjne) zdecydowanie zasługują na uznanie. Dzięki temu „z perspektywy ostatnich kilku lat można już śmiało mówić o prawie Internetu”¹⁴, ponadto warto zauważyć, że powoli kształtuje się ponadnarodowy system takiego prawa, co zostanie wykazane w dalszej części tego rozdziału.

Podkreślić należy, że wypracowane w ostatnich latach regulacje prawne mają w założeniu zarówno wspierać i promować rozwój obrotu elektronicznego, jak również chronić podmioty w nim występujące. J. Gołaczyński trafnie zauważył, że „nowe realia wymusiły i wciąż wymuszają ochronę tego cyberswiata i żyjących w nim realnych ludzi”¹⁵.

W tej części pracy zostanie zaprezentowany dotychczasowy dorobek doktryny prawa dotyczący obrotu elektronicznego, przede wszystkim zaś odnoszący się do kwestii terminologicznych oraz klasyfikacyjnych. Przedstawienie siatki pojęciowej oraz zaprezentowanie rodzajów umów związanych ze świadczeniem usług drogą elektroniczną jest niezbędne dla zrozumienia omawianej problematyki.

Obrót elektroniczny jest powiązany z szeroko pojętą łącznością elektroniczną, jednak środkiem komunikacji najczęściej w nim wykorzystywanym jest Internet. Dlatego też niniejsza praca będzie się koncentrowała na świadczeniu usług przy wykorzystaniu sieci internetowej.

1.2. Internet jako podstawowa elektroniczna droga świadczenia usług

Internet w swojej pierwotnej wersji, czyli jako prosta sieć komputerów, powstał pod koniec lat 60-tych w Stanach Zjednoczonych. Miał służyć celom militarnym¹⁶. Prawie 10 lat później nowym zjawiskiem zainteresowały się uniwersytety amerykańskie, widząc w Internecie środek ułatwiający swobodną komunikację i pozwalający na szybkie dotarcie do informacji.

¹⁴J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne...*, op. cit., s. 23.

¹⁵Ibidem, s. 21.

¹⁶Głównym celem było wypracowanie metody wymiany informacji naukowych oraz wywiadowczych, która byłaby odporna na atak nuklearny; Za: Ibidem, s. 11.

W 1969 r. to, co dzisiaj nazywamy Internetem, zaczęło funkcjonować na uniwersytecie w Los Angeles w ramach projektu badawczego o nazwie **ARPANET**¹⁷ (finansowanego zresztą przez amerykańskie Ministerstwo Obrony)¹⁸. W kolejnych latach prowadzono prace nad udoskonaleniem łączności w taki sposób, by różnego typu komputery mogły się ze sobą porozumiewać (początkowo było to możliwe jedynie z wykorzystaniem takich samych komputerów), a co za tym idzie, by mogła powstać ogólnosiwiatowa sieć. Efektem badań było stworzenie protokołu TCP/IP, który został zatwierdzony jako obowiązujący standard w 1980 r. przez amerykańskie Ministerstwo Obrony.

W tym samym roku, na skutek włamań tzw. *crackerów*, Departament Obrony Stanów Zjednoczonych zdecydował się oddzielić część wojskową tej sieci od jej części akademickiej. Ta druga została oficjalnie nazwana **Internetem**.¹⁹

Pojawienie się większości problemów prawnych związanych z obrotem elektronicznym (będących przedmiotem niniejszej pracy) łączy się nierozzerwalnie z chwilą, w której **zaczęto wykorzystywać Internet do celów komercyjnych**, co miało miejsce w 1989 roku. Wtedy to odkryto Internet jako nowe (ogromne) pole dla prowadzenia działalności handlowej. Skutkiem rozwoju technologicznego było pojawienie się nieznanych dotąd instrumentów umożliwiających swobodny przepływ informacji, zawieranie umów, wymianę towarów, świadczenie usług, dokonywanie płatności itd.

Poważną barierą dla dalszego rozwoju sieci było jednak wciąż jej ścisłe powiązanie z sektorem telekomunikacyjnym, stanowiącym **monopol**, a co więcej – będącym przez długie lata domeną państwa. Na szczęście zarówno czynniki ekonomiczne (takie jak pojawienie się inwestorów zagranicznych), jak i społeczne (np. rozwój tzw. społeczeństwa informacyjnego²⁰) wpłynęły na proces liberalizacji telekomunikacji, pobudzając tym samym rozwój konkurencji.²¹

Komercjalizacja sieci internetowej w powiązaniu z liberalizacją sektora telekomunikacyjnego i rozwojem społeczeństwa informacyjnego sprawiła, że w połowie lat

¹⁷Plan utworzenia wojskowej sieci badawczej, a tym samym pierwszej na świecie zdecentralizowanej sieci komputerowej; Za: J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne...*, op. cit., s. 11.

¹⁸W trakcie badań dokonano pierwszej próby połączenia ze sobą dwóch komputerów – jednego w Los Angeles, drugiego w Stanford. Połączenie trwało tylko podczas wpisywania dwóch liter „l” i „o” (mających stanowić słowo „login”), przy wpisywaniu „g” jeden z komputerów się zawiesił; Za: Ibidem, s. 12.

¹⁹Ibidem, s. 13.

²⁰Społeczeństwo informacyjne M. Kondrat definiuje jako społeczność, która w swoich działaniach korzysta regularnie z nowych technologii porozumiewania się, traktując je jako rzecz naturalną; M. Kondrat, *Regulacje wspólnotowe dotyczące Internetu*, PUE 2000, nr 1-2, s. 23.

²¹Por. K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji handlu elektronicznego w prawie wspólnotowym i międzynarodowym*, 2006, s. 30-34; A. Jaroszek, *Prawo właściwe dla umów konsumenckich zawieranych przez Internet*, Warszawa 2009, s. 21-22.

90-tych XX wieku Internet stał się **dostępny dla milionów użytkowników z całego świata**. Wtedy też „cyberprzestrzeń” zainteresowali się, po raz pierwszy na dużą skalę przedstawiciele nauki.

Za przejaw pojawienia się w środowisku naukowym zainteresowania nowym medium może posłużyć fragment przemówienia M. Stasiaka, wygłoszonego w 1998 roku z okazji otwarcia konferencji pt. „Internet – problemy prawne”. Powiedział on wówczas: „Problemy związane z Internetem są wynikiem jego upowszechnienia, a niekiedy wręcz fascynacji tym medium. Internet <<rozsadza>> istniejące regulacje prawne i stawia nowe wyzwania przed prawodawcami. Prawo ze swej natury nie nadąża za rodzącymi się w naszym życiu problemami; porządkuje te problemy z opóźnieniem. Stwierdza to znane adagium: *ius sequitur vitae*”.²²

Przekształcenia technologiczne zainicjowały dokonywanie **zmian w porządkach prawnych poszczególnych państw**. Dużą rolę w tym procesie odrywały od samego początku organizacje międzynarodowe. Konieczność dopasowania ustawodawstwa do nowej rzeczywistości była i nadal jest ściśle powiązana z charakterystycznymi cechami Internetu, które nabierają szczególnego znaczenia w kontekście dokonywania analizy prawnej stosunków powstających przy jego wykorzystaniu.

W literaturze podkreśla się najczęściej trzy cechy Internetu, tj. **niematerialność**²³, **interaktywność**²⁴ oraz **globalność**²⁵. Do tego zbioru poszczególni autorzy dodają kolejne wyróżniki – np. wielofunkcyjność, multijurysdykcyjność, krótki czas, w którym odbywa się przekaz internetowy, eksterytorialny charakter zjawisk w nim zachodzących oraz anonimowość jego użytkowników.²⁶

²²M. Stasiak, *Internet – wyzwanie dla nauki prawa*, [w:] *Internet - problemy prawne*, pod red. R. Skubisza, Lublin 1999, s. 1.

²³Niematerialność związana jest z tym, że wymiana informacji za pośrednictwem Internetu nie zostaje utrwalona w żadnej materialnej postaci (np. na papierze); Za: K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 34.

²⁴Interaktywność wiąże się z porozumiewaniem się użytkowników między sobą na odległość, natychmiast i bezpośrednio, co daje im możliwość nawiązywania stosunków prawnych; Por. K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 34 oraz P. Podrecki, *Wprowadzenie*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 20.

²⁵Globalność (międzynarodowość) Internetu oznacza, że nie jest on podporządkowany żadnemu państwu; Por. P. Podrecki, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 20.

²⁶Por. M. M. Kenig-Witkowska, *Niektóre zagadnienia prawnomiędzynarodowej regulacji Internetu*, PiP 2001, nr 9, s. 56-57.

1.3. Metody regulacji obrotu elektronicznego

Zasadnicze pytanie dotyczyło tego, czy na potrzeby szeroko rozumianego handlu elektronicznego należałoby wypracować zupełnie nowe, odpowiadające jego specyfice uregulowania (dodatkowe wątpliwości budzi kwestia tego, kto w takim przypadku miałby być odpowiedzialny za stworzenie takich ram prawnych – państwa, podmioty działające na rynku czy może organizacje międzynarodowe), czy może lepiej byłoby stosować w odpowiedni sposób istniejące już reguły, odnoszące się do tradycyjnych stosunków prawnych.²⁷

Na podstawie powyższych rozważań K. Kowalik-Bańczyk podzieliła metody regulacji handlu elektronicznego na osiem kategorii²⁸:

- **miękkie prawo** (ang. *soft law*)²⁹, na które składają się akty wydawane przez podmiot o dużym znaczeniu gospodarczym lub cieszący się autorytetem, ale nieposiadający formalnej legitymacji do wydawania wiążących norm; przy zastosowaniu tej techniki regulacji powstają normy, które wywołują pewne skutki praktyczne, mimo tego, że nie są prawnie obowiązujące³⁰; przykładem dokumentów wypracowywanych tą metodą są ustawy modelowe dotyczące handlu elektronicznego wydawane przez Komisję Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL) – np. ustawa modelowa dotycząca handlu elektronicznego³¹
- **autoregulację**, czyli tzw. oddolne dobrowolne tworzenie i przestrzeganie norm przez podmioty uczestniczące w określonej działalności³²; przykład autoregulacji można odnaleźć w dyrektywie 2000/31/WE, która przewiduje, że stowarzyszenia lub organizacje zawodowe mają za zadanie opracowywać kodeksy postępowania (por. art. 8 ust. 2 dyrektywy o handlu elektronicznym)³³

²⁷Por. K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 55.

²⁸Ibidem, s. 56; Na podobne metody regulacji wskazuje J. Gołaczyński; Por. J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne...*, op. cit., s. 22 i n.

²⁹Jako przykład *soft law* W. Szpringer podaje zbiór zasad *Principles of European Contract Law* (PECL); Por. W. Szpringer, *Wybór prawa właściwego w cyberprzestrzeni na tle harmonizacji prawa umów w Unii Europejskiej*, PPH 2007, nr 12, s. 52.

³⁰Zaletą tego typu regulacji jest większą łatwość w osiągnięciu konsensusu na arenie międzynarodowej i wypracowania wspólnego stanowiska na dany temat wobec aktu nie wiążącego prawnie.

³¹UNCITRAL (1996) *General Assembly Resolution 51/162* z 16 grudnia 1996 r., tekst oryginalny zob. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf (data dostępu: 16.03.2010).

³²Zaletą tego typu regulacji jest jej szybkość i przystosowanie do rzeczywistych potrzeb.

³³Ciekawym przykładem autoregulacji jest przypadek uregulowania w Stanach Zjednoczonych zagadnienia ochrony przed propagowaniem pornografii dziecięcej. Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że ustawa, która zabraniała tego typu działań, *Communication Decency Act*, wprowadzała cenzurę niezgodną z postanowieniami Konstytucji. W efekcie uznał akt ten za nieważny, co wywołało natychmiastową reakcję stowarzyszeń prywatnych, które postanowiły wprowadzić „cenzurę prywatną”, polegającą na tym, że dostarczyciele dostępu i usługodawcy sami kontrolowaliby treści przez siebie przekazywane, aby zapobiec rozpowszechnianiu pornografii dziecięcej; Za: K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 65.

- **koregulację**, polegającą na wspólnym działaniu podmiotów prywatnych, które formułują autoregulację oraz władz publicznych, które taką autoregulację sankcjonują; takie rozwiązanie wyraźnie stara się propagować Komisja Europejska (np. w komunikatach dotyczących tzw. *eEurope*)
- **zwyczaj**, a właściwie nowe zjawisko, jakim jest *e-custom*, który P. Polański definiuje jako „istotną z punktu widzenia praw, powtarzalną praktykę handlową w Internecie, która jest dostatecznie rozpowszechniona i utrwalona w określonym okresie czasu, by uzasadniać oczekiwanie, że będzie ona przestrzegana”³⁴; charakterystyczny dla zwyczaju internetowego jest szybki proces jego wykształcania (w przeciągu kilku tygodni)
- **standaryzację techniczną**, w ramach której dokonuje się ujednoczenia norm technicznych i wskazuje się spośród nich te, które nie obowiązują lub też obowiązują i są stosowane przez podmioty gospodarcze w danej branży; na arenie międzynarodowej taką działalność prowadzi Międzynarodowa Organizacja Standaryzacji (ISO); również w ramach działalności Unii Europejskiej prowadzone są badania dotyczące standaryzacji informatycznej³⁵
- **lex informatica**, które to określenie zdefiniował P. B. Hugenholtz jako „kombinację środków technicznych i licencji zezwalających na użytkowanie utworów (czy też informacji) *on-line*, wykorzystywaną przez twórców lub producentów”³⁶
- **regulację przez „zaniechanie regulacji”**, czyli porzucenie na odwołaniu się do wykładni już istniejących norm prawnych, bez tworzenia nowych³⁷; dużą rolę odgrywa w tej metodzie orzecznictwo sądowe
- **konwencje międzynarodowe**, czyli „zgodne oświadczenia woli dwóch lub więcej podmiotów prawa międzynarodowego, które rodzą prawa i obowiązki skuteczne w prawie międzynarodowym”³⁸, zdają się być słuszną odpowiedzią na wyzwania związane z globalnym charakterem Internetu; jednak, aby ta technika regulacji okazała

³⁴P. Polański, *A New Approach to Regulating Internet Commerce: Custom as a Source of Electronic Commerce Law*, ECLR 2002, nr 9, s. 177; Za: K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 65.

³⁵Tą metodą wypracowano m.in. protokół TCP/IP; por. podrozdział 1.2. niniejszej pracy.

³⁶P. B. Hugenholtz, *Copyright, Contract and Code: What Will Remain of the Public Domain?*, 26 BJIL 77-90, 2000, s. 83; Za: K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 73.

³⁷Zaletą tej techniki regulacji jest jej elastyczność i zapobieganie tzw. przeregulowaniu. Jednak nie zawsze takie podejście jest wystarczające, w związku z tym, że środki istniejące już w ustawodawstwie krajowym nie koniecznie muszą przystawać do nowych realiów związanych z handlem elektronicznym.

³⁸W. Czaplinski, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 124-126.

się efektywna, koniecznym jest zaangażowanie jak największej liczby państw w opracowywanie konwencji międzynarodowych³⁹

- **akty wydawane przez organizacje lub organy międzynarodowe**, które mogą być wiążące lub niewiążące, w związku z czym mogą wywoływać różne skutki prawne; wśród aktów wiążących prawnie największe znaczenie zdają się mieć dyrektywy unijne, prowadzące do harmonizacji prawa państw członkowskich (np. omawiana w dalszej części pracy dyrektywa o handlu elektronicznym)⁴⁰.

Analiza powyżej przedstawionych rozwiązań pozwala wysnuć wniosek, że najlepszą metodą regulacji byłoby wypracowanie norm na poziomie międzynarodowym. Ze względu jednak na trudności związane z osiągnięciem konsensusu na tak szerokiej arenie, zdaje się, że jednolite unormowanie Internetu w skali światowej, jeśli w ogóle nastąpi, to z pewnością w dalekiej przyszłości. W tym kontekście należy pozytywnie ocenić działalność prawodawczą Unii Europejskiej, której efektem jest między innymi wypracowanie szeregu dyrektyw odnoszących się (bezpośrednio lub pośrednio) do problematyki handlu elektronicznego.

1.4. Źródła prawa

Pierwszym krokiem, który należy ocenić pozytywnie, są unormowania wypracowane na szczeblu europejskim i ich implementacja do krajowych porządków prawnych. W literaturze spotkać można opinię, że tego typu działalność prowadzi do zakreślenia quasi-światowych ram prawnych.⁴¹

Dyrektywa 2000/31/WE (której uchwaleniu towarzyszyło zresztą szereg kontrowersji⁴²), omawiana w następnym podrozdziale, stanowi, że „mimo globalnego charakteru komunikacji elektronicznej koordynacja krajowych środków regulacyjnych na poziomie Unii Europejskiej jest konieczna w celu uniknięcia fragmentacji rynku

³⁹W ramach tej metody regulacji mieści się zarówno stosowanie już istniejących konwencji międzynarodowych (np. Konwencji Narodów Zjednoczonych z 11 kwietnia 1980 roku o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, nazywana konwencją wiedeńską), jak również wypracowywanie nowych konwencji, ściśle na potrzeby regulacji handlu elektronicznego (do tej pory tego typu działalność prowadzona jest bez większego powodzenia).

⁴⁰Można dodać, że Wspólnota Europejska jest jak dotąd jedyną organizacją międzynarodową, która systematycznie stara się uregulować większość kwestii dotyczących obrotu elektronicznego; Por. K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 82.

⁴¹K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 53.

⁴²Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii Europejskiej o handlu elektronicznym i jej implikacje dla prawa cywilnego*, KPP 2001, nr 1, s. 41.

wewnętrznego oraz ustanowienia stosownych europejskich ram regulacyjnych”.⁴³ W tym samym miejscu ustawodawca europejski dodaje, że „taka koordynacja powinna także przyczynić się do stworzenia silnego wspólnego stanowiska do celów negocjacji na forum międzynarodowym”.⁴⁴

Zgodzić się należy z K. Kowalik-Bańczyk, która twierdzi, że „rozmiary i jednolitość rynku europejskiego wydają się wystarczające, by wprowadzić na tym rynku stosowanie jednolitych reguł dotyczących Internetu, przy czym reguły te powinny współistnieć i korespondować z regułami ustalonymi na poziomie światowym”.⁴⁵

A) Dyrektywa 2000/31/WE

Podstawowym europejskim aktem prawnym dotyczącym handlu elektronicznego jest **Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu i Rady z dnia 8 czerwca 2000 roku w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego** (nazywana dyrektywą o handlu elektronicznym)⁴⁶.

Na wstępie należy wspomnieć, że niniejsza dyrektywa ma **minimalny charakter**, jako że została uchwalona w oparciu o art. 95 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE). W związku z powyższym państwa członkowskie mogą w ramach ustawodawstwa krajowego przykładowo przyznać usługobiorcom szerszy zakres ochrony od tego, który wynika z treści samej dyrektywy (przy czym nie może to prowadzić do sprzeczności przepisów krajowych z TWE).⁴⁷

Cele uchwalenia niniejszej dyrektywy zostały zawarte w jej preambule. Na główny cel wskazuje pkt 7, określając go jako stworzenie (jasnych, prostych, przewidywalnych i zgodnych z uregulowaniami międzynarodowymi) **ram prawnych dla zapewnienia swobodnego przepływu usług społeczeństwa informacyjnego** między państwami członkowskimi. Z kolei art. 1 stanowi, że niniejsza dyrektywa dąży do przyczynienia się do

⁴³Por. pkt 59 preambuły do dyrektywy 2000/31/WE.

⁴⁴Ibidem.

⁴⁵K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 53.

⁴⁶Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) of 8 June 2000, OJ L 178 z 17.07.2000 r.; Polskie tłumaczenie dyrektywy dostępne na stronie <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:PL:HTML> (data dostępu: 16.03.2010).

⁴⁷G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy usług elektronicznych*, Toruń 2007, s. 31.

właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego przez zapewnienie swobodnego przepływu usług społeczeństwa informacyjnego między państwami członkowskimi. Poza tym ustawodawca unijny podkreślił m.in. konieczność ustanowienia (w obrębie rynku wewnętrznego) silniejszych związków między państwami członkowskimi i ułatwienia wzrostu gospodarczego, wraz z jego konsekwencjami w postaci zwiększenia możliwości zatrudnienia (przede wszystkim w małych i średnich przedsiębiorstwach) oraz wzrostu konkurencyjności przemysłu europejskiego.

Ponadto w pkt 3 preambuły wskazano, że przedmiotem dyrektywy jest zapewnienie wysokiego poziomu integracji we Wspólnocie, aby stworzyć rzeczywisty **obszar bez granic wewnętrznych dla usług społeczeństwa informacyjnego**.

Wśród przeszkód prawnych spowalniających rozwój tzw. społeczeństwa informacyjnego zostały wymienione rozbieżność w unormowaniach krajowych i brak pewności prawnej związany z koniecznością odpowiedniego stosowania istniejących przepisów krajowych do handlu elektronicznego.

Zakresem omawianej dyrektywy objęte zostały następujące zagadnienia:

- a) zasady świadczenia usług informacyjnych,
- b) jawność informacji handlowych,
- c) elektroniczne zawieranie umów,
- d) odpowiedzialność pośredników w świadczeniu usług informacyjnych,
- e) zasady implementacji.

Kontrowersje wzbudziło pominięcie takich kwestii jak ochrona praw autorskich i piractwo komputerowe czy też zagadnień podatkowych⁴⁸. Jednakże w kontekście tematu niniejszej pracy rozwijanie tego wątku nie wydaje się istotne.

Należy zauważyć, że podstawowym pojęciem dyrektywy nie jest handel elektroniczny, lecz **usługa społeczeństwa informacyjnego** (w skrócie: usługa informacyjna). W literaturze przedmiotu podkreśla się, że pojęcie usługi społeczeństwa informacyjnego jest szersze i obejmuje również działania wykraczające poza pojęcie handlu elektronicznego.⁴⁹

Dyrektywa 2000/31/WE nie wprowadziła definicji „usług społeczeństwa informacyjnego”, odsyłając w tym zakresie do Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług

⁴⁸D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 43.

⁴⁹A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 27.

społeczeństwa informacyjnego oraz do Dyrektywy 98/84/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 1998 roku w sprawie prawnej ochrony usług opartych lub polegających na warunkowym dostępie.

Według definicji, którą można odnaleźć w treści wyżej wymienionych dyrektyw, usługami społeczeństwa informacyjnego (ang. *information society services*) są wszystkie **usługi świadczone normalnie za wynagrodzeniem, na odległość, za pomocą urządzeń elektronicznych do przetwarzania (łącznie z kompresją cyfrową) oraz przechowywania danych, na indywidualne żądanie usługobiorcy.**⁵⁰ Akt ten znajduje więc zastosowanie do usług świadczonych w ramach różnego typu działalności *on-line*, do których można zaliczyć między innymi informację *on-line*, reklamę *on-line*, zakupy *on-line* czy też zawieranie umów *on-line*.

Dyrektywa natomiast wyłącza ze swojego zakresu niektóre usługi jako niestanowiące usługi społeczeństwa informacyjnego, na skutek czego **nie znajdzie ona zastosowania** do:

- a) transmisji telewizyjnych oraz transmisji radiowych (w związku z tym, że nie są świadczone na indywidualne żądanie usługobiorcy),
- b) używania poczty elektronicznej lub innych równorzędnych środków do przekazywania informacji indywidualnych, na przykład przez osoby fizyczne działające poza zakresem ich działalności handlowej, gospodarczej lub zawodowej,
- c) stosunków umownych między pracownikiem a jego pracodawcą⁵¹,
- d) działań, które ze względu na swój charakter nie mogą być wykonywane na odległość lub drogą elektroniczną (np. kontrola ksiąg rachunkowych czy konsultacja medyczna wymagająca fizycznego badania pacjenta).

Ponadto art. 1 ust. 5 stanowi, że dyrektywa 2000/31/WE nie znajdzie zastosowania do następujących usług społeczeństwa informacyjnego:

- a) z dziedziny podatków,
- b) kwestii związanych z usługami informacyjnymi wynikającymi z dyrektywy o ochronie jednostek w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych i ich swobodnego przepływu oraz ochrony prywatności w sektorze telekomunikacyjnym,

⁵⁰Szersze omówienie definicji pojęcia usługi społeczeństwa informacyjnego zawarte zostało w podrozdziale 1.5. niniejszej pracy.

⁵¹Nawet, jeśli taki stosunek realizowany jest w systemie telepracy; Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 50.

- c) zagadnień związanych z porozumieniami i praktykami regulowanymi prawem ochrony konkurencji (monopolistycznych),
- d) działalności notariuszy lub zawodów równorzędnych w zakresie, w jakim wiążą się one z bezpośrednim i szczególnym udziałem w wykonywaniu władzy publicznej,
- e) reprezentowania klienta oraz obrony jego interesów przed sądami,
- f) gier hazardowych (łącznie z loteriami i zakładami wzajemnymi).

Według dyrektywy stronami umowy o świadczenie usług społeczeństwa informacyjnego są **usługodawca** (ang. *service provider*, definiowany jako każda osoba fizyczna lub prawna, która świadczy usługę społeczeństwa informacyjnego) oraz **usługobiorca** (czyli każda osoba fizyczna lub prawna, która do celów zawodowych lub innych korzysta z usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności w celu poszukiwania informacji lub uzyskiwania do niej dostępu). Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że usługobiorcą nie musi wcale być (choć oczywiście może) konsument.

Dyrektywa o handlu elektronicznym pozostawia państwu członkowskiemu w wielu aspektach swobodę (np. utrzymywania ograniczeń zawierania umów elektronicznych w stosunku do niektórych rodzajów umów). Nakłada jednak na nie też pewne obowiązki (np. obowiązek umożliwienia dostępu do działalności podmiotu świadczącego usługi społeczeństwa informacyjnego bez konieczności uzyskania uprzednio zezwolenia czy też obowiązek zmiany ustawodawstwa tak, aby nie utrudniać korzystania z umów elektronicznych).

Istotny jest fakt, że omawiana dyrektywa wyraźnie stanowi, że **jej przedmiotem nie jest stworzenie dodatkowych reguł prawa prywatnego międzynarodowego** w zakresie konfliktów prawa oraz właściwości sądów (art. 1 ust. 4). Co więcej, zgodnie z jej art. 3, dyrektywa uzupełnia prawo wspólnotowe mające zastosowanie do usług społeczeństwa informacyjnego bez uszczerbku dla poziomu ochrony, w szczególności zdrowia publicznego oraz interesów konsumentów w zakresie, w jakim nie ogranicza to swobody świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego.

Warto też wspomnieć, że ustawodawca unijny podkreśla w treści samej dyrektywy o handlu elektronicznym **wymóg konsultacji** (w celu uzgodnienia swojego ustawodawstwa i procedur) pomiędzy Unią Europejską a obszarami pozaeuropejskimi, a także konieczność **wzmocnienia współpracy** w zakresie handlu elektronicznego z państwami trzecimi (przede

wszystkimi z państwami kandydującymi, rozwijającymi się oraz z partnerami handlowymi Unii Europejskiej).

Szczegółowe omówienie wybranych zagadnień uregulowanych przez dyrektywę 2000/31/WE zostanie zawarte w kolejnych częściach pracy.

B) Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną

Dyrektywa o handlu elektronicznym zobowiązała państwa członkowskie do jej implementacji do dnia 17 stycznia 2002 roku (por. art. 22 dyrektywy o handlu elektronicznym). Polska wypełniła swój obowiązek z ponad rocznym opóźnieniem – 10 marca 2003 roku, kiedy to weszła w życie **Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną**⁵². Równoległe, również w ramach implementacji dyrektywy 2000/31/WE (Ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw⁵³), dokonano **nowelizacji Kodeksu cywilnego**.

Pozytywnie należy ocenić to, że mając na względzie horyzontalny charakter⁵⁴ zagadnień prawnych ujętych w dyrektywie o handlu elektronicznym, ustawodawca krajowy zdecydował się dokonać jej implementacji za pomocą ustanowienia odrębnej ustawy. Do Kodeksu cywilnego włączono natomiast niezbędne postanowienia dotyczące procedury zawierania umów w obrocie elektronicznym. Takie rozwiązanie zdaje się być w pełni uzasadnione z systemowego punktu widzenia.

Uśude jest podstawowym krajowym aktem prawnym regulującym kwestie związane z handlem elektronicznym, przy którego omawianiu nie można jednakże pominąć dyrektywy 2000/31/WE.⁵⁵

Zgodnie z brzmieniem art. 1 uśude ustawa obejmuje swym **zakresem przedmiotowym**:

- a) obowiązki usługodawcy związane ze świadczeniem usług drogą elektroniczną,
- b) zasady wyłączenia odpowiedzialności usługodawcy z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną,

⁵²DzU z 2002 r., nr 144, poz. 1204 z późn. zm.

⁵³DzU z 2003 r., nr 49, poz. 408.

⁵⁴Horyzontalny charakter ustawy oznacza, że jej regulacje odnoszą się do różnych dziedzin prawa; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 27.

⁵⁵Szczególnie przydatne może się okazać zaplecze pojęciowe, które powstało w okresie obowiązywania dyrektywy o handlu elektronicznym (przed wejściem w życie uśude).

c) zasady ochrony danych osobowych osób fizycznych korzystających z usług świadczonych drogą elektroniczną⁵⁶.

X. Konarski uważa, że podany w art. 1 zakres uśude powinien zostać poszerzony o jeszcze jedną grupę zagadnień, które zostały *de facto* w niej uregulowane, a mianowicie o wymagania odnoszące się do treści i zasad rozpowszechniania informacji handlowej.⁵⁷

Dokonując porównania zakresu normowania dyrektywy o handlu elektronicznym z uśude, za pomocą której została ona implementowana, należy wysnuć wniosek, iż po pierwsze **zakres dyrektywy 2000/31/WE jest zdecydowanie szerszy**⁵⁸, a po drugie (co ciekawsze), że **niektóre z przepisów ustawy nie są odpowiednikami postanowień dyrektywy**, wskutek czego można je określić jako autonomiczne.⁵⁹ W tym miejscu zgodzić się wypada z J. Gołaczyńskim, który twierdzi, że taka sytuacja „może powodować duże wątpliwości u podmiotów stosujących przepisy tejże dyrektywy co do tego, w jakich okolicznościach konieczne jest stosowanie wykładni prowspólnotowej przepisów ustawy”⁶⁰.

Według uśude świadczenie usług drogą elektroniczną oznacza **wykonanie usługi świadczonej bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłanej i otrzymywanej za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowana za pomocą sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne** (art. 2 ust. 4). Niniejsza definicja zostanie szczegółowo omówiona w podrozdziale 1.5. niniejszego opracowania.

⁵⁶Ze względu na objęcie zakresem ustawy zagadnienia ochrony danych osobowych w doktrynie toczy się dyskusja dotyczącego tego, czy uśude stanowi implementację jedynie dyrektywy 2000/31/WE czy może także Dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (tzw. dyrektywy o prywatności). Wydaje się, że należałoby opowiedzieć się za pierwszą opcją. Podobne stanowisko prezentują J. Gołaczyński i S. Piątek. Z kolei m.in. X. Konarski i D. Kasprzycki wyrażają odmienne zdanie. Większość przedstawicieli doktryny zdaje się jednak zgadzać co do tego, że zawarcie w uśude przepisów dotyczących ochrony danych osobowych należy uznać za błędne; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 12, X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004, s. 13, 16-17, S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 854 oraz D. Kasprzycki, *Spam, czyli nie zamawiana komercyjna poczta elektroniczna. Zagadnienia cywilnoprawne*, Prace IPWI UJ 2005, z. 91, s. 17.

⁵⁷X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 45.

⁵⁸Szerszy zakres dyrektywy wynika m.in. z tego, że została w niej uregulowana procedura zawierania umów elektronicznych, którą to, w przypadku naszego krajowego ustawodawstwa unormowano w Kodeksie cywilnym (a nie w uśude).

⁵⁹Charakter taki będą miały przepisy dotyczące ochrony danych osobowych; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 13-14.

⁶⁰J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 27-28.

Z definicji wynika, że nie jest usługą świadczoną drogą elektroniczną przykładowo przesyłanie niezamówionej informacji handlowej⁶¹ czy też usługa posiadająca materialny substrat.

Sama zaś ustawa stanowi (w art. 3), że jej **przepisów nie stosuje się** do⁶²:

- a) rozpowszechniania lub rozprowadzania programów radiowych lub telewizyjnych,
- b) używania poczty elektronicznej lub innego równorzędnego środka komunikacji elektronicznej⁶³ między osobami fizycznymi w celach osobistych niezwiązanych z prowadzoną przez te osoby, chociażby ubocznie, działalnością zarobkową lub wykonywanym przez nie zawodem,
- c) świadczenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego niektórych usług telekomunikacyjnych⁶⁴,
- d) świadczenia usług drogą elektroniczną, jeśli odbywa się ono w ramach struktury organizacyjnej usługodawcy, przy czym usługa świadczona drogą elektroniczną służy wyłącznie do kierowania pracą lub procesami gospodarczymi tego podmiotu⁶⁵.

Zgodnie z poglądami przedstawicieli doktryny do powyższego katalogu wyłączeń, w świetle wykładni wspólnotowej (a więc w nawiązaniu do dyrektywy 2000/31/WE), należy dodać:

- a) zagadnienia z dziedziny podatków,
- b) kwestie związane z usługami informacyjnymi wynikającymi z dyrektywy o ochronie jednostek w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych i ich swobodnego przepływu oraz ochrony prywatności w sektorze telekomunikacyjnym,

⁶¹Mimo tego uśude znajdzie do niej zastosowanie na gruncie art. 10 stanowiącego jeden z przepisów odrębnych; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 44.

⁶²Postanowienie dotyczące zakresu wyłączeń przewidzianych w uśude różni się w pewnym stopniu od odpowiadającego mu postanowienia w dyrektywie o handlu elektronicznym.

⁶³Ustawa definiuje środki komunikacji elektronicznej jako rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną (art. 2 ust. 5). W doktrynie przyjmuje się, że pojęcie równorzędnego środka komunikacji elektronicznej należy rozumieć podobnie do pojęcia indywidualnego środka komunikacji elektronicznej, którego użyto w zdaniu pierwszym art. 66¹ § 4 KC; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 54.

⁶⁴Z wyłączeniem art. 12-15 uśude.

⁶⁵Tzw. użytek wewnętrzny pracodawcy; Wyłączenie dotyczy zarówno usług świadczonych w zakresie zarządzania procesami produkcyjnymi, jak i kierowania personelem; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 57.

- c) zagadnienia związane z porozumieniami i praktykami regulowanymi prawem ochrony konkurencji (monopolistycznych),
- d) działalność notariuszy lub zawodów równorzędnych w zakresie, w jakim wiążą się one z bezpośrednim i szczególnym udziałem w wykonywaniu władzy publicznej,
- e) reprezentowanie klienta oraz obrony jego interesów przed sądami,
- f) gry hazardowe (łącznie z loteriami i zakładami wzajemnymi).

Zgodnie z brzmieniem uśude **usługodawcą** (podobnie jak w dyrektywie unijnej) jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która, prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową, świadczy usługi drogą elektroniczną (art. 2. ust. 6). Zakres pojęciowy usługodawcy w rozumieniu uśude obejmuje dwie kategorie podmiotów, których wyszczególnienie jest konieczne ze względu na dalszą część pracy, dotyczącą wyłączenia odpowiedzialności pewnych grup usługodawców (przewidzianej w art. 12-14 uśude). I tak usługodawcą będzie po pierwsze podmiot udostępniający usługi/treści własne lub osób trzecich (ang. **content provider**), a po drugie podmiot pośredniczący w dostępie do tego typu usług (ang. **intermediatory service provider**).⁶⁶

Usługobiorcą na gruncie uśude będzie zaś osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która korzysta z usługi świadczonej drogą elektroniczną (art. 2 ust. 7). Ciekawe jest użycie w powyższej definicji sformułowania „korzysta z usługi”, które sugeruje, że usługobiorcą będzie nie tylko osoba zawierająca umowę dotyczącą świadczenia usług drogą elektroniczną, lecz także każdy podmiot, który z takiej usługi korzysta.⁶⁷ Z definicji usługobiorcy wynika, że może nim być, ale nie musi, **konsument**⁶⁸.

J. Gołaczyński zwraca uwagę na to, że kategorie usługodawcy i usługobiorcy **mogą się ze sobą przenikać**. W konkretnej sytuacji dany podmiot może bowiem być zarazem usługodawcą i usługobiorcą. Stanie się tak np. w sytuacji, w której określona osoba świadczy

⁶⁶J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 47-48; Autor podkreśla, że podział podmiotów na wymienione kategorie nie jest całkowicie rozłączny, bowiem może zdarzyć się sytuacja, w której ten sam usługodawca będzie zarazem *content providerem* i *service providerem*. Jako przykład podaje właściciela portalu internetowego, który zarówno umieszcza na swojej stronie pewien zbiór informacji, jak świadczy tzw. usługę *hostingu* (o której będzie mowa w dalszej części pracy) wobec stron internetowych zarządzanych przez inne podmioty.

⁶⁷Na ten aspekt definicji usługobiorcy zwrócił uwagę m.in. J. Gołaczyński; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 48 oraz P. Litwiński, *Świadczenie usług drogą elektroniczną*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2007, s.169.

⁶⁸Do specyficznej kategorii usługobiorców usług świadczonych drogą elektroniczną, jaką są konsumenci będą miały zastosowanie szczególne uregulowania. Zagadnienie to zostało omówione w rozdziale 2. niniejszej pracy.

usługi informacyjne za pośrednictwem strony internetowej, która jest usytuowana na serwerze należącym do innego podmiotu. Wówczas osoba ta będzie usługodawcą w zakresie udostępniania informacji oraz usługobiorcą usługi *hostingu* świadczonej przez inny podmiot.⁶⁹

O pozostałych kwestiach, które reguluje usude będzie mowa w kolejnych rozdziałach.

C) Kodeks cywilny

Dyrektywą 2000/31/WE⁷⁰ zobligowano państwa członkowskie do usunięcia przeszkód prawnych, które stanowiłyby barierę dla zrównania umów zawieranych w sposób tradycyjny z tymi zawieranymi drogą elektroniczną.⁷¹

W wyniku **nowelizacji Kodeksu cywilnego z dnia 14 lutego 2003 r.**⁷², stanowiącej fragment procesu implementacji dyrektywy o handlu elektronicznym do polskiego porządku prawnego⁷³, dokonano zmian przepisów odnoszących się do zawierania umów.⁷⁴ W ten sposób „potwierdzono obecność handlu elektronicznego i innych czynności *on-line* w obrocie prawnym”.⁷⁵ Zostały zmodyfikowane postanowienia regulujące tradycyjny obrót prawny w celu przystosowania ich do nowych warunków.⁷⁶

Co ciekawe przy konstruowaniu nowych przepisów Kodeksu cywilnego uwzględniono nie tylko dyrektywę unijną, lecz także różne międzynarodowe akty prawne i prawa modelowe, między innymi Konwencję wiedeńską o międzynarodowej sprzedaży towarów oraz ustawę modelową UNCITRAL z 1996 r. (tzw. Prawo handlu elektronicznego).⁷⁷

Zmiany objęły między innymi takie zagadnienia jak **wprowadzenie elektronicznej formy czynności prawnej, wykładnia oświadczeń woli składanych drogą elektroniczną czy też moment związania stron ofertą złożoną w postaci elektronicznej.**

⁶⁹J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 48.

⁷⁰Por. przede wszystkim brzmienie art. 9 dyrektywy o handlu elektronicznym.

⁷¹X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 23.

⁷²Ustawa z dnia 14.02.2003 roku o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (DzU z 2003 r., nr 49, poz. 408).

⁷³Na skutek nowelizacji art. 9-11 dyrektywy 2000/31/WE zostały implementowane przez Kodeks cywilny.

⁷⁴Dyrektywy 2000/31/WE wymogła na państwach członkowskich stworzenie warunków prawnych do zawierania umów za pomocą środków elektronicznych, Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 59.

⁷⁵P. Podrecki, *Zawarcie umowy w sieci Internet*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 23.

⁷⁶Nowelizacja weszła w życie w dniu 25 września 2003 r.

⁷⁷Por. W. Kocot, *Ofertowy i negocjacyjny tryb zawarcia umowy w ujęciu znowelizowanych przepisów Kodeksu cywilnego*, PPH 2003, nr 5.

Warto dodać, że wcześniej pewne zmiany w Kodeksie cywilnym poczyniono przy okazji wejścia w życie **Ustawy z dnia 18 września 2001 roku o podpisie elektronicznym**⁷⁸.

Wówczas zmieniono między innymi art. 60 KC, który otrzymał następujące brzmienie: „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej”⁷⁹. Ponadto ustanowiono w art. 78 § 2 KC wymogi, których spełnienie pozwala zrównać skutki złożenia oświadczenia woli w formie elektronicznej ze skutkami złożenia oświadczenia woli w formie pisemnej.⁸⁰

Należy mieć świadomość tego, że w transakcjach elektronicznych zastosowanie **znajdują wszystkie z dotychczas wypracowanych sposobów zawierania umów**, a więc tryb ofertowy, negocjacje, aukcje i przetarg. Dlatego też już przed nowelizacją Kodeksu cywilnego w doktrynie podkreślano się, że „oświadczenie woli złożone na nośniku elektronicznym nie różni się od oświadczeń woli składanych za pomocą dotychczasowych, tradycyjnych środków przekazu”.⁸¹

Duża część norm kodeksowych znajduje bezpośrednie zastosowanie do umów zawieranych przy wykorzystaniu Internetu. Dla przykładu można w tym miejscu wymienić art. 65 KC⁸² dotyczący wykładni oświadczeń woli, a także zawarte w Dziale IV art. 82-88 KC odnoszące się do wad oświadczeń woli.

Specyfika obrotu elektronicznego wymusiła jednak wprowadzenie do Kodeksu cywilnego również **zupełnie nowych postanowień**. Na skutek tego, w ramach nowelizacji z 14 lutego 2003 r., dodano art. 61 § 2 oraz art. 78 § 2.

Art. 78 § 2 KC stanowi, że „oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego

⁷⁸Ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (DzU z 2001 r., nr 130, poz. 1450 z późn. zm.).

⁷⁹Można dodać, że brzmienie art. 60 KC odpowiada treści art. 5 ustawy modelowej UNCITRAL o handlu elektronicznym (Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 16.12.1996 r. nr 51/162, *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*), który stanowi, że informacjom przekazywanym lub zawierającym dane wytwarzane, wysyłane, odbierane lub przechowywane w drodze informatycznej, optycznej, czy w inny sposób, nie można odmawiać ważności i skuteczności wyłącznie ze względu na formę; Za: W. Dubis, *Elektroniczne oświadczenia woli*, [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005, s. 25.

⁸⁰X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 22.

⁸¹W. Dubis, *Elektroniczne oświadczenia...*, op. cit., s. 23.

⁸²Art. 65 KC stanowi, że „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. Ponadto, zgodnie z brzmieniem § 2, „w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu”.

kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej”.

§ 2 dodany w drodze nowelizacji do art. 61 KC stwierdza z kolei, że „oświadczenie wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią”. Tego typu sformułowanie jest zgodne z przyjętą w polskim porządku prawnym teorią doręczenia⁸³. Podkreślić warto dyspozycyjny charakter norm art. 61 KC.

X. Konarski w ramach omawiania przedmiotu regulacji Kodeksu cywilnego w kontekście obrotu elektronicznego wymienia dodatkowo następujące zagadnienia:

- a) chwilę złożenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej (art. 61 § 2 KC),
- b) procedurę zawierania umów *on-line* (art. 66¹ § 1 KC),
- c) miejsce zawarcia umowy w sytuacji, gdy oferta została złożona w postaci elektronicznej (art. 70 § 2 KC),
- d) sposób inkorporowania wzorca umownego w postaci elektronicznej (art. 384 § 4 KC).

D) Pozostałe krajowe akty prawne

Pierwszym krokiem w stronę uregulowania problematyki społeczeństwa informacyjnego w polskim porządku prawnym było uchwalenie w dniu 2 marca 2000 r. **Ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny**⁸⁴, którą implementowano aż cztery dyrektywy wspólnotowe⁸⁵. Najważniejsze było jednak transponowanie do polskiego prawa Dyrektywy 97/7/WE o ochronie konsumenta w umowach zawieranych na odległość. Upk reguluje przede wszystkim umowy zawierane w obrocie mieszanym, w których po jednej stronie znajduje się przedsiębiorca, a po drugiej konsument. W takim też zakresie wpływa na świadczenie usług

⁸³Zgodnie z teorią doręczenia oświadczenie woli skierowane do oznaczonej osoby uważa się za złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią; W. Dubis, *Elektroniczne oświadczenia...*, op. cit., s. 30.

⁸⁴Ustawa z dnia 02.03.2000 r. o ochronie niektórych prawa konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (DzU z 2000 r., nr 22, poz. 271).

⁸⁵Za pośrednictwem upk implementowana do polskiego porządku prawnego Dyrektywę 87/577/WE o ochronie konsumentów w umowach zawieranych poza lokalem handlowym, Dyrektywę 85/374/WE w sprawie ujednoczenia prawnych i administracyjnych przepisów państw członkowskich o odpowiedzialności za wadliwe produkty, Dyrektywę 93/13/WE o niedozwolonych klauzulach umownych w umowach konsumenckich oraz Dyrektywę 97/7/WE o ochronie konsumenta w umowach zawieranych na odległość; G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 37.

drogą elektroniczną. Jeśli w umowie o świadczenie usług w taki sposób jedną ze stron będzie konsument, zastosowanie znajdzie upk. Będzie się to z kolei wiązało np. z rozszerzeniem obowiązków informacyjnych ciążących na usługodawcy.

Kolejnym aktem prawnym mającym wpływ na obrót elektroniczny jest wspomniana już przy omawianiu regulacji zawartych w Kodeksie cywilnym, **Ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym**. Ustawa ta stanowi implementację Dyrektywy 93/99/WE o ramach prawnych podpisu elektronicznego. W literaturze podkreśla się, że jest to kluczowy akt prawny dla rozwoju handlu elektronicznego w Polsce. Na mocy jej postanowień zrównano między innymi podpis własnoręczny z elektronicznym, co w dużej mierze ułatwiło przeprowadzanie dowodów w obrocie cywilnoprawnym.⁸⁶

Postanowienia dyrektywy 2000/31/WE dotyczące tzw. usług chronionych zostały umieszczone w **Ustawie z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na warunkowym dostępie**⁸⁷. Znaczenie tej ustawy dla tematyki niniejszej pracy przejawia się głównie w tym, że usługami chronionymi w jej rozumieniu mogą być w określonych przypadkach również usługi świadczone drogą elektroniczną.⁸⁸

Dla celów rozważań zawartych w niniejszej pracy, a w szczególności w rozdziale poświęconym ochronie dóbr osobistych w Internecie (w tym przede wszystkim prawa do prywatności), warto również wspomnieć o **Ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych**⁸⁹, której postanowienia stanowią ważny instrument ochronny w tym zakresie.⁹⁰

Istotne znaczenie przy omawianiu handlu elektronicznego (przede wszystkim ze względu na postanowienia dotyczące obowiązków informacyjnych obciążających

⁸⁶J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne...*, op. cit., s. 57.

⁸⁷Ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na warunkowym dostępie (DzU z 2002 r., nr 126, poz. 1068); Co ciekawe problematyka warunkowego dostępu była pierwotnie ujęta w projekcie ustawy. Ostatecznie podjęto jednak decyzję o uchwaleniu odrębnej ustawy, co należy oceniać pozytywnie ze względu na fakt, że przepisy ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na warunkowym dostępie obejmują swoim zakresem nie tylko świadczenie usług drogą elektroniczną, lecz także usług nadawczych, nie wchodzących w zakres tego ostatniego pojęcia (jako nie realizowanych na indywidualne żądanie usługobiorcy); Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 32-33.

⁸⁸Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 21.

⁸⁹Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (DzU z 2002 r., nr 101, poz. 926 z późn. zm.).

⁹⁰W tym miejscu warto przypomnieć, że pewne postanowienia dotyczące ochrony danych osobowych usługobiorcy usług świadczonych drogą elektroniczną znalazły się w samej ustawie.

przedsiębiorcę) ma również uchwalona w dniu 2 lipca 2004 r. **Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej**.⁹¹

Spośród pozostałych ustaw, mających mniejszy wpływ na obrót elektroniczny można wymienić ustawę – **Prawo bankowe** z dnia 29 sierpnia 1997 r.⁹², ustawę – **Prawo telekomunikacyjne** z dnia 16 lipca 2004 r.⁹³ oraz **Ustawę o elektronicznych instrumentach płatniczych** z dnia 19 września 2002 r.⁹⁴ Nie będą one jednak szerzej omawiane w niniejszej pracy.

Ostatnim aktem prawnym, który warto wymienić ze względu na jego znaczenie dla handlu elektronicznego, jest Ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. – **Prawo międzynarodowe prywatne**⁹⁵.

E) Pozostałe międzynarodowe akty prawne

Jak słusznie zauważa K. Kowalik-Bańczyk, „w skali światowej brak jest podmiotu, który byłby zdolny w skuteczny sposób uregulować podstawowe zagadnienia handlu elektronicznego w zakresie prawa prywatnego”⁹⁶. Autorka dodaje jednak, że „fakt <<miękkiej harmonizacji>>, polegającej na przyjmowaniu niewiążących z założenia propozycji wyspecjalizowanych organizacji o charakterze ogólnoświatowym, świadczy o dążeniu do uzyskania jednolitości rozwiązań prawnych”⁹⁷.

Na tym etapie pracy można pokrótce omówić wspomnianą wyżej **ustawę modelową UNCITRAL o handlu elektronicznym**⁹⁸. Należy pamiętać o tym, że nie jest to wiążący akt prawny. Państwa mają swobodę wyboru co do powielenia, bądź nie, postanowień ustawy modelowej w swoim ustawodawstwie.

Najczęściej przytaczanym w literaturze przepisem ustawy modelowej jest art. 5, który stanowi, że „informacja nie może zostać pozbawiona skutków prawnych, ważności lub wykonalności, jedynie na podstawie faktu, że podana jest w formie elektronicznej”.

⁹¹Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (DzU z 2004 r., nr 281, poz. 2777) zastąpiła ustawę z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (DzU, nr 101, poz. 1178).

⁹²Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (DzU, nr 140, poz. 939 z późn. zm.).

⁹³Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (DzU z 2004 r., nr 171, poz. 1800).

⁹⁴Ustawa z dnia 19 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (DzU, nr 169, poz. 1035).

⁹⁵Ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (DzU z 1965 r., nr 46, poz. 290).

⁹⁶K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 199.

⁹⁷Ibidem, s. 199.

⁹⁸Por. przypis nr 22.

Na omawianej ustawie wzorowano między innymi rozwiązania przyjęte w prawie amerykańskim (UETA – *U.S. Uniform Electronic Transaction Act*).⁹⁹

Dnia 15 lipca 2005 roku Komisja UNCITRAL przyjęła również **Konwencję o korzystaniu z wiadomości elektronicznych w umowach międzynarodowych**¹⁰⁰ (*Draft Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracting*). Jej celem jest usunięcie barier w korzystaniu z łączności elektronicznej w ramach handlu międzynarodowego. Proces ratyfikacji tej konwencji wciąż trwa.

Trwają również prace nad uregulowaniem kwestii transgranicznego uznawania podpisów elektronicznych oraz nad opracowaniem systemów rozstrzygania sporów *on-line*.¹⁰¹

Wśród obowiązujących wspólnotowych aktów prawnych, poza dyrektywą o handlu elektronicznym, znaczenie dla problematyki poruszanej w niniejszej pracy mają przede wszystkim dyrektywy regulujące zagadnienie ochrony konsumentów (w szczególności **Dyrektywa 97/7/WE o ochronie konsumentów w odniesieniu do umów zawieranych na odległość**) oraz **Dyrektywa 2002/58/WE w sprawie przetwarzania danych osobowych oraz ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej**.

Warto wspomnieć również o **Dyrektywie 99/93/WE w sprawie warunków ramowych dla podpisu elektronicznego** (której implementację do polskiego prawa stanowi Ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym) oraz o **Dyrektywie 2000/46/WE o podejmowaniu i prowadzeniu działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzorze ostrożnościowym nad ich działalnością**. Oba z wymienionych aktów prawnych mają istotne znaczenie dla problematyki handlu elektronicznego. Nie będą one jednak szerzej omawiane w niniejszej pracy ze względu na jej ograniczoną objętość.

Problematyki kolizyjnoprawnej związanej z obrotem elektronicznym dotyczą dwa rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE), a mianowicie Rozporządzenie nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (**Rzym I**)¹⁰² oraz

⁹⁹K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 199-200.

¹⁰⁰Tekst oryginalny dostępny na http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf (data dostępu: 20.03.2010), polskie tłumaczenie dostępne pod adresem <http://prawo.vagla.pl/node/6837> (data dostępu: 20.03.2010).

¹⁰¹K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 199.

¹⁰²Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I); Tłumaczenie polskie dostępne na stronie <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:PL:PDF> (data dostępu: 15.04.2010).

Rozporządzenie nr 864/2007 dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II)¹⁰³.

1.5. Definicje pojęć związanych ze świadczeniem usług drogą elektroniczną

A) Handel elektroniczny, obrót elektroniczny, umowa elektroniczna

W opracowaniach dotyczących szeroko pojętego handlu elektronicznego można spotkać się z wieloma różnymi terminami, których zakresy znaczeniowe po pierwsze **nie są do końca sprecyzowane**, a po drugie często **się ze sobą krzyżują**. W takiej sytuacji istotne dla dalszej części pracy jest dookreślenie takich pojęć jak „handel elektroniczny”, „umowa elektroniczna”, „usługa społeczeństwa informacyjnego” czy „świadczenie usług drogą elektroniczną” a także opisanie wzajemnych relacji między nimi.

Wypracowaniem takich pojęć jak „handel elektroniczny” (ang. *electronic commerce*, *e-commerce*) czy umowa elektroniczna zajmuje się zasadniczo doktryna, jako że w aktach prawnych **brakuje ich legalnej definicji**. Warto więc przytoczyć niektóre spośród spotykanych w literaturze opinii na ten temat.

Zgodnie z poglądami A. Stosio **handel elektroniczny** powinien być rozumiany jako wykorzystywanie stron internetowych oraz poczty elektronicznej do zawierania umów.¹⁰⁴ K. Kowalik twierdzi z kolei, że pojęcie to oznacza „wszelkie transakcje dokonywane za pomocą połączeń internetowych”¹⁰⁵ (czyli umowy zawierane przez Internet, przez wymianę *e-maili* przy użyciu poczty elektronicznej, jak również przez wypełnienie formularza na stronie WEB). Według A. Jaroszek handel elektroniczny to „ogół stosunków wymiany dóbr i usług drogą elektroniczną”.¹⁰⁶ W. Kocot preferuje z kolei jego węższe ujęcie jako „transakcji tego typu przeprowadzanych za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności przez Internet”.¹⁰⁷

¹⁰³Rozporządzenie (WE) Nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II); Tłumaczenie polskie dostępne na stronie <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:PL:PDF> (data dostępu: 15.04.2010).

¹⁰⁴A. Stosio, *Umowy zawierane przez Internet*, Warszawa 2002, s. 23.

¹⁰⁵K. Kowalik, *Umowy w handlu elektronicznym – jurysdykcja i prawo stosowane w Unii Europejskiej*, PiP 2002, nr 10, s. 92.

¹⁰⁶A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 30.

¹⁰⁷W. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004, s. 27.

Ponadto wyjaśnienie pojęcia handlu elektronicznego można znaleźć w dokumentach organizacji międzynarodowych. W raporcie pt. *Electronic Commerce: Opportunities and Challenges for Government* sporządzonym przez OECD w dniu 12 czerwca 1997 r. definiuje się go jako transakcje handlowe, które polegają na elektronicznym przetwarzaniu i transmisji danych zawierających tekst, dźwięk lub obraz wraz z ich skutkami wywieranymi na instytucje oraz procesy, które kierują oraz wspomagają działalność gospodarczą (czyli dotyczące np. kwestii podatkowych, ram prawnych czy też organizacji i zarządzania)¹⁰⁸. Organizacja Handlu Światowego (WTO) w dniu 25 września 1998 r. wydała deklarację, w której określiła handel elektroniczny jako produkcję, dystrybucję, marketing sprzedaż oraz dostawę towarów i usług za pomocą środków elektronicznych.¹⁰⁹ Z kolei Komisja Europejska w dokumencie roboczym dotyczącym programu *eEurope: An Information Society for All* uznała, że pojęcie to oznacza kupno i sprzedaż towarów lub usług przez Internet, w szczególności zaś przez ogólnosiwiatową sieć WWW.¹¹⁰ Szeroką definicję zaproponowała UNCITRAL, przyjmując, że chodzi o „wszelkie transakcje w handlu międzynarodowym, które są dokonywane za pomocą wymiany danych elektronicznych bądź innych środków komunikacji, niewymagających użycia papieru”.¹¹¹

Obrót elektroniczny definiuje z kolei G. Rączka jako „ogół stosunków prywatnoprawnych powstałych w związku z działalnością gospodarczą”.¹¹² Autorka podkreśla, że pojęcie to jest szersze od pojęcia handlu elektronicznego, jako że poza samą wymianą dóbr i usług obejmuje wszelkie jej towarzyszące stosunki prawne zachodzące pomiędzy uczestnikami tejże wymiany.¹¹³

Zdaje się, że pojęcia umowy elektronicznej oraz umów zawieranych przez Internet odnoszą się przede wszystkim do sposobu zawierania tego typu umów. W. Kilian zdefiniował **umowy elektroniczne** jako „porozumienia pomiędzy osobami fizycznymi lub prawnymi komunikującymi się ze sobą za pomocą środków technicznych (przez cyfrowe sieci komunikacyjne) w celu przeprowadzenia transakcji dotyczących dóbr niematerialnych (tzw.

¹⁰⁸OECD, *Electronic Commerce: Opportunities and Challenges for Government (The Sacher Report)*, [w:] J. Dickie, *Internet and Electronic Commerce Law in the EU*, Oxford and Portland, Oregon 1999, s. 1; Za: A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 25.

¹⁰⁹A. Duisberg, W. Fritzemeyer, *Report: Doing E-Commerce in Europe*, New York: Baker and McKenzie 2001, s. 3; Za: A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 25.

¹¹⁰Dokument Komisji Europejskiej *eEurope: An Information Society for All, Communication on a Commission Initiative for the Special European Council of Lisbon*, 23 and 24 March 2000, s.9; Za: A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 25.

¹¹¹UNCITRAL *Model Law on Electronic Commerce*, United Nations, New York 1997; Za: K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 39-40.

¹¹²G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 22.

¹¹³*Ibidem*, s. 22.

wykonanie *on-line* lub bezpośredni handel elektroniczny) lub stworzenie na drodze elektronicznej podstaw do wydania dóbr materialnych (tzw. wykonanie *off-line* lub pośredni handel elektroniczny)".¹¹⁴ Spośród definicji wypracowanych przez autorów zagranicznych można przytoczyć na przykład tę pochodzącą od P. Stone'a, według którego istotą umów elektronicznych jest wymiana elektronicznych informacji przez Internet lub inną sieć elektroniczną.¹¹⁵

A. Stosio i P. Podrecki definiują z kolei **umowy zawierane przez Internet**. Pierwszy z wymienionych autorów twierdzi, że ich zawarcie „polega na wymianie za pomocą tego medium stosownych oświadczeń woli przez strony umowy”¹¹⁶. Według P. Podreckiego na umowy zawierane przez Internet składa się „ogół stosunków prawnych, których istotnym elementem jest wykorzystanie stron sieci jako środka komunikowania i przekazywania oświadczeń woli w celu zawarcia umowy”¹¹⁷. Warto zwrócić uwagę na fakt, że P. Podrecki utożsamia umowy zawierane przez Internet z umowami *on-line* (podobnie zresztą jak wielu innych autorów¹¹⁸), czemu to zdecydowanie sprzeciwia się J. Gołaczyński, twierdząc, że „w grupie umów internetowych (...) należy wyróżnić umowy *on-line* oraz umowy *off-line*”¹¹⁹. Krytyczne stanowisko wobec poglądu reprezentowanego przez P. Podreckiego zajęli również W. Kocot¹²⁰ oraz W. Srokosz¹²¹.

Uzasadnionym wydaje się wniosek, że pojęcie umowy zawieranej przez Internet jest o tyle tylko węższe od pojęcia umów elektronicznych, że ogranicza się wyłącznie do jednej sieci elektronicznej, jaką jest Internet. Tak więc w ujęciu terminologicznym pojęcie umowy zawieranej przez Internet zawiera się w pojęciu umowy elektronicznej.

Istotą zarówno umowy elektronicznej, jak i umowy zawieranej przez Internet, jest wykorzystanie środków komunikacji elektronicznej na odległość na etapie poprzedzającym ich zawarcie oraz podczas samego procesu ich zawierania i wykonywania. Zaakceptować należy stanowisko, zgodnie z którym – poza opisaną w poprzednim zdaniu specyfiką – umowy te nie różnią się od umów zawieranych w tradycyjnym obrocie prawnym.¹²²

¹¹⁴Za: J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne – próba definicji*, [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005, s. 12.

¹¹⁵P. Stone, *The Treatment of Electronic Contracts and Torts in Private International Law under European Community Legislation*, ICTL 2002, nr 2, s. 122; Za: A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 34.

¹¹⁶A. Stosio, *Umowy zawierane...*, op. cit., s. 132.

¹¹⁷P. Podrecki, *Zawarcie umowy...*, op. cit., s. 40.

¹¹⁸Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 89.

¹¹⁹J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne – próba...*, op. cit., s. 13.

¹²⁰W. Kocot, *Elektroniczna forma oświadczeń woli*, PPH 2001, nr 3, s. 2.

¹²¹W. Srokosz, *Zawarcie umowy rachunku bankowego on-line*, PB 2001, nr 12, s. 1.

¹²²W. Kilian wśród elementów odróżniających umowy elektroniczne od konwencjonalnych wymienia: metodę komunikacji, medium komunikacyjne, system zdobywania informacji, przebieg procesu decyzyjnego, ocenę

Na potrzeby niniejszej pracy przyjęte zostało rozumienie umowy elektronicznej jako **umowy, w procesie zawierania której wykorzystywane są środki komunikacji elektronicznej**. Handlem elektronicznym nazywany jest z kolei **ogół stosunków opartych o wykorzystanie umów elektronicznych** (w szczególności umów zawieranych przez Internet).

B) Usługa społeczeństwa informacyjnego, świadczenie usług drogą elektroniczną

Ze zdecydowanie większą łatwością przychodzi zdefiniowanie takich pojęć jak „usługi społeczeństwa informacyjnego” czy „świadczenie usług drogą elektroniczną”. Z pomocą bowiem przychodzi tu ustawodawca.

Zagadnienie **usług społeczeństwa informacyjnego** było już poruszane podczas dokonywania analizy dyrektywy 2000/31/WE. Powiedziane zostało wówczas po pierwsze, że pomimo swojej nazwy dyrektywa o handlu elektronicznym nie zajmuje się pojęciem handlu elektronicznego, lecz koncepcją usług społeczeństwa informacyjnego, a po drugie, że dyrektywa ta nie zawiera definicji usługi społeczeństwa informacyjnego, odsyłając w tym zakresie do innych aktów prawa europejskiego. Zgodnie więc z dyrektywą 98/34/WE usługą społeczeństwa informacyjnego jest **usługa świadczona normalnie za wynagrodzeniem, na odległość, za pomocą urządzeń elektronicznych, na indywidualne żądanie usługobiorcy**¹²³. Na tym etapie pracy wydaje się konieczne krótkie omówienie i doprecyzowanie poszczególnych elementów wchodzących w zakres tej definicji.¹²⁴

Poszczególne przesłanki zawarte w definicji oznaczają więc, co następuje:

- a) „**na odległość**” – bez równoczesnej obecności stron¹²⁵,
- b) „**za pomocą urządzeń elektronicznych**” – pierwotnie wysyłana oraz odbierana (w miejscu przeznaczenia) za pomocą środków elektronicznych przeznaczonych do przetwarzania (łącznie z kompresją cyfrową) oraz przechowywania danych, a przy

ryzka, brak czynnika „czasu” i „przestrzeni”, formę zawarcia oraz formę realizacji; Por. W. Kilian, *Umowy elektroniczne w prawie międzynarodowym*, [w:] *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2003, s. 210.

¹²³Any service normally provided for remuneration, at a distance, by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and at the individual request of a recipient of a service; Zob. *Directive of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998*, OJ L 217 z 05.08.1998 r.

¹²⁴Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 47-48 oraz G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 40-42.

¹²⁵Nie będą więc usługami społeczeństwa informacyjnego usługi świadczone w fizycznej obecności stron, np. przeprowadzanie badań w gabinecie lekarskim przy wykorzystaniu urządzeń elektronicznych

tym w całości przekazywana, przenoszona i odbierana drogą bezprzewodową za pomocą środków optycznych lub elektromagnetycznych¹²⁶,

c) „na indywidualne żądanie odbiorcy” – na indywidualne zamówienie (tzw. usługi *point to point*)¹²⁷.

Należy również pamiętać o wszystkich wyłączeniach z zakresu definicji usługi społeczeństwa informacyjnego, które omówione zostały w podrozdziale 1.4. niniejszej pracy.

Powyższa definicja obejmuje natomiast zarówno usługi świadczone w obrocie profesjonalnym (ang. *business to business*, **B2B**), w obrocie konsumenckim (ang. *business to consumer*, **B2C**), jak i te świadczone w obrocie powszechnym, czyli takim, gdzie po obu stronach znajdują się konsumenci (ang. *consumer to consumer*, **C2C**). Konstytutywną przesłanką nie jest odpłatność tego typu usługi, dzięki czemu zakresem definicji będą objęte także usługi świadczone odbiorcom bez wynagrodzenia (np. oferowanie różnego typu informacji w Internecie).¹²⁸

Usługami społeczeństwa informacyjnego będzie więc na przykład zapewnianie dostępu¹²⁹ do stron WWW¹³⁰, internetowych grup dyskusyjnych, wyszukiwarek internetowych¹³¹, a także udostępnianie różnego rodzaju baz danych, elektronicznej prasy, oprogramowania, świadczenie usług profesjonalnych (np. prawniczych) oraz rozrywkowych (np. *video-on-demand*), bezpośredni marketing i reklama, telezakupy, informacje handlowe czy też usługi polegające na *hostingu* informacji przekazywanych przez usługobiorcę.¹³² Niektóre z tych usług zostaną szczegółowo omówione w kolejnych rozdziałach pracy.

Jak wynika z tego, co zostało do tej pory powiedziane na temat poszczególnych pojęć, termin „usługa społeczeństwa informacyjnego” jest szerszy niż „handel elektroniczny”.

¹²⁶W zakres pojęciowy usług społeczeństwa informacyjnego nie wchodzi więc usługi posiadające materialny substrat, usługi *off-line* ani usługi nie polegające na elektronicznym przetwarzaniu zgromadzonych danych, np. konsultacje prawnicze świadczone drogą telefoniczną czy też dystrybucja biletów za pośrednictwem automatów.

¹²⁷Ze względu na tę przesłankę należy wykluczyć wszelkie usługi polegające na transmisji danych do symultanicznego odbioru przez nieograniczoną liczbę indywidualnych odbiorców, czyli tzw. *point to multipoint transmissions*, np. transmisje telewizyjne.

¹²⁸W takim przypadku koszty świadczenia usług pokrywane są najczęściej z przychodów reklamowych lub dzięki środkom uzyskiwanym od sponsorów.

¹²⁹Tzw. *providing access*.

¹³⁰*World-Wide-Web*, czyli światowa sieć WWW jest często używana jako synonim pojęcia Internetu, co należy uznać za niewłaściwe. Sieć WWW stanowi jedną z usług działających w Internecie.; Por. A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 22; G. Rączka z kolei definiuje WWW jako hipertekstowy i multimedialny system informacyjny, którego podstawowym zadaniem jest publikowanie różnorodnych informacji dostępnych za pomocą przeglądarek internetowych; G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 20.

¹³¹Tzw. *on-line search engines*.

¹³²Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 49 oraz A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 28.

Upatruje bowiem istotę korzystania z Internetu w swobodnym dostępie do informacji oraz w równie swobodnym jej przepływie. Tymczasem handel elektroniczny, opierając się często na usługach społeczeństwa informacyjnego, dotyczy w przeważającej mierze wykorzystania Internetu w kontekście prowadzenia działalności gospodarczej.¹³³

Definicję świadczenia usług drogą elektroniczną można odnaleźć w dwóch ustawach – Ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz w Ustawie o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na warunkowym dostępie.

Należy zauważyć, że polski ustawodawca mimo tego, że usude stanowi implementację dyrektywy o handlu elektronicznym, nie posługuje się pojęciem usługi społeczeństwa informacyjnego. Wprowadza za to i definiuje (podając cztery przesłanki, które muszą wystąpić kumulatywnie, aby uznać usługę za świadczoną drogą elektroniczną) inny termin – **świadczenie usług drogą elektroniczną**. Pojęcie to nawiązuje jednak do pojęcia usługi społeczeństwa informacyjnego.

Zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt 4 usude świadczenie usług drogą elektroniczną to **wykonanie usługi świadczonej bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłanej i otrzymywanej za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowana za pomocą sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne.**

Konstytutywnymi przesłankami (które muszą wystąpić łącznie) dla stwierdzenia, że następuje świadczenie usług drogą elektroniczną, są:

- a) wykonanie usługi bez jednoczesnej obecności stron¹³⁴,
- b) wykonanie usługi przez wysyłanie i odbieranie danych za pomocą systemów teleinformatycznych,
- c) świadczenie usługi na indywidualne żądanie usługobiorcy,
- d) nadawanie, odbieranie i transmitowanie danych za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnych (w rozumieniu ustawy – Prawo telekomunikacyjne)¹³⁵.

¹³³P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 166 oraz A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 27.

¹³⁴Przy czym, jeśli usługa nie może być dokonywana bezpośrednio, tj. w placówce handlowej usługodawcy, fakt fizycznej obecności stron jest bez znaczenia dla kwalifikacji danej usługi jako świadczonej drogą elektroniczną; Tak: J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 42; Również X. Konarski twierdzi, że przepisy usude znajdują zastosowanie, gdy obie strony znajdują się w tym samym miejscu w chwili zawarcia umowy, jednakże jej wykonanie nastąpi drogą elektroniczną; Tak: X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 69.

¹³⁵J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 41.

Warto zauważyć, że zgodnie z ustawową definicją świadczenie usług drogą elektroniczną (podobnie jak świadczenie usług społeczeństwa informacyjnego) nie musi być odpłatne.¹³⁶

Podkreślić należy, że ustawa nie definiuje pojęcia usługi świadczonej drogą elektroniczną, lecz samo pojęcie świadczenia usług drogą elektroniczną. Jak podkreślają J. Barta i R. Markiewicz, „chodzi zatem nie tyle o nowy rodzaj usług, co o pewien **nowy sposób świadczenia usług**”.¹³⁷

Definicja ustawowa jest **węższa od definicji przyjętej w dyrektywie 2000/31/WE**. Według J. Gołaczyńskiego, zgodnie z brzmieniem tej pierwszej, w zakres usług świadczonych drogą elektroniczną wchodzi usługi przekazu danych, które są w całości nadawane, odbierane i transmitowane za pomocą sieci telekomunikacyjnej, a wykonanie usługi możliwe jest za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania i przechowywania danych. Tymczasem usługi społeczeństwa informacyjnego są przede wszystkim usługami „dostarczania treści”, a nie „przesyłu”.¹³⁸

Definicja pojęcia usługi świadczonej drogą elektroniczną znalazła się również w ustawie o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na warunkowym dostępie. Nie różni się ona istotnie od definicji zawartej w uśude. Brak w niej jednak dwóch z koniecznych przesłanek wymienionych w art. 4 ust. 2 uśude dla uznania usługi za świadczoną drogą elektroniczną, a mianowicie wymogu świadczenia usługi na indywidualne żądanie odbiorcy bez jednoczesnej obecności stron.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 „**usługa świadczona jest drogą elektroniczną, jeśli jej wykonanie następuje przez przesyłanie i odbieranie w punkcie docelowym danych za pomocą urządzeń elektronicznych przetwarzających, w tym poprzez cyfrową kompresję, a także przechowujących dane, przy czym dane są transmitowane w całości**

¹³⁶W ramach trwających obecnie prac nad nowelizacją uśude zostanie zmieniona definicja świadczenia usług drogą elektroniczną poprzez dodanie do niej zwrotu „zwykle za wynagrodzeniem”. Taka zmiana ma na celu dopasowanie definicji zawartej w polskiej ustawie do tej z dyrektywy 2000/31/WE; Por. Projekt założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, opublikowany w dniu 9 marca 2010 r., dostępny na stronie

http://www.bip.mswia.gov.pl/portal/bip/200/18656/Projekt_zalozen_do_projektu_ustawy_o_zmianie_ustawy_o_swiadczeniu_uslug_droga_el.html (data dostępu: 15.04.2010).

¹³⁷J. Barta, R. Markiewicz, *Świadczenie usług drogą elektroniczną – nowa rzeczywistość dla prawników*, RP 2002, nr 4-5, s. 66.

¹³⁸J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 15.

za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 2 pkt 20 Ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne¹³⁹,¹⁴⁰

X. Konarski twierdzi jednak, że rozbieżności te nie były zamierzone przez ustawodawcę, co można stwierdzić, dokonując systemowej wykładni ustawy o dostępie warunkowym. W komentarzu do uśude autor ten przywołuje art. 3 ust. 1 pkt 2 powyższej ustawy, zgodnie z którym usługą chronioną są „inne usługi świadczone na indywidualne żądanie usługobiorcy drogą elektroniczną bez jednoczesnej obecności stron”. Na tej podstawie można twierdzić, że **pojęcie usługi chronionej jest tożsame z pojęciem usługi świadczonej drogą elektroniczną zdefiniowanym w uśude**. Usługą chronioną według ustawy o dostępie warunkowym jest bowiem usługa, która spełnia przesłanki zawarte w art. 4 oraz jest świadczona na indywidualne żądanie odbiorcy bez jednoczesnej obecności stron. Należy przychylić się do poglądu X. Konarskiego, zgodnie z którym poprawniejszym zabiegiem z legislacyjnego punktu widzenia byłoby odwołanie się w ustawie o warunkowym dostępie do definicji świadczenia usług drogą elektroniczną z uśude.¹⁴¹

Usługobiorcą usług świadczonych drogą elektroniczną jest bardzo często konsument, którego ochronę gwarantują przede wszystkim przepisy upk. Z tego względu na zakończenie części pracy poświęconej terminologii warto zastanowić się również, w jakiej relacji do siebie pozostają pojęcia „świadczenie usług drogą elektroniczną” oraz „umowy zawierane na odległość”¹⁴². Według E. Łętowskiej do umów zawieranych na odległość należy między innymi zaliczyć umowy *on-line* (w tym umowy zawierane za pośrednictwem Internetu).¹⁴³

Przede wszystkim więc trzeba podkreślić, że uśude reguluje zarówno stosunki dwustronnie profesjonalne, jak i te występujące w obrocie mieszanym czy dwustronnie konsumenckie. Upk z kolei odnosi się wyłącznie do umów, których jedną ze stron jest

¹³⁹Ustawa z dnia 21 lipca 2000 r. - Prawo telekomunikacyjne (DzU, nr 73, poz. 852) utraciła moc dnia 31 grudnia 2004 r. na podstawie art. 234 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (DzU z 2004 r., nr 171, poz. 1800).

¹⁴⁰Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy o dostępie warunkowym do usług świadczonych drogą elektroniczną nie zalicza się po pierwsze usług o charakterze materialnym (nawet, jeśli są świadczone za pomocą urządzeń elektronicznych) oraz usług polegających na dystrybucji jakichkolwiek treści na informatycznych nośnikach danych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (DzU, nr 64, poz. 565).

¹⁴¹X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 70-71.

¹⁴²Art. 6 ust. 1 upk stanowi, że „umowy zawierane z konsumentem bez jednoczesnej obecności obu stron, przy wykorzystaniu środków porozumiewania się na odległość, w szczególności drukowanego lub elektronicznego formularza zamówienia nie zaadresowanego lub zaadresowanego, listu seryjnego w postaci drukowanej lub elektronicznej, reklamy prasowej z wydrukowanym formularzem zamówienia, reklamy w postaci elektronicznej, katalogu, telefonu, telefaksu, radia, telewizji, automatycznego urządzenia wywołującego, wizjofonu, wideotekstu, poczty elektronicznej lub innych środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu Ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204), są umowami na odległość, jeżeli kontrahentem konsumenta jest przedsiębiorca, który w taki sposób zorganizował swoją działalność”.

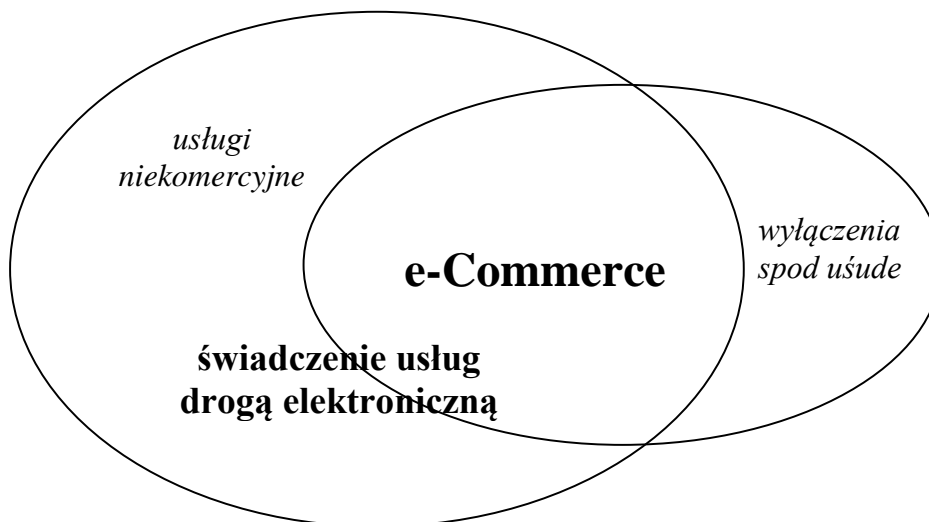
¹⁴³E. Łętowska, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów: komentarz*, Warszawa 2000, s. 47.

przedsiębiorca, a drugą konsument (B2C). Ponadto w przypadku świadczenia usług drogą elektroniczną istotne jest wyłącznie **wykonanie** umowy bez jednoczesnej obecności stron, podczas gdy upk wymaga, aby umowa **zawarta** została bez jednoczesnej obecności stron. Kolejną różnicą jest wyszczególniona w upk przesłanka zorganizowania przez przedsiębiorcę działalności w ten sposób, by sprzedaż na odległość była zasadą działania przedsiębiorstwa. Tymczasem uśude niczego takiego nie wymaga, w związku z czym znajduje zastosowanie także w sytuacji, w której przedsiębiorca jedynie okazjonalnie korzysta ze środków porozumiewania się na odległość.¹⁴⁴

Podsumowując istnieje wiele sytuacji, w których umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną są w tym samym czasie umowami zawieranimi na odległość w rozumieniu upk. Możliwe są jednak także przypadki, w których upk nie znajdzie zastosowania (np. w przypadku zamówienia przez Internet książki u przedsiębiorcy, który z zasady prowadzi sprzedaż w sposób tradycyjny, a jedynie okazjonalnie zawiera umowy na odległość).¹⁴⁵

Na koniec rozważań nad terminologią warto zaprezentować wykres, który obrazuje stosunek pojęcia świadczenia usług drogą elektroniczną do pojęcia handlu elektronicznego.

Rys. 1. Świadczenie usług drogą elektroniczną a handel elektroniczny



Źródło: prezentacja W. Wiewiórowskiego „Prawna regulacja spamu”¹⁴⁶.

¹⁴⁴Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 72-73.

¹⁴⁵Ibidem, s. 72-73.

¹⁴⁶Prezentacja przygotowana na potrzeby referatu wygłaszanego przez W. Wiewiórowskiego na konferencji naukowej zorganizowanej w dniu 14 marca 2006 r. przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta; prezentacja dostępna pod adresem www.uokik.gov.pl/download.php?id=334 (data dostępu: 14.04.2010).

1.6. Rodzaje umów elektronicznych

W literaturze można spotkać podziały umów elektronicznych dokonywane ze względu na różne kryteria – sposób ich zawarcia, sposób ich wykonania, podmioty będące ich stronami itd. Poniżej postaram się omówić najważniejsze z nich.

Ze względu na tematykę niniejszej pracy, jaką jest świadczenie usług drogą elektroniczną, szczególnie istotny wydaje się podział umów elektronicznych na bezpośrednie i pośrednie, jako że, zgodnie z ustawową definicją świadczenia usług drogą elektroniczną, usude znajduje zastosowanie jedynie do tych pierwszych.

Umowy zawierane przez Internet ze względu na **kryterium podmiotowe** można podzielić na¹⁴⁷:

- a) umowy, których obie strony są przedsiębiorcami (**B2B**) – tego typu umowy nazywane są dwustronnie profesjonalnymi, ich popularność w obrocie elektronicznym (tak w krajowym, jak i w międzynarodowym) wzrasta ze względu na to, że przedsiębiorcy w coraz większym stopniu korzystają ze środków elektronicznych w celu prowadzenia działalności gospodarczej,
- b) umowy konsumenckie (**B2C**) – w przypadku tych umów Internet wykorzystywany jest często dla celów marketingowych (głównie reklamowych); podlegają one szczególnym uregulowaniom¹⁴⁸ ze względu na fakt, że jedną ze stron jest konsument uważany tradycyjnie za słabszą stronę stosunku obligacyjnego,
- c) umowy zawierane wyłącznie pomiędzy konsumentami (**C2C**) – zarówno w drodze indywidualnych transakcji, jak i np. za pośrednictwem aukcji internetowych.

Ze względu na **sposób wykonania** umowy elektroniczne można podzielić na¹⁴⁹:

- a) **bezpośrednie**, czyli zawierane za pośrednictwem sieci oraz wykonywane za pośrednictwem sieci¹⁵⁰,

¹⁴⁷W ten sposób dzielą umowy elektroniczne m.in. J. Gołaczyński oraz P. Podrecki; Por. J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne – próba...*, op. cit., s. 21-22 oraz P. Podrecki, *Podział i rodzaje umów w Internecie*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 47-48.

¹⁴⁸Np. upk.

¹⁴⁹Por. P. Podrecki, *Podział i rodzaje...*, op. cit., s. 48 oraz R. Wójcik, *Świadczenie usług drogą elektroniczną*, [w:] *Prawne aspekty e-biznesu*, pod red. W. Mendysa, Rzeszów 2005, s. 39.

¹⁵⁰Przedmiotem bezpośrednich umów elektronicznych są dobra zapisane w postaci elektronicznej, nie posiadające materialnego nośnika (np. programy komputerowe lub elektroniczne bazy danych); Por. P. Podrecki, *Podział i rodzaje...*, op. cit., s. 48.

- b) **pośrednie**, czyli zawierane w sieci, lecz wykonywane przy wykorzystaniu tradycyjnych metod¹⁵¹.

Podział umów elektronicznych na pośrednie i bezpośrednie jest często wiązany¹⁵² z ich podziałem na:

- a) umowy **zawierane on-line**, gdzie oświadczenia woli składane są przez strony jednocześnie za pośrednictwem sieci teleinformatycznej (np. przez pocztę elektroniczną lub stronę WWW),
- b) umowy **zawierane off-line**, przy których oświadczenia woli są również składane w drodze elektronicznej, ale nie jednocześnie (np. przez wymianę zapisanych nośników informacji, takich jak dyskietki czy płyty CD).

Kolejnym kryterium podziału umów zawieranych w obrocie elektronicznym jest wyróżnienie **charakterystycznych świadczeń**. I tak można je podzielić na¹⁵³:

- a) umowy umożliwiające dostęp do Internetu (usługodawcą w tym przypadku jest tzw. **access provider**),
- b) umowy mające za przedmiot dostawę sieci teleinformatycznej (usługodawcą w tym przypadku jest tzw. **network provider**),
- c) umowy o dostawę usług w sieci (usługodawcą w tym przypadku jest tzw. **service provider**).

Spośród umów o dostawę usług w sieci warto wymienić te, które za przedmiot mają transmisję danych, a więc umowy o zwykły przesył danych (**mere conduit**)¹⁵⁴, umowy krótkotrwałego przechowywania danych (**caching**)¹⁵⁵ oraz umowy **hostingu**¹⁵⁶. Wskazanie powyższych rodzajów umów (**mere conduit**, **cachingu** i **hostingu**) jest niezbędne ze względu na

¹⁵¹Przedmiotem pośrednich umów elektronicznych są najczęściej towary, które nie mogą ze swej natury zostać „zdygitalizowane” (dygitalizacja polega na zamianie danych analogowych na cyfrowe), (np. książki zamawiane przez Internet. Mogą być nim jednak również usługi (np. usługi remontowe); Por. P. Podrecki, *Podział i rodzaje...*, op. cit., s. 49 oraz R. Wójcik, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 39.

¹⁵²J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne – próba...*, op. cit., s. 20.

¹⁵³Ibidem, s. 18 oraz P. Podrecki, *Podział i rodzaje...*, op. cit., s. 49-50.

¹⁵⁴*Mere conduit* to usługa polegająca na pasywnym udziale w transmisji danych przez sieć informacyjną lub zapewnianiu dostępu do sieci informacyjnej; Za: P. Podrecki, *Podział i rodzaje...*, op. cit., s. 52.

¹⁵⁵*Caching* to usługa polegająca na automatycznym i krótkotrwałym pośrednim przechowywaniu danych w celu przyspieszenia ponownego do nich dostępu; Za: J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne – próba...*, op. cit., s. 18.

¹⁵⁶*Hosting* to usługa polegająca na udostępnianiu powierzchni dyskowej (tzw. *host serwer*) w celu przechowywania tam danych osób trzecich; Za: Ibidem, s. 19.

to, że uśude w szczególny sposób ogranicza odpowiedzialność usługodawców świadczących takie usługi.¹⁵⁷

Przy podziale umów elektronicznych ze względu na charakterystyczne świadczenie wymienia się też często umowę, której przedmiotem jest usługa dostarczania określonych treści w celu ich dalszego wykorzystania. Usługodawcy świadczący tego typu usługi nazywani są *content providers*.

1.7. Podsumowanie

Razem z narodzinami Internetu, a wraz z nim tzw. społeczeństwa informacyjnego, pojawiła się konieczność dostosowania istniejących porządków prawnych do nowej wirtualnej rzeczywistości, a także wypracowania odrębnych regulacji dotyczących problematyki obrotu elektronicznego.

Internet podlega ciągłej ewolucji. W literaturze wskazuje się, że „niezmiernie dynamiczny postęp w zakresie technologii informacyjnych i komunikacyjnych wymaga równie szybkich, a zarazem uniwersalnych (neutralnych pod względem technologicznym), działań legislacyjnych”.¹⁵⁸ Ze względu na specyfikę elektronicznych stosunków prawnych występują jednak znaczące trudności w tym zakresie.

Jako podstawową barierę dla wypracowania sprawnie funkcjonujących regulacji wskazuje się w dalszym ciągu przede wszystkim transgraniczność Internetu (i obrotu elektronicznego w ogóle). Podkreśla się, że „państwo jako podstawowy twórca wiążących norm utraciło monopol”.¹⁵⁹ Globalność sieci internetowej wywołuje potrzebę uregulowania kwestii z nią związanych na szczeblu światowym. Jest to jednak zadanie bardzo trudne i mało prawdopodobne w najbliższych latach.

Przy okazji dążenia do wypracowania ogólnoświatowych ram prawnych zaczęto zastanawiać się nad nowymi metodami regulacji (takimi jak: miękkie prawo, autoregulacja, koregulacja, standaryzacja techniczna, *lex informatica* czy regulacja „przez zaniechanie regulacji”), które mogą ułatwić osiągnięcie takiego celu. Bez względu na efektywność poszczególnych sposobów normowania zagadnień związanych z obrotem elektronicznym

¹⁵⁷Przepisy odnoszące się do ograniczenia odpowiedzialności usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną są powszechnie uważane za najbardziej interesujące i znaczące postanowienia uśude.

¹⁵⁸I. Wróbel, *Instytucjonalno-prawny aspekt promowania handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, PME, dodatek do MoP 2008, nr 16, s. 3.

¹⁵⁹Por. K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 291.

należy stwierdzić, że wszystkie one prowadzą do podobnego (jak najbardziej pozytywnego) skutku – zbliżania się do siebie ustawodawstwa poszczególnych krajów.

Z działań legislacyjnych, które miały miejsce w ostatnich latach na arenie międzynarodowej, najlepiej należy ocenić te prowadzone w ramach Unii Europejskiej¹⁶⁰, dzięki którym powstają quasi-światowe ramy prawne społeczeństwa informacyjnego. Nie sposób się jednak nie zgodzić z J. Gołaczyńskim, który twierdzi, że „także akty stanowione przez UNCITRAL dążą do wzmocnienia pewności prawnej oraz przewidywalności w międzynarodowym handlu elektronicznym”.¹⁶¹

Szczególłą rolę w obrocie elektronicznym pełni dyrektywa unijna 2000/31/WE o handlu elektronicznym (nazywana również dyrektywą ramową¹⁶²) implementowana do polskiego porządku prawnego przez Ustawę z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Nie można jednak pomijać pozostałych dyrektyw unijnych (np. Dyrektywy 2002/58/WE w sprawie przetwarzania danych osobowych oraz ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej) oraz krajowych aktów prawnych (np. Ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym), które regulują określone zagadnienia z zakresu handlu elektronicznego.

Dyrektywa 2000/31/WE opiera się na trzech założeniach: idei transgranicznego handlu elektronicznego wspomagającego rozwój rynku wewnętrznego UE, zasadzie swobodnego przepływu usług społeczeństwa informacyjnego między państwami członkowskim mającej na celu usunięcie barier prawnych pomiędzy nimi oraz horyzontalnym charakterze regulacji (w pewnym uproszczeniu więc uniwersalnym).¹⁶³

Jednak również na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej rozwój usług społeczeństwa informacyjnego jest hamowany przez wiele czynników. Komisja Europejska wymienia wśród nich w szczególności właśnie bariery prawne związane z różnicami pomiędzy ustawodawstwem poszczególnych krajów członkowskich oraz z brakiem jasności co do zasadności i zakresu stosowania przepisów krajowych i wspólnotowych wypracowanych na potrzeby usług tradycyjnych do usług społeczeństwa informacyjnego.¹⁶⁴ Podkreśla się, że

¹⁶⁰Spotkać można również opinie przeciwne, zgodnie z którymi aktywność legislacyjna i organizacyjna ustawodawcy unijnego w dziedzinie handlu elektronicznego jest zbyt mała; Por. I. Wróbel, *Instytucjonalno-prawny...*, op. cit., s. 5.

¹⁶¹J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne...*, op. cit., s. 53.

¹⁶²Por. I. Wróbel, *Instytucjonalno-prawny...*, op. cit., s. 3.

¹⁶³Por. K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji...*, op. cit., s. 166-167.

¹⁶⁴Por. I. Wróbel, *Instytucjonalno-prawny...*, op. cit., s. 3.

„Unia Europejska z jej 27 odrębnymi rynkami jest nadal bardzo odległa od jednolitej przestrzeni informacyjnej”.¹⁶⁵

Szczególnie negatywnie odnieść się trzeba do niewywiązywania się przez Komisję Europejską z obowiązków, które nakłada na nią dyrektywa o handlu elektronicznym. Zgodnie z nimi Komisja powinna regularnie (pierwszy raz do dnia 17.07.2003 r., a następnie co dwa lata) przedkładać sprawozdania ze stosowania postanowień dyrektywy Parlamentowi Europejskiemu, Radzie i Komitetowi Ekonomiczno-Społecznemu. Z założenia miał to być mechanizm aktualizowania i dostosowywania postanowień dyrektywy 2000/31/WE do zmieniających się szybko warunków i potrzeb obrotu elektronicznego. Do tej pory jednak Komisja przedstawiła wyłącznie jedno takie sprawozdanie, na dodatek z czteromiesięcznym opóźnieniem.¹⁶⁶

Pewien chaos wprowadza również posługiwanie się wieloma pojęciami (takimi jak: „handel elektroniczny”, „obrot elektroniczny”, „umowa elektroniczna”, „usługa społeczeństwa informacyjnego” czy też „usługa świadczona drogą elektroniczną”), których zakresy często się ze sobą krzyżują. Bałagan terminologiczny rodzi różnego rodzaju niejasności i utrudnia wielokrotnie zrozumienie problematyki prawnej w tym zakresie. Należy jednak przypuszczać, że jest to spowodowane krótką historią obrotu elektronicznego, a tym samym regulacji do niego się odnoszących. W ciągu najbliższych kilku lat zapewne doktryna rozwiąże wiele z problemów występujących na tym polu.

Zanim to jednak nastąpi, należy przychylić się do twierdzenia, że najbezpieczniej jest posługiwanie się pojęciem „obrotu elektronicznego”, które obejmuje nie tylko wymianę towarów i usług (w przeciwieństwie do pojęcia „handlu elektronicznego”), lecz również wszelkie pozostałe stosunki prawne zachodzące pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w tej wymianie. A pamiętać trzeba, że świadczenie usług drogą elektroniczną niekoniecznie przecież musi mieć charakter komercyjny i odpłatny. Jak zostało wykazane na Rys. 1., między pojęciami „handlu elektronicznego” i „świadczenia usług drogą elektroniczną” zachodzi stosunek krzyżowania się.

Na pewne niedoskonałości rozwiązań prawnych w zakresie społeczeństwa informacyjnego i obrotu elektronicznego wskazują również zachowania konsumentów oraz

¹⁶⁵I. Wróbel, *Instytucjonalno-prawny...*, op. cit., s. 4-5.

¹⁶⁶*Ibidem*, s. 7.

zagadnienia dotyczące naruszeń dóbr osobistych przy okazji świadczenia usług drogą elektroniczną, o których będzie mowa w kolejnych rozdziałach niniejszej pracy.¹⁶⁷

¹⁶⁷Potwierdza to Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Inicjatywa i2010 – roczne sprawozdanie na temat społeczeństwa informacyjnego (2007)*, sporządzony w dniu 30.03.2007 r. w Brukseli, z którego wynika, że uczestnicy obrotu elektronicznego obawiają się niewystarczającej ochrony prywatności, braku interoperacyjności urzędów i platform komunikacji, nieprzejrzystości umów i taryf, a także zbytniego skomplikowania aplikacji i małej wydajności procedur rozstrzygania sporów; Za: Ibidem, s. 4.

2. Ochrona konsumenta korzystającego z usług świadczonych drogą elektroniczną

2.1. Uwagi ogólne

Współczesny obrót prawny charakteryzuje stałe zwiększanie się zarówno ilości, jak i znaczenia transakcji zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami w drodze elektronicznej. Dzieje się tak w wyniku postępującej popularyzacji Internetu, coraz łatwiejszego do niego dostępu, a także na skutek rozwoju jego funkcjonalności.

Dużą zaletą zarówno dla przedsiębiorców, jak i dla konsumentów jest obniżenie, w stosunku do obrotu tradycyjnego, kosztów transakcji zawieranych z wykorzystaniem sieci internetowej.¹⁶⁸ Wskazuje się, że handel elektroniczny jest szansą dla konsumentów, którzy, dzięki pokonaniu ograniczeń związanych m.in. z odległością i granicami państwowymi, uzyskują wygodny dostęp do całej gamy towarów i usług.¹⁶⁹ Z drugiej strony rozwój nowych technologii wiąże się z nowymi zagrożeniami. Można przytoczyć w tym miejscu słowa A. Wojciechowskiej, która twierdzi, że „z jednej strony wzbudzane są nadzieje na nowe jakościowo i korzystne dla konsumentów przemiany rynku, z drugiej narasta świadomość zagrożeń, na jakie globalny rynek, w sprzężeniu z technologią cyfrową, może konsumentów narazić”.¹⁷⁰

Zgodnie z brzmieniem art. 22¹ KC¹⁷¹ „**konsumentem jest osoba fizyczna, która dokonuje czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową**”.¹⁷² Przedsiębiorcą zaś jest, według art. 43¹ KC, „osoba fizyczna lub prawna prowadząca działalność gospodarczą lub zawodową we własnym imieniu”. Co ciekawe niektórzy autorzy odróżniają pojęcie konsumenta od konsumenta będącego zarazem usługobiorcą usług elektronicznych. Według tego poglądu zakres tego drugiego pojęcia jest

¹⁶⁸Por. P. Litwiński, *Ochrona konsumenta w umowach zawieranych przez Internet*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 246 oraz G. Rączka, *Ochrona konsumentów w usługach świadczonych drogą elektroniczną*, PPH 2005, nr 7, s. 30.

¹⁶⁹Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Świadczenie usług drogą elektroniczną – nowa rzeczywistość dla prawników*, RP 2002, nr 4-5, s. 65.

¹⁷⁰A. Wojciechowska, *Ochrona prywatności w handlu elektronicznym*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty, R. Markiewicza, Kraków 2005, s. 503.

¹⁷¹Definicja konsumenta zawarta w art. 22¹ KC jest zgodna z art. 2 ust. 2 dyrektywy 97/7/WE. Umieszczenie jej w części ogólnej KC świadczy o tym, że została sformułowana na użytek całego prawa cywilnego; Por. E. Łętowska, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów: komentarz*, Warszawa 2000, s. 90 i n.

¹⁷²W literaturze wskazuje się na istotne wady definicji konsumenta zawartej w KC. Negatywnie ocenia się przede wszystkim nieuwzględnienie w niej elementu kontrahenta konsumenta oraz zawężenie pojęcia konsumenta jedynie do osoby fizycznej; Por. M. Skory, *Sytuacja konsumenta w umowach elektronicznych*, [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005, s. 185.

szerszy, jako że obejmuje, poza dokonywaniem czynności prawnych, również czynności faktyczne.¹⁷³

Dokonując analizy prawa europejskiego, można wyprowadzić generalną definicję, według której konsumentem jest osoba fizyczna, która zawierając określonego rodzaju umowę, działa w celu niezwiązanym z jej działalnością gospodarczą lub zawodową.¹⁷⁴

Zawieraniu umów poprzez Internet towarzyszy okoliczność braku jednoczesnej obecności stron. Strony dokonują czynności przedkontraktowych, a także zawierają samą umowę z wykorzystaniem sieci internetowej, w wyniku czego nie występuje bezpośredni kontakt ani pomiędzy nimi, ani z przedmiotem umowy.¹⁷⁵ W związku z powyższym powszechnie przyjmuje się, że w umowach, których jedną ze stron jest przedsiębiorca, a drugą konsument, istnieje nierównorzędność stron, co sprawia, że ten drugi powinien być szczególnie chroniony prawnie (jako słabsza strona stosunku obligacyjnego).

Jak to trafnie ujął M. Skory: „szereg podmiotów przez sam fakt uczestniczenia w rynku za pośrednictwem albo chociażby przy udziale mediów elektronicznych wymaga wzmożonej ochrony. Tym większej ochrony wymaga konsument, który w starciu z partnerem-profesjonalistą w nieznanym mu dotąd środowisku wirtualnym jest w jeszcze większym stopniu narażony na różnorodne niebezpieczeństwa”.¹⁷⁶

Z. Radwański twierdzi, że słabość konsumenta nie jest spowodowana względami ekonomicznymi, lecz wynika z „niedoinformowania i rozproszenia”.¹⁷⁷ Podobny pogląd prezentuje E. Łętowska, która uważa, że korzystanie przez konsumenta z rynku w sposób rozproszony i zindywidualizowany (pod względem zarówno podmiotowym, jak i przedmiotowym) wpływa na ograniczenie jego wiedzy na temat przysługujących mu praw.¹⁷⁸ Konsumentcka asymetria informacyjna (deficyt informacji) powoduje, że podmiot ten

¹⁷³X. Konarski, *Ochrona konsumenta korzystającego z usług elektronicznych w prawie polskim i Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo umów elektronicznych*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Kraków 2006, s. 68.

¹⁷⁴Por. art. 2 Dyrektywy 93/13/WE o niedozwolonych klauzulach umownych, art. 1 Dyrektywy 87/102/WE o kredycie konsumenckim, art. 2 Dyrektywy 85/577/WE o umowach zawieranych poza lokalem handlowym, art. 2 Dyrektywy 97/7/WE o umowach zawieranych na odległość, art. 1 Dyrektywy 99/44/WE o niektórych aspektach sprzedaży konsumenckiej i związanych z nią gwarancjach oraz art. 2 Dyrektywy 2002/65/WE o usługach finansowych świadczonych na odległość; Nieco szersze rozumienie pojęcia konsumenta wprowadza Dyrektywa 2000/31/WE o handlu elektronicznym, której art. 2 stanowi, że konsumentem jest osoba fizyczna działająca w celu niezwiązanym z jej działalnością gospodarczą, zawodową lub handlową. Przyjmuje się jednak, że poszerzenie definicji o działalność handlową jest prawdopodobnie spowodowane nie kwestiami merytorycznymi, lecz różnicami w tłumaczeniu dyrektywy; Por. M. Skory, *Sytuacja konsumenta...*, op. cit., s. 180.

¹⁷⁵P. Litwiński, *Ochrona konsumenta...*, op. cit. s. 246.

¹⁷⁶M. Skory, *Sytuacja konsumenta...*, op. cit., s. 177.

¹⁷⁷Z. Radwański, *Teorie oświadczeń woli w świetle najnowszych zjawisk społecznych – komunikacji elektronicznej i ochrony konsumentów*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga dedykowana prof. S. Soltysińskiemu*, pod red. A. Nowickiej, Poznań 2005, s. 258

¹⁷⁸E. Łętowska, *Ustawa o ochronie...*, op. cit., s. 32.

jest podatny na wpadanie w „pułapki” sprzedaży na odległość, przed którymi prawo powinno go chronić.¹⁷⁹ E. Łętowska twierdzi ponadto, że dobrze poinformowany konsument zostaje włączony w mechanizm kształtowania odpowiednich postaw czynnych uczestników obrotu.¹⁸⁰

W obrocie elektronicznym wskazuje się na podstawową trudność dla „słabego” usługobiorcy, jaką jest określenie tożsamości oferenta, oraz na problemy związane z ograniczeniem swobody zapoznania się z warunkami potencjalnej transakcji.¹⁸¹ Zwraca się również uwagę na brak możliwości bezpośredniego obejrzenia i sprawdzenia towaru w chwili zawierania umowy oraz na utrudnienia związane z dochodzeniem różnego rodzaju roszczeń.¹⁸²

Kolejną kwestią jest poczucie bezpieczeństwa w sieci internetowej. Jego zapewnienie jest kluczowe dla zachęcenia konsumentów do uczestniczenia w transakcjach elektronicznych (w szczególności w tych transgranicznych). Na dzień dzisiejszy jednak z międzynarodowych badań wynika, że aż 61% Amerykanów, 56% Francuzów, 55% Hiszpanów, 54% Chińczyków, 52% Brytyjczyków, 46% Niemców i 40% Włochów ma obawy o bezpieczeństwo swoich danych osobowych w Internecie.¹⁸³

Wszystko to, co zostało powyżej powiedziane, tłumaczy duże znaczenie, przedstawionego w pierwszym rozdziale niniejszej pracy, podziału stosunków prawnych ze względu na uczestniczące w nich podmioty (na stosunki prawne B2B, B2C oraz C2C).

Można dodać, że niektórzy autorzy twierdzą, iż specyfiką elektronicznych stosunków prawnych jest uczestniczenie w nich (poza usługodawcą i usługobiorcą) jeszcze jednego podmiotu, odpowiadającego od strony technicznej za zawarcie umowy, a mianowicie operatora środków komunikacji na odległość.¹⁸⁴

Bardzo ważne jest **odróżnienie pojęcia konsumenta od pojęcia usługobiorcy**. Utożsamianie tych dwóch terminów nie może być uzasadnione nawet jako skrót myślowy.¹⁸⁵ Konsument to osoba fizyczna, podczas gdy na gruncie usude usługobiorcą może być nie tylko

¹⁷⁹Por. Z. Radwański, *Teorie oświadczeń...*, op. cit., s. 260 oraz E. Łętowska, *Ustawa o ochronie...*, op. cit., s. 32.

¹⁸⁰Por. E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 126.

¹⁸¹Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy usług elektronicznych*, Toruń 2007, s. 51.

¹⁸²M. Jagielska, *Umowy zawierane poza lokalem przedsiębiorstwa i na odległość*, MoP 2000, nr 9, s. 559; Za: P. Litwiński, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 246-247.

¹⁸³*Obawy o internetowe bezpieczeństwo*, artykuł internetowy z dnia 15.03.2010 r., dostępny na stronie <http://www.wirtualnemedia.pl/artykul/obawy-o-internetowe-bezpieczenstwo> (data dostępu: 20.04.2010).

¹⁸⁴Por. A. Krawczyk, *Ochrona ekonomicznych interesów konsumenta w umowach zawieranych na odległość*, RP 2006, nr 4, s. 58 oraz A. Streżyńska, *Ochrona konsumentów w Unii Europejskiej i Polsce*, Warszawa 2000, s. 127.

¹⁸⁵Za błędne należy również uznać utożsamianie pojęć przedsiębiorcy i usługodawcy.

osoba fizyczna, lecz także osoba prawna czy też jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej.¹⁸⁶

Regulacje prawne dotyczące konsumentów będących stroną umów o świadczenie usług drogą elektroniczną znacznie różnią się od unormowań dotyczących pozostałych kategorii usługobiorców.¹⁸⁷ Odmienność reżimu prawnego obrotu mieszanego (B2C) w Polsce pojawiła się wraz z wejściem w życie Ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów i o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny¹⁸⁸, a następnie Ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego uchwalonej w dniu 27 lipca 2002 r.¹⁸⁹. Należy podkreślić, że ochrona konsumenta jest ogólnie przyjętą koncepcją w Unii Europejskiej, a tym samym w prawie europejskim. Jak podkreśla A. Krawczyk, „Wspólnota działa w celu ochrony zdrowia i bezpieczeństwa konsumenta, jego interesów ekonomicznych, wspiera jego prawo do informacji i edukacji oraz zrzeszania się”.¹⁹⁰

W literaturze spotkać można również odmienne zdanie, jakoby w nowych realiach to przedsiębiorca (zwykle mały lub średni) wymagał zwiększonego poziomu ochrony. Zwolennicy tego podglądu podkreślają, że w dzisiejszych czasach to konsument jest lepiej zorientowany i bardziej biegły w wykorzystywaniu instrumentów elektronicznych. Szeroki dostęp do informacji, który umożliwia mu Internet, redukuje deficyt informacyjny. Ponadto w transakcjach zawieranych przy wykorzystaniu mediów elektronicznych zmniejsza się siła sugestii sprzedawcy, a tym samym ryzyko wystąpienia tzw. reakcji impulsywnych. Internet ułatwia konsumentowi gromadzenie informacji na temat każdej z ofert, daje mu większe

¹⁸⁶Por. W. Wiewiórowski, *Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy świadczącego usługę drogą elektroniczną za niektóre rodzaje usług (uwagi de lege ferenda)*, GSP 2009, tom XXI, s. 204-205.

¹⁸⁷Pierwszym dokumentem w zakresie ochrony interesów konsumentów było orędzie Prezydenta Stanów Zjednoczonych J. F. Kennedy'ego do Kongresu z 1962 r. (*Consumer Bill of Rights*), w którym zostały określone podstawowe prawa konsumenta, takie jak prawo do rzetelnej informacji czy też prawo wyboru bezpiecznych towarów o odpowiedniej jakości i cenie (wtedy to właśnie padło słynne zdanie: „wszyscy jesteśmy konsumentami”); Por. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 9 i n.; Pierwszym aktem międzynarodowym były Wytyczne Organizacji Narodów Zjednoczonych dotyczące ochrony konsumenta z 1985 r., w których podkreślano konieczność ochrony jego interesów ekonomicznych wskazując, jak racjonalnie wydawać pieniądze z budżetów domowych oraz stwierdzając, że praktyki handlowe powinny opierać się na zasadach uczciwego traktowania konsumentów; Por. A. Streżyńska, *Ochrona konsumentów...*, op. cit., s. 54; Natomiast pierwszym dokumentem w strukturach wspólnotowych był tzw. *Pierwszy program polityki ochrony i edukacji konsumenta* wydany przez Radę EWG, 14 kwietnia 1974 r.; Por. X. Konarski, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 69.

¹⁸⁸Upk poza implementowanie dyrektyw unijnych znajduje także oparcie w art. 76 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r., który zobowiązuje władze publiczne do podjęcia działań chroniących konsumentów przez zagrożeniami dla ich życia i zdrowia, prywatności, bezpieczeństwa oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi; Por. P. Litwiński, *Ochrona konsumentów w umowach zawieranych na odległość*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty, R. Markiewicz, Kraków 2005, s. 713.

¹⁸⁹Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (DzU z 2002 r., nr 141, poz. 1176).

¹⁹⁰A. Krawczyk, *Ochrona ekonomicznych...*, op. cit., s. 60.

możliwości wyboru itd. Często mali i średni przedsiębiorcy mogą znaleźć się tak naprawdę w gorszej pozycji jako podmioty mniej doświadczone.¹⁹¹

Należy jednak przyjąć, że ze względu na specyfikę stosunków prawnych, w których jedną ze stron jest konsument, przyjęcie rozwiązań legislacyjnych pozwalających na zagwarantowanie prawnych mechanizmów ochrony interesów tego szczególnego usługobiorcy jest jak najbardziej słuszne.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że konsument korzystający z usług świadczonych drogą elektroniczną ma możliwość korzystania z dwóch rodzajów środków ochrony prawnej – tych, które ustanowione są dla wszystkich podmiotów będących usługobiorcami usług elektronicznych, oraz ze szczególnych instrumentów przysługujących mu ze względu na jego specyficzny status (konsumencki).¹⁹²

Najważniejszymi aktami prawnymi regulującymi zagadnienia związane z ochroną konsumenta, które powstały w strukturach Unii Europejskiej, są dyrektywy, o których częściowo była już mowa w rozdziale dotyczącym ram prawnych handlu elektronicznego, a więc Dyrektywa 85/577/WE o ochronie konsumentów w umowach zawieranych poza lokalem handlowym, Dyrektywa 97/7/WE o ochronie konsumentów w umowach zawieranych na odległość, podstawowa dla regulacji obrotu elektronicznego Dyrektywa 2000/31/WE o niektórych aspektach społeczeństwa informacyjnego oraz Dyrektywa 2002/58/WE w sprawie przetwarzania danych osobowych i o ochronie prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej.¹⁹³

W polskim systemie prawa z kolei na ochronę konsumentów w kontekście obrotu elektronicznego ma istotny wpływ uśude (szczególnie art. 9-11). Za jej pośrednictwem wprowadzono szczególne środki ochrony (takie jak prawo do informacji czy prawo do ochrony interesów ekonomicznych), które przysługują usługobiorcy co do tych praw, których prawdopodobieństwo naruszenia jest większe w obrocie elektronicznym niż w tradycyjnym.¹⁹⁴ Trzeba jednak dodać, że uśude nie narusza istniejących przepisów o ochronie konsumenta, w szczególności Ustawy o ochronie konsumenta i o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny.¹⁹⁵ Uśude uzupełnia więc jedynie lukę

¹⁹¹Por. M. Skory, *Sytuacja konsumenta...*, op. cit., s. 177, M. Skory, *O potrzebie interdyscyplinarnego podejścia do tak zwanego obrotu elektronicznego*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty i R. Markiewicz, Kraków 2005, s. 120 oraz W. Kilian, *Umowy elektroniczne w prawie międzynarodowym*, [w:] *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2003, s. 219.

¹⁹²X. Konarski, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 67-68.

¹⁹³Por. G. Rączka, *Ochrona konsumentów...*, op. cit., s. 32.

¹⁹⁴Por. X. Konarski, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 70.

¹⁹⁵Por. G. Rączka, *Ochrona konsumentów...*, op. cit., s. 32.

prawną w regulacji sytuacji konsumentów w handlu elektronicznym. W pozostałym zakresie zastosowanie nadal znajdują upk, usk oraz KC.¹⁹⁶

Można wskazać dwa aspekty, w których przede wszystkim należy rozpatrywać zagadnienie ochrony interesów konsumenckich na gruncie uśude. Są to obowiązki informacyjne usługodawcy względem konsumenta (w tym także ochrona przed informacją, obejmująca bardzo istotny wymóg uzyskania zgody konsumenta na przesyłanie informacji handlowej) oraz ochrona danych osobowych konsumenta.¹⁹⁷

2.2. Obowiązki informacyjne usługodawcy względem konsumenta

Zgodnie z tym, co zostało wyżej powiedziane, czynnikiem, który powszechnie przyjmuje się za podstawową przyczynę „słabości” konsumenta w obrocie gospodarczym, a w szczególności w transakcjach zawieranych drogą elektroniczną, jest **deficyt informacyjny**. Istotną rolę w przezwyciężaniu tej trudności stanowią pochodzące od przedsiębiorcy komunikaty informacyjne. Przekazywanie ich konsumentowi zwiększa jego szanse na podjęcie suwerennej decyzji co do zawarcia, bądź nie, danej umowy. Mimo wszystko jednak konsument powinien być chroniony w pewien sposób przed otrzymywaniem na przykład tzw. niezamówionej informacji handlowej, która w łatwy sposób może naruszać sferę jego prywatności.

W niniejszej pracy zostanie wykorzystany **podział obowiązków informacyjnych** ciążących na przedsiębiorcy przyjęty przez X. Konarskiego, zgodnie z którym wyróżnia się:

- a) obowiązki informacyjne aktualizujące się w przypadku prowadzenia jakiejkolwiek działalności w Internecie,
- b) obowiązki powstające w przypadku rozpowszechniania przekazów o określonej treści (informacja handlowa, oferta w postaci elektronicznej),
- c) szczególne obowiązki dotyczące kierowania przekazów o określonej treści (propozycji zawarcia umowy) do określonej grupy usługobiorców, czyli do konsumentów.¹⁹⁸

¹⁹⁶Uśude oraz pozostałe ustawy dotyczące ochrony konsumenta są wobec siebie **komplementarne**. Oznacza to, że w sytuacji, w której usługobiorcą usług świadczonych drogą elektroniczną jest konsument nie ma przeszkód, żeby stosować jednocześnie uśude oraz pozostałe ustawy konsumenckie, ponieważ ich postanowienia nie są ze sobą sprzeczne, lecz się wzajemnie uzupełniają.

¹⁹⁷G. Rączka, *Ochrona konsumentów...*, op. cit., s. 33.

¹⁹⁸X. Konarski, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 74-75.

Obciążenie usługodawcy szczególnymi obowiązkami informacyjnymi ma na celu przede wszystkim utrudnienie przypadkowego zawarcia umowy (które w przypadku umów elektronicznych sprowadza się często po prostu do naciśnięcia jednego klawisza) – zgodnie z zasadą, że im lepiej poinformowany konsument tym większy stopień jego ostrożności i wstrzemięźliwości.¹⁹⁹

A) Obowiązek informacyjny względem usługobiorców

Na początek należy stwierdzić, w ślad za A. Jaroszek, że podstawowa w zakresie problematyki prawnej handlu elektronicznego dyrektywa 2000/31/WE „nie zmierza w pierwszej kolejności do zagwarantowania konsumentom szczególnej dodatkowej ochrony przy zawieraniu umów za pomocą środków porozumiewania się na odległość, np. przez Internet”²⁰⁰ (odmiennie niż dzieje się to w przypadku dyrektyw 97/7/WE czy 2002/65/WE), jednakże nakłada na usługodawców szereg obowiązków związanych z transakcjami realizowanymi w obrocie mieszanym.

Polski ustawodawca, w ślad za wspólnotowym²⁰¹, zdecydował się na kazuistyczną metodę regulacji obowiązku informacyjnego ciążącego na usługodawcy.

Pierwsza ze wskazanych przez X. Konarskiego kategorii obowiązków obejmuje przede wszystkim zbiór informacji wskazanych w **art. 5 uśude**. Jego zdaniem „wprowadzenie w art. 5 obowiązku informacyjnego stanowi realizację **zasady jawności świadczenia usług drogą elektroniczną**”.²⁰²

Poza kazuistycznym ujęciem zbioru informacji, w art. 5 ust. 1 uśude ustawodawca doprecyzował również sposób ich przekazywania. Usługodawca musi więc podawać je „w sposób wyraźny²⁰³, jednoznaczny i bezpośrednio dostępny²⁰⁴ poprzez system

¹⁹⁹M. Skory, *Sytuacja konsumenta...*, op. cit., s. 196.

²⁰⁰A. Jaroszek, *Prawo właściwe dla umów konsumenckich zawieranych przez Internet*, Warszawa 2009, s. 43-44.

²⁰¹Por. dyrektywa 2000/31/WE oraz dyrektywa 97/7/WE.

²⁰²X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004, s. 92; Por. również A. Frań, *Uwagi do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, TPP 2000, nr 4, s. 71.

²⁰³Wymóg wyraźnego podania informacji polega na ich czytelności, w szczególności pod kątem sposobu ich sporządzenia, użytego języka oraz wielkości czcionki; Por. X. Konarski, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 75.

²⁰⁴Bezpośrednia dostępność oznacza podanie usługobiorcy informacji w taki sposób, żeby nie musiał on podejmować jakichkolwiek dodatkowych czynności w celu ich przyswojenia; Por. X. Konarski, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 75; J. Gołaczyński podkreśla, że wymóg powyższy dotyczy przede wszystkim umożliwienia dostępu do informacji użytkownikom anonimowym lub działającym pod pseudonimem; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 74.

teleinformatyczny²⁰⁵”. Przy interpretacji zwrotów użytych w powyższym artykule należy odwoływać się do rozumienia, jakie przypisałby im w takich samych okolicznościach przeciętny i rozsądny konsument.²⁰⁶ Przy czym za rozsądnego uznaje się konsumenta, który ma wystarczające doświadczenie życiowe, pozwalające mu bez większych kłopotów zrozumieć i wyjaśnić treść przekazanych mu informacji.²⁰⁷

W polskiej ustawie, w przeciwieństwie do dyrektywy 2000/31/WE, nie wprowadzono natomiast wymogu stałej dostępności informacji dla usługobiorców²⁰⁸, co wielu z autorów uważa za uchybienie, które pozbawia odbiorców usług świadczonych drogą elektroniczną możliwości zapoznawania się z informacjami przez cały okres korzystania z tego typu usługi, a co za tym idzie istotnych instrumentów ochronnych.²⁰⁹ Większość z nich przyjmuje jednak, że mimo wszystko do informacji zawartych w art. 5 uśude należy również stosować wymóg stałej dostępności, w ślad za dyrektywą o handlu elektronicznym.²¹⁰

Zakres informacji, które przekazywać musi usługobiorcy usług świadczonych drogą elektroniczną ich usługodawca, zróżnicowany został natomiast w zależności od tego, czy ten ostatni jest, czy też nie, osobą fizyczną, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia określonych w odrębnych ustawach wymagań.²¹¹

W drugim przypadku, według art. 5 ust. 2 uśude, usługodawca podaje: adresy elektroniczne, imię, nazwisko, miejsce zamieszkania i adres albo nazwę lub firmę oraz siedzibę i adres. Są to tzw. **informacje podstawowe**. Ich uzyskanie umożliwia odbiorcy nawiązywanie kontaktu z usługodawcą, co ma istotne znaczenie chociażby w kontekście realizacji prawa odstąpienia od umowy.²¹² Ponadto, gdy usługodawcą jest podmiot będący jednocześnie przedsiębiorcą, musi on podać również informacje dotyczące właściwego

²⁰⁵System teleinformatyczny został zdefiniowany w art. 2 pkt 3 uśude, który stanowi, że jest to „zespół współpracujących ze sobą urządzeń teleinformatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne”; Por. art. 2 pkt 3 uśude.

²⁰⁶P. Litwiński, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 268; Warto zaznaczyć, że można się również spotkać z poglądem, że należy uwzględniać wiedzę i doświadczenie konkretnego konsumenta; Por. E. Łętowska, *Ustawa o ochronie...*, op. cit., s. 51.

²⁰⁷Por. W. Kocot, *Nowe zasady zawierania i wykonywania umów z udziałem konsumentów (II)*, PPH 2000, nr 12, s. 49.

²⁰⁸W art. 5 dyrektywy o handlu elektronicznym użyto sformułowania „easily, directly and permanently accessible” (łatwy, bezpośredni, zapewniający stałą dostępność); Por. art. 5 dyrektywy 2000/31/WE.

²⁰⁹Por. X. Konarski, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 77 oraz G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 211.

²¹⁰Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 94.

²¹¹Takimi osobami będą przede wszystkim przedstawiciele wolnych zawodów, które zostały wymienione w art. 88 KSH (np. lekarz, adwokat).

²¹²Por. X. Konarski, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 75.

zezwolenia i organu zezwalającego, w przypadku gdy świadczenie usługi wymaga, na podstawie odrębnych przepisów, takiego zezwolenia (art. 5 ust. 3).²¹³

W pierwszej ze wspomnianych sytuacji (jeśli jego prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia określonych w odrębnych ustawach wymagań), poza informacjami przedstawionymi w poprzednim akapicie, usługodawca podaje także między innymi: informacje podstawowe dotyczące pełnomocnika (jeśli został ustanowiony), tytuł zawodowy oraz samorząd zawodowy, do którego należy (art. 5 ust. 5).²¹⁴

Art. 5 ust. 4 stanowi, że „przepis ust. 3 nie narusza obowiązku określonego w art. 21 pkt 2²¹⁵ Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²¹⁶”.

Katalog informacji zawarty w art. 5 uśude ma na celu ochronę usługobiorcy, a w szczególności zapobieżenie sytuacji, w której usługodawca pozostawałby anonimowy. Ma on charakter minimalny, w związku z czym nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby usługodawcy przekazywali usługobiorcom większą ilość informacji.

W art. 5 uśude brak jest określenia sankcji, które miałyby znaleźć zastosowanie w razie niedopełnienia obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 5. **Art. 23 uśude** stanowi jednak, że „kto wbrew obowiązkom określonym w art. 5 nie podaje danych, o których mowa w art. 5 ust. 2, 3 lub 5, albo podaje dane nieprawdziwe lub niepełne, podlega karze grzywny”. W związku z tym, że ustawodawca nie przewidział sankcji w przypadku niespełnienia wymogów z art. 5 ust. 1 (sposób udostępniania informacji), należy odwołać się w tym względzie do ogólnych zasad dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na **dotatkowy obowiązek informacyjny**, który został przewidziany w **art. 6 uśude** (regulującym zagadnienie bezpieczeństwa korzystania z usług świadczonych drogą elektroniczną).²¹⁷ Zgodnie z jego brzmieniem usługodawca jest obowiązany zapewnić usługobiorcy dostęp do aktualnej informacji o szczególnych

²¹³Obowiązki informacyjne w tym zakresie mają zastosowanie również do usługodawców zobowiązanych do uzyskania koncesji; Por. A. Frań, *Uwagi do ustawy...*, op. cit., TPP 2000, nr 4, s. 73 oraz G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 205.

²¹⁴Pełen zakres informacji wymienionych w art. 5 ust. 5 obejmuje: imię, nazwisko, miejsce zamieszkania i adres albo nazwę lub firmę oraz siedzibę i adres pełnomocnika (w przypadku jego ustanowienia), samorząd zawodowy, do którego usługodawca należy, tytuł zawodowy, którego używa oraz państwo, w którym został on przyznany, numer w rejestrze publicznym, do którego jest wpisany wraz ze wskazaniem nazwy rejestru i organu prowadzącego rejestr oraz informację o istnieniu właściwych dla danego zawodu zasad etyki zawodowej oraz sposobie dostępu do tych zasad; Por. art. 5 ust. 5 uśude.

²¹⁵Według art. 21 ust. 2 usdg przedsiębiorca jest zobowiązany między innymi do posługiwania się numerem identyfikacji podatkowej czy też do wskazania numeru wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, ewidencji lub równorzędnych środków pozwalających na ustalenie tożsamości, znajdujących się w rejestrze.

²¹⁶Por. przypis nr 82.

²¹⁷Warto zwrócić uwagę na to, że dyrektywa 2000/31/WE nie zajmuje się problematyką bezpieczeństwa. Tego typu zagadnienia zostały bowiem uregulowane w dyrektywie 2002/58/WE (por. w szczególności art. 4 dyrektywy 2002/58/WE).

zagrożeniach²¹⁸ związanych z korzystaniem z usługi świadczonej drogą elektroniczną, a także o funkcji i celu oprogramowania lub danych²¹⁹ niebędących składnikiem treści usługi, wprowadzanych przez usługodawcę do systemu teleinformatycznego, którym posługuje się usługobiorca.²²⁰

Do wywiązania się z powyższego obowiązku wystarczy jednak zapewnienie dostępu do tych informacji na żądanie usługobiorcy.²²¹ W art. 6 uśude pominięto przesłankę bezpośredniości, w związku z czym usługodawca może poprzestać na stworzeniu usługobiorcy warunków do indywidualnego zapoznawania się z tymi informacjami (np. poprzez stworzenie linku, który przekierowuje do odpowiedniej podstrony internetowej).²²²

Ponadto, na podstawie **art. 7 uśude**, usługodawca jest zobowiązany zapewnić usługobiorcy odpowiednie warunki (zarówno techniczne, jak i organizacyjne) do korzystania z systemu teleinformatycznego i usług tak, aby nieuprawnione osoby trzecie nie miały dostępu do treści przekazu składającego się na tę usługę (w szczególności przy wykorzystaniu różnego rodzaju technik kryptograficznych), a także tak, aby możliwa była jednoznaczna identyfikacja stron usługi świadczonej drogą elektroniczną oraz potwierdzenie faktu złożenia oświadczeń woli i ich treści (w szczególności przy wykorzystaniu bezpiecznego podpisu elektronicznego). Ust. 2 stanowi zaś, że usługobiorcy musi zostać zapewniona możliwość zakończenia, w każdej chwili²²³, korzystania z usługi świadczonej drogą elektroniczną.²²⁴

W ramach wywiązywania się z obowiązków informacyjnych na usługodawcy spoczywa również konieczność ustanowienia **regulaminu świadczenia usług drogą**

²¹⁸Takich jak wirusy komputerowe (szczególne oprogramowanie, z reguły niezauważalne przez użytkownika, które może zarażać pliki w sposób samopowielający się) czy tzw. *worms* (szkodliwe oprogramowanie zdolne do samopowielania); Podkreślić należy, że obowiązek informacyjny dotyczy rzeczywistych zagrożeń dla transmisji danych, kompletności, integralności oraz pewności pochodzenia danej świadczonej usługi, Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 96 oraz J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 85 oraz W. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004, s. 367.

²¹⁹Takich jak oprogramowanie typu *spyware* (czyli tzw. oprogramowanie szpiegujące, które są instalowane w komputerze usługobiorcy w celu zbierania i przesyłania określonych informacji go dotyczących) oraz powszechnie stosowane programy *cookies* (czyli pliki komputerowe instalowane w systemach teleinformatycznych użytkowników poszczególnych stron internetowych, pozwalające na zapamiętywanie informacji na ich temat); Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 97 i n.

²²⁰Por. art. 6 uśude.

²²¹Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 82.

²²²Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 96 oraz P. Litwiński, *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną – nowa regulacja, nowe obowiązki*, *Ochrona Informacji*, Biuletyn TISM 2002, nr 6-7, s. 23.

²²³Wśród przedstawicieli nauki można spotkać opinię, że art. 7 ust. 2 uśude został sformułowany niefortunnie, ponieważ gwarantując swobodę usługobiorcy zakończenia w każdej chwili korzystania z usługi stanowi po pierwsze zagrożenie dla pewności i bezpieczeństwa obrotu elektronicznego, po drugie zaś naraża usługodawcę na szkodę; Por. W. Kocot, *Wpływ Internetu...*, op. cit., s. 368.

²²⁴Por. art. 7 uśude.

elektroniczną (por. **art. 8 uśude**). Regulamin taki trzeba postrzegać jako wzorzec umowy.²²⁵ Z tego też powodu zastosowanie znajdzie tu art. 384 § 1 KC, zgodnie z którym „ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzory umów, regulaminy wiążą drugą stronę, jeżeli zostały jej doręczone przed zawarciem umowy”.

Regulamin świadczenia usług drogą elektroniczną należy dostarczyć nieodpłatnie konsumentowi przed zawarciem umowy pod rygorem bezskuteczności. Jeśli zaś usługobiorca wyrazi odpowiednie żądanie, sposób udostępnienia ma umożliwić pozyskanie, odtwarzanie i utrwalanie treści regulaminu za pomocą systemu teleinformatycznego, którym się on (usługobiorca) posługuje (por. art. 8 ust. 1 pkt 2 uśude).

Podkreśla się, że zamieszczenie art. 8 w uśude stanowi wyraz niekonsekwencji ustawodawcy. Zgodnie bowiem z założeniami, które towarzyszyły uchwalaniu powyższej ustawy, nie miała ona regulować kwestii cywilnoprawnych. Świadczy o tym również treść art. 11 uśude, który stanowi, że „w sprawach nieuregulowanych w ustawie do świadczenia usług drogą elektroniczną, w szczególności do składania oświadczeń woli w postaci elektronicznej, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego oraz innych ustaw”.²²⁶ Powyższe niekonsekwencje być może zostaną usunięte w wyniku nowelizacji uśude, nad którą trwają obecnie prace.²²⁷

Art. 8 ust. 3 stanowi, że regulamin określa w szczególności: rodzaje i zakres usług świadczonych drogą elektroniczną, warunki ich świadczenia (w tym wymagania techniczne niezbędne do współpracy z systemem teleinformatycznym, którym posługuje się usługodawca, oraz zakaz dostarczania przez usługobiorcę treści o charakterze bezprawnym), warunki zawierania i rozwiązywania umów o świadczenie usług drogą elektroniczną, a także tryb postępowania reklamacyjnego. Nie jest to oczywiście katalog zamknięty, o czym świadczy sformułowanie „w szczególności”. Zgodnie z ust. 4 „usługodawca świadczy usługi drogą elektroniczną zgodnie z regulaminem”.

²²⁵Por. G. Rączka, *Ochrona konsumentów...*, op. cit., s. oraz K. Korus, *Umowy i inne czynności prawne w obrocie elektronicznym*, [w:] *Prawo handlu elektronicznego*, M. Chudzik, A. Frań, A. Grzywacz, K. Korus, M. Spyra, Bydgoszcz, Kraków 2005, s. 103-104.

²²⁶Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 215 oraz X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 103 i n.

²²⁷Podczas spotkania w dniu 28 września 2009 r. grupa robocza pracująca nad nowelizacją uśude postanowiła o skreśleniu art. 8 w całości przenosząc część z jego postanowień do art. 6; Informacja ze spotkania dostępna jest na stronie http://www.mswia.gov.pl/porta1/pl/582/7932/Informacja_ze_spotkania_grupy_roboczej_dot_Regulaminow_i_o_bowiazku_informacyjne.html (data dostępu: 21.03.2010).

B) Informacja handlowa

Definicja informacji handlowej znajduje się w art. 2 pkt 2 u.s.ude, który stanowi, że „informacją handlową jest **każda informacja przeznaczona bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku**²²⁸ **przedsiębiorcy lub osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od wymagań określonych w odrębnych ustawach** z wyłączeniem informacji umożliwiającej porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą oraz informacji o towarach i usługach niesłużącej osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi”.²²⁹ Poza art. 2 pojęcie informacji handlowej pojawia się w art. 9 (oznaczenie i zawartość informacji handlowej), art. 10 (niezamówiona informacja handlowa) oraz art. 24 (przepis karny) u.s.ude.

Definicja informacji handlowej stanowi odpowiednik art. 2f²³⁰ dyrektywy o handlu elektronicznym. Dyrektywa unijna posługuje się jednak innym określeniem – *commercial communications*. Przetłumaczenie przez polskiego ustawodawcę tego terminu jako „informacja handlowa” budzi w doktrynie spore kontrowersje. Wskazuje się między innymi na wątpliwości, które powstają na gruncie prawa reklamy. Pojęcie informacji handlowej zostało bowiem ukształtowane przez doktrynę na długo przed 2002 r. Wejście w życie u.s.ude, a tym samym pojawienie się w prawie polskim zupełnie innej definicji od tej, którą posługiwano się powszechnie w obrocie prawnym, spowodowało niemałe wątpliwości interpretacyjne.²³¹

²²⁸Użycie sformułowania „wizerunek przedsiębiorcy” wywołuje w doktrynie duże kontrowersje, na skutek czego rezultatem obecnie trwających prac nowelizacyjnych prawdopodobnie będzie zmiana tego określenia na „oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorcę”; Por. Założenia do projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną z dnia 28.01.2010 r., s. 6; Dokument dostępny na stronie http://www.bip.mswia.gov.pl/portal/bip/200/18656/Projekt_zalozen_do_projektu_ustawy_o_zmianie_ustawy_o_swiadczeniu_uslug_droga_el.html (data dostępu: 18.04.2010 r.).

²²⁹Można dodać, że zbliżone pojęcie zostało zdefiniowane w ustawie o dostępie warunkowym. W jej art. 5 ust. 2 usługodawca posłużył się bowiem terminem „przekaz informacji handlowej”. W literaturze twierdzi się jednakże, że pojęcia informacji handlowej oraz przekazu informacji handlowej mają ten sam zakres; Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 51.

²³⁰Zgodnie z art. 2f dyrektywy o handlu elektronicznym „*commercial communication* oznacza jakkolwiek formę komunikacji służącą promowaniu, bezpośrednio lub pośrednio towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy, organizacji lub osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych przepisach, z wyłączeniem środków komunikacji umożliwiających pozyskiwanie informacji na temat wymienionych podmiotów, w szczególności nazwy domenowej i adresu *e-mail*, oraz informacji o towarach i usługach nie służących osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca ich rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi”.

²³¹Przed wejściem u.s.ude w życie uznawano, że celem reklamy jest zachęcanie do nabywania towarów lub usług, natomiast informacja handlowa służy udostępnianiu danych na temat towarów lub usług. Wątpliwości pojawiły

W literaturze powszechny jest pogląd, że na skutek pojawienia się trudności w odróżnianiu komunikatów będących reklamą od tych stanowiących informację handlową, zamiast pojęcia informacji handlowej **powinno się wprowadzić do uśude inny termin**, np. „komunikacja komercyjna”, „przekaz handlowy” albo „przekaz gospodarczy”.²³²

Na powyższe problemy zwróciła również uwagę grupa robocza prowadząca obecnie prace nad nowelizacją uśude. Podczas spotkania nt. nowelizacji ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną w zakresie spamu wskazano na konieczność skrócenia niejasnej i wewnętrznie sprzecznej definicji pojęcia „informacja handlowa”.²³³

Brzmienie definicji pozwala wysnuć wniosek, że informacja handlowa w rozumieniu uśude jest tym, co powszechnie nazywa się informacją marketingową. Należy dodać, że pojęcie informacji handlowej jest szersze od pojęcia reklamy i obejmuje poza nią również oświadczenia woli stanowiące ofertę zawarcia umowy. Oznacza to, że każdy przekaz reklamowy będzie jednocześnie informacją handlową, ale nie każda informacja handlowa będzie reklamą.²³⁴

X. Konarski, omawiając zakres pojęcia informacji handlowej, wskazuje, że obejmuje ono:

- a) reklamę (bezpośrednią i pośrednią²³⁵ oraz publiczną i niepubliczną²³⁶),
- b) marketing bezpośredni²³⁷,
- c) promocje sprzedaży (tzw. reklama wartościowa)²³⁸,

się wraz z pojawieniem się definicji informacji handlowej w uśude, w szczególności ze względu na użycie w niej sformułowania „promowanie”; Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 53 i n. oraz J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 34-35.

²³²X. Konarski opowiada się za nazwą „przekaz handlowy” lub „przekaz gospodarczy”; Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 51; P. Litwiński proponuje z kolei pojęcie „komunikat handlowy” lub „komunikat komercyjny”; Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług drogą elektroniczną*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 187.

²³³Informację ze spotkania można znaleźć na stronie

http://www.mswia.gov.pl/portal/pl/582/7409/Informacja_ze_spotkania_nt_Nowelizacji_ustawy_o_swiadczeniu_uslug_droga_elektron.html (data dostępu: 29.03.2010).

²³⁴Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 34; G. Rączka, *Informacja handlowa w prawie polskim*, RP 2006, nr 4, s. 50.

²³⁵Reklamą bezpośrednią są wszelkie wypowiedzi, mające na celu nakłonienie ich adresata do nabycia konkretnych towarów lub skorzystania z określonych usług. Reklama pośrednia występuje w przypadku użycia w działaniach promocyjnych oznaczenia, które jest symbolem określonego produktu dla wyróżnienia towaru innego rodzaju lub dla wyróżnienia np. przedsiębiorstwa; Za: X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 53-54.

²³⁶Element publiczności rozumiany jako kierowanie przekazu reklamowego do nieograniczonego kręgu osób jest uznawany za przesłankę konieczną w niektórych definicjach reklamy; Za: Ibidem, s. 54.

²³⁷Marketing bezpośredni polega na wykorzystywaniu kanałów bezpośredniego dotarcia do konsumenta (np. stron internetowych lub telewizji interaktywnej) w celu ominięcia pośredników rynkowych; Za: Ph. Kotler, *Marketing*, 2005, s. 632; Marketing bezpośredni pozwala na tworzenie spersonalizowanych przekazów skierowanych do zindywidualizowanych adresatów, co powoduje istotne zagrożenie prawa do prywatności. Prawne środki ochrony odbiorców takich wypowiedzi zostały uregulowane między innymi w art. 10 uśude; Za: X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 54.

- d) sponsorowanie²³⁹,
- e) działania z zakresu *public relations*²⁴⁰,
- f) wszelkie propozycje zawarcia umowy (np. ofertę, zaproszenie do składania ofert, zaproszenie do negocjacji).

Autor wskazuje również na możliwość uznania w konkretnych sytuacjach znaku towarowego za informację handlową (mimo iż z reguły zjawiska te uznawane są za całkowicie odrębne). Stanie się tak w przypadku znaku towarowego cechującego się wysoką renomą. Wówczas posłużenie się nim poza funkcją odróżniającą będzie pełniło również funkcję reklamową.²⁴¹

Warto dodać, że w dyrektywie 2000/31/WE ustawodawca europejski wyraźnie wyłączył z zakresu informacji handlowej m.in. adresy poczty elektronicznej oraz domeny internetowe. Brak podobnych postanowień w uśdzie nie powinien stanowić przeszkody dla przestrzegania powyższych wyłączeń (zgodnie z wymogiem interpretacji polskiego prawa w świetle prawa wspólnotowego).²⁴²

W art. 9 uśde²⁴³ ustawodawca wprowadził wymóg, by informacja handlowa była „**wyraźnie wyodrębniana i oznaczana w sposób niebudzący wątpliwości**, że jest to informacja handlowa”. Dzięki temu usługobiorca powinien móc odróżnić tego typu informację od innych komunikatów. W ust. 2 ustawodawca wskazuje na **elementy**, które informacja handlowa musi zawierać. Są nimi:

²³⁸Promocje sprzedaży polegają na otrzymywaniu przez odbiorcę bezpłatnego świadczenia (wartości materialnej) np. w ramach loterii promocyjnej albo sprzedaży premiowej; Za: X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 55.

²³⁹Sponsorowanie to każda forma partycypacji sponsora w kosztach określonego przedsięwzięcia innego podmiotu, o ile jest ona podejmowana w celach promocyjnych sponsora (polega między innymi na upowszechnieniu nazwy czy znaku towarowego sponsora); Za: Ibidem, s. 55.

²⁴⁰*Public relations* obejmuje działania mające na celu promowanie lub chronienie wizerunku przedsiębiorstwa albo poszczególnych towarów; Por. Ph. Kotler, *Marketing*, op. cit., s. 627.

²⁴¹Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 59.

²⁴²Domeny internetowe oraz adresy poczty elektronicznej mogą jednak w pewnych sytuacjach zostać potraktowane jako informacja handlowa; Por. G. Rączka, *Informacja handlowa...*, op. cit., s. 52; Warto dodać, że podczas spotkania grupy roboczej zajmującej się nowelizacją uśde wysunięto postulat, by wyłączenia przewidziane w art. 2f dyrektywy 2000/31/WE zostały przepisane do uśde; Por. informacja ze spotkania nt. nowelizacji uśde w zakresie spamu, dostępna na stronie

http://www.mswia.gov.pl/portal/pl/582/7409/Informacja_ze_spotkania_nt_Nowelizacji_ustawy_o_swiadczeniu_uslug_droga_elektron.html (data dostępu: 29.03.2010).

²⁴³Art. 9 uśde (będący odpowiednikiem art. 6 dyrektywy o handlu elektronicznym) został umiejscowiony w rozdziale drugim określającym obowiązki usługodawcy. Należy więc przyjąć, że jego adresatem jest usługodawca świadczący usługi drogą elektroniczną.

- a) oznaczenie podmiotu, na którego zlecenie jest rozpowszechniana, oraz jego adresy elektroniczne²⁴⁴,
- b) wyraźny opis form działalności promocyjnej, w szczególności obniżek cen, nieodpłatnych świadczeń pieniężnych lub rzeczowych i innych korzyści związanych z promowanym towarem, usługą lub wizerunkiem, a także jednoznaczne określenie warunków niezbędnych do skorzystania z tych możliwości, o ile są one składnikiem oferty,
- c) wszelkie informacje, które mogą mieć wpływ na określenie zakresu odpowiedzialności stron, w szczególności ostrzeżenia i zastrzeżenia.²⁴⁵

Na dwojaki charakter informacji handlowej zwraca uwagę G. Rączka (odwołując się do wcześniejszych wypowiedzi E. Łętowskiej), twierdząc, że „z jednej strony stanowi ona emanację przysługującej przedsiębiorcom **swobody wypowiedzi**, z drugiej zaś może być źródłem **zagrożenia dla prywatności konsumenta**”.²⁴⁶

Szerszy zakres obowiązków informacyjnych ciążyących na usługodawcy wynika z KC w sytuacji, w której posługuje się on ofertą w postaci elektronicznej (z wyłączeniem umów zawieranych z wykorzystaniem poczty elektronicznej lub innego podobnego środka indywidualnego porozumiewania się na odległość). Zastosowanie znajdzie wówczas **art. 66¹ § 2 KC**²⁴⁷ Ponadto posługiwanie się KC jest niezbędne w przypadku, gdy informacja handlowa zawiera tzw. niedozwolone postanowienia umowne.²⁴⁸

²⁴⁴Niedopuszczalne jest nie tylko nie podawanie żadnego oznaczenia podmiotu, lecz także posługiwanie się fałszywym adresem nadawcy poprzez wysyłanie tzw. *fake emails*; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 103.

²⁴⁵Zgodnie z art. 9 ust. 3 uśude spełnianie przez informację handlową wymogów przewidzianych w art. 9 ust. 1 i 2 nie narusza przepisów Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także Ustawy o grach losowych, zakładach wzajemnych i grach na automatach.

²⁴⁶G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 52; Za: E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, wyd. 2, Warszawa 2002, s. 161.

²⁴⁷Zgodnie z art. 66¹ § 2 KC „przedsiębiorca składający ofertę w postaci elektronicznej jest obowiązany przed zawarciem umowy poinformować drugą stronę w sposób jednoznaczny i zrozumiały o:

- a) czynnościach technicznych składających się na procedurę zawarcia umowy;
- b) skutkach prawnych potwierdzenia przez drugą stronę otrzymania oferty;
- c) zasadach i sposobach utrwalania, zabezpieczania i udostępniania przez przedsiębiorcę drugiej stronie treści zawieranej umowy;
- d) metodach i środkach technicznych służących wykrywaniu i korygowaniu błędów we wprowadzanych danych, które jest obowiązany udostępnić drugiej stronie;
- e) językach, w których umowa może być zawarta,
- f) kodeksach etycznych, które stosuje, oraz o ich dostępności w postaci elektronicznej.

²⁴⁸Por. art. 385¹ KC.

Niedopełnienie obowiązków informacyjnych (zarówno tych wyszczególnionych w art. 9 uśude, jak i określonych w art. 66¹ § 2 KC) nie zostało opatrzone żadną szczególną sankcją, wobec czego również i tutaj zastosowanie znajdują zasady ogólne.

W ciekawy sposób zarówno w dyrektywie 2000/31/WE, jak i w uśude została uregulowana kwestia tzw. **niezamówionej informacji handlowej**.

Przyjmuje się, że ustawodawca europejski, regulując problematykę niezamówionej informacji handlowej (ang. *unsolicited commercial communications*) w art. 7 dyrektywy o handlu elektronicznym²⁴⁹, wprowadził tzw. **system *opt-out***²⁵⁰ (określany czasem mianem marketingu za zezwoleniem klienta, w przeciwieństwie do systemu *opt-in* określanego jako marketing przerywający²⁵¹), zgodnie z którym podmioty, które nie chcą być adresatem takiej informacji, mają możliwość wpisania się do odpowiedniego rejestru wyłączeń (ang. *opt-out registers*). Nie oznacza to jednak, że na gruncie postanowień dyrektywy niedopuszczalne jest stosowanie innego systemu. Państwom członkowskim pozostawiona została w tej kwestii swoboda. Na skutek tego część krajów zdecydowała się na pozostanie przy modelu *opt-out* (np. Portugalia, początkowo Niemcy), pozostałe zaś wprowadziły **system *opt-in*** (np. Austria, Dania).²⁵² Polski ustawodawca zdecydował się na drugą ze wskazanych opcji (*opt-in*).²⁵³

Art. 10 ust. 1 uśude stanowi, że „zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej”, przy czym „informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji,

²⁴⁹Art. 7 dyrektywy 2000/31/WE stanowi, że „1. Poza innymi wymaganiami przewidzianymi przez prawo wspólnotowe Państwa Członkowskie, które dopuszczają niezamówione informacje handlowe przesyłane pocztą elektroniczną, zapewniają, żeby informacje handlowe przesyłane przez usługodawcę mającego siedzibę na ich terytorium były wyraźnie i jednoznacznie oznaczone jako takie w momencie ich otrzymania przez odbiorcę. 2. Bez uszczerbku dla dyrektywy 97/7/WE oraz dyrektywy 97/66/WE Państwa Członkowskie podejmują środki w celu zagwarantowania, żeby usługodawcy przesyłający pocztą elektroniczną niezamówione informacje handlowe regularnie sprawdzali i stosowali się do rejestrów wyłączeń, do których osoby fizyczne, które nie chcą otrzymywać tego typu informacji mogą się wpisać”.

²⁵⁰Co ciekawe w dyrektywie 2002/58/WE wprowadzono z kolei wyraźnie model *opt-in*; Por. art. 13 dyrektywy 2002/58/WE.

²⁵¹Por. A. Krochmal-Węgrzyn, *Spam – użycie poczty elektronicznej w celach komercyjnych*, PPH 2005, nr 1, s. 41.

²⁵²Niektórzy z autorów twierdzą, że system *opt-out* chroni lepiej usługobiorcę niż system *opt-in* oraz, że ten drugi stanowi przeszkodę dla rozwoju handlu elektronicznego; Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 66 oraz A. Stosio, *Umowy zawierane przez Internet*, Warszawa 2001, s. 260 i n.; Poglądowi temu sprzeciwia się G. Rączka argumentując, że w wyniku wprowadzenia modelu *opt-in* usługodawcy nie zostali pozbawieni szansy dotarcia ze swoim przekazem do określonego odbiorcy ze względu chociażby na możliwość umieszczenia bannerów na stronach inernetowych czy też przesyłania informacji handlowej po uzyskaniu wymaganej zgody adresata. Autorka podkreśla ponadto, że z systemem *opt-in* związane są niższe koszty, odpadają bowiem wydatki na tworzenie i aktualizację rejestrów wyłączeń; Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 107 i n.

²⁵³*Ibidem*, s. 104-105.

w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny²⁵⁴” (art. 10 ust. 2). Ustawodawca dodał, że przesyłanie niezamówionej informacji handlowej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (por. art. 10 ust. 3).

Model *opt-in* funkcjonował już wcześniej w polskim porządku prawnym, na skutek obowiązywania art. 6 ust. 3 upk²⁵⁵ dotyczącego wymogu uzyskania zgody konsumenta na posłużenie się określoną techniką komunikowania się na odległość w celu złożenia mu propozycji zawarcia umowy. Tym samym decyzja o przyjęciu tego samego modelu w usude umożliwiła dokonanie **harmonizacji instrumentów ochrony konsumenta** w polskim ustawodawstwie.²⁵⁶ Co więcej, art. 6 ust. 3 upk został znowelizowany przez usude, na skutek czego również z jego treści jasno wynika, że przesyłanie reklamy w postaci elektronicznej wymaga zgody adresata.²⁵⁷

Zgoda na otrzymywanie informacji handlowych nie musi przybierać żadnej szczególnej formy. Jej udzielenie wymaga jednak aktywnego działania, co oznacza, że musi być wyraźna (z pewnością nie może być domniemana lub dorozumiana), a ponadto odbiorca powinien być świadomy tego, że udziela zgody, oraz tego, na co takiej zgody udziela.²⁵⁸ Dodatkowo zakres zgody powinien być dokładnie określony (choć może zostać udzielona również tzw. zgoda blankietowa, która dotyczy ogółu informacji handlowych pochodzących od konkretnego nadawcy).²⁵⁹ Nie budzi wątpliwości fakt, że zgoda stanowi oświadczenie woli, na skutek czego zastosowanie znajdują do niej regulacje zawarte w Kodeksie cywilnym, a dotyczące m.in. wykładni, wad oraz chwili złożenia oświadczeń woli.²⁶⁰ Zgodnie z zasadami ogólnymi prawa cywilnego ciężar dowodowy w zakresie okoliczności wyrażenia, bądź też nie, zgody przez usługobiorcę spoczywa na nadawcy.²⁶¹

Ciekawym zagadnieniem jest kierowanie przez nadawcę do odbiorcy wiadomości z pytaniem o to, czy zgadza się on na otrzymywanie informacji handlowych na temat

²⁵⁴Wyrażenie „identyfikujący go adres elektroniczny” powinno być interpretowane jako każdy adres, a nie tylko jako ten, który w kategorii danych osobowych pozwala ustalić tożsamość odbiorcy; Por. G. Rączka, *Informacja handlowa...*, op. cit., s. 53-54.

²⁵⁵Art. 6 ust. 3 upk stanowi, że „posłużenie się telefonem, wizjofonem, telefaksem, pocztą elektroniczną, automatycznym urządzeniem wywołującym lub innym środkiem komunikacji elektronicznej w celu złożenia propozycji zawarcia umowy może nastąpić wyłącznie za uprzednią zgodą konsumenta”.

²⁵⁶Należy dodać, że na gruncie usude przyjęto tzw. „powszechny” model *opt-in*, co oznacza, że nie ma znaczenia, kto jest odbiorcą informacji. Może nim być konsument lub każdy inny podmiot (np. przedsiębiorca); Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 118.

²⁵⁷Por. G. Rączka, *Informacja handlowa...*, op. cit., s. 54.

²⁵⁸Nie będzie w związku z tym udzieleniem zgody udostępnienie przez wykładowcę uniwersyteckiego swojego adresu mailowego na stronie internetowej któregoś z uniwersytetów; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 118 i n., D. Kasprzycki, *Spam, czyli niezamawiana komercyjna poczta elektroniczna. Zagadnienia cywilnoprawne*, Kraków 2005, s. 185 oraz G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 110.

²⁵⁹J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 121.

²⁶⁰G. Rączka, *Ochrona konsumentów...*, op. cit., s. 31.

²⁶¹Por. art. 6 KC.

określonego produktu lub określonej usługi, czy też z pytaniem o to, czy wyraża zgodę na otrzymywanie w przyszłości informacji bez wskazywania, czego miałyby one konkretnie dotyczyć.²⁶² W doktrynie powszechnie przyjmuje się, że takie wiadomości już same w sobie stanowią niezamówioną informację handlową (w pierwszej sytuacji mającą na celu promowanie danego produktu lub usługi, zaś w drugim przypadku samego podmiotu wysyłającego).²⁶³

W literaturze często spotykana jest opinia, że ustanowiony w art. 10 uśude zakaz przesyłania niezamówionej informacji handlowej stanowi zakaz rozsyłania komunikatów określanych mianem *spamu*²⁶⁴, czyli tzw. *spammingu*.²⁶⁵ Należy jednak podkreślić, że „spam z definicji to niezamówiona informacja handlowa, lecz nie każdą niezamówioną informację handlową można uznać za spam”.²⁶⁶ Istota *spammingu* przejawia się bowiem w przesyłaniu dużej ilości niezamówionych informacji, podczas gdy niezamówioną informacją handlową według uśude czy też dyrektywy 2000/31/WE będzie już przesłanie pojedynczej wiadomości.²⁶⁷ Stanowisko takie wyraziła między innymi OECD (*Organisation for Economic Cooperation and Development*).²⁶⁸

Zjawisko *spammingu*²⁶⁹ jest jedną z form, którą może przybrać marketing bezpośredni. Jako jej zalety przedstawia się najczęściej mały koszt i wysoki stopień skuteczności (powiązany z bardzo dużym zasięgiem Internetu). Nie można jednak zapominać o tym, że dla odbiorców *spamming* jest w dużej mierze uciążliwy. Naraża ich między innymi na stratę czasu, pieniędzy, blokadę kont pocztowych i miejsca na twardych dyskach. Ponadto

²⁶²Przykładem może być wiadomość z dnia 5 marca 2010 r. o następującej treści: „Szanowni Państwo! W związku z wymogami ustawy z dnia 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144 z 9 września 2002 r., poz. 1204), chciałbym uzyskać Pana/Pani zgodę na przesłanie informacji dotyczącej oferty finansowej db kredyt – nowej linii biznesowej Deutsche Bank PBC S.A. Propozycja została przygotowana z myślą o reprezentowanej przez Pana/Panią grupie zawodowej i dotyczy kredytu gotówkowego do kwoty 130.000 PLN. Jeśli wyraża Pan/Pani zgodę na przesłanie informacji o ofercie db kredyt – uprzejmie proszę o e-mail zwrotny, przekonacie się Państwo jak szybko i komfortowo można załatwić formalności. Z poważaniem, Piotr Zwiercan, tel 515227185, Doradca ds. Sprzedaży Produktów Bankowych Deutsche Bank”; Przykład zaczerpnięty z doświadczenia własnego Autorki.

²⁶³Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 121, Odmienne stanowisko wyraził jednak D. Kasprzycki; Por. D. Kasprzycki, *Spam, czyli...*, op. cit., s. 201.

²⁶⁴Spam można definiować jako elektroniczne wiadomości przesyłane do osób, które sobie tego nie życzą, np. za pośrednictwem poczty elektronicznej, usenetu czy smsów. Wyróżnia się przy tym spam komercyjny (o charakterze reklamowym, *Unsolicited Commercial Email* – UCE) oraz spam niekomercyjny (np. łańcuszki szczęścia, *Unsolicited Bulk Email* – UBE); Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 19.

²⁶⁵Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 114; J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 111.

²⁶⁶A. Krochmal-Węgrzyn, *Spam - użycie...*, op. cit., s. 40.

²⁶⁷Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 114.

²⁶⁸Por. A. Krochmal-Węgrzyn, *Spam - użycie...*, op. cit., s. 40.

²⁶⁹Por. uwagi na temat *spammingu* poczynione w rozdziale 3. niniejszej pracy.

często przesyłanie niezamówionej informacji handlowej powoduje naruszenie sfery życia prywatnego, a także innych dóbr osobistych.²⁷⁰

Odpowiedzialność nadawców za przesyłanie niezamówionej informacji handlowej wbrew ustanowionemu w art. 10 uśude zakazowi reguluje art. 24 uśude. Czyn taki stanowi wykroczenie ścigane na wniosek pokrzywdzonego i jest zagrożony karą grzywny (do 5000 zł).²⁷¹ Naruszenie zaś art. 6 ust. 3 upk rodzi odpowiedzialność deliktową na gruncie KC, jako że w samej upk brak jest odpowiedniej sankcji w tym zakresie. Ponadto odbiorcy niezamówionej informacji handlowej są chronieni przez postanowienia Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a dokładnie przez instrumenty przewidziane w jej art. 18.²⁷²

Więcej na temat problematyki spamu zostanie powiedziane w kolejnym rozdziale poświęconym zagadnieniu ochrony dóbr osobistych usługobiorców usług świadczonych drogą elektroniczną.

C) Obowiązki informacyjne wobec konsumenta na gruncie ustaw komplementarnych do uśude

Poza art. 9 uśude (który odnosi się nie tylko do stosunków przedsiębiorca-konsument) w obrocie mieszanym zastosowanie znajdzie **art. 9 ust. 1 upk** rozszerzający zakres obowiązków informacyjnych ciążących na usługodawcy. Dotyczy on wszystkich umów łączących przedsiębiorców z konsumentami, które są zawierane na odległość, przy czym nie ma tu znaczenia sposób zawarcia transakcji.

Większa liczba informacji, których przedsiębiorcy są zobowiązani udzielić konsumentom, wynika z tego, że konsument uważany jest za „słabszą” stronę stosunku prawnego, wobec czego uznaje się, że powinien być w szczególny sposób chroniony (a przede wszystkim, że powinno mu się zapewnić możliwość identyfikacji przedsiębiorcy, z którym zamierza zawrzeć umowę).²⁷³

²⁷⁰Por. rozdział 3. niniejszej pracy.

²⁷¹Por. art. 24 uśude.

²⁷²Mogą więc kierować do nadawcy następujące roszczenia: o zaniechanie niedozwolonych działań, o usunięcie skutków niedozwolonych działań, o złożenie stosownego oświadczenia, o odszkodowanie i wydanie bezpodstawnie uzyskanych korzyści oraz o nawiązkę na wskazany w ustawie cel społeczny; Por. art. 18 uznk (DzU z 2003 r., nr 153, poz. 1503).

²⁷³Por. uwagi zawarte w podrozdziale 2.1. niniejszej pracy.

Zgodnie z brzmieniem art. 9 ust. 1 upk²⁷⁴ konsument powinien zostać poinformowany, przy użyciu środka porozumiewania się na odległość, najpóźniej w chwili złożenia mu propozycji zawarcia umowy, dodatkowo między innymi²⁷⁵: o nazwie i siedzibie przedsiębiorcy, istotnych właściwościach świadczenia, prawie odstąpienia od umowy, miejscu i sposobie składania reklamacji oraz o cenie i zasadach jej spłaty. Informacje wymienione w art. 9 ust. 1 upk nazywane są zbiorczo **informacjami przedkontraktowymi**.²⁷⁶ Powinny one być sformułowane jednoznacznie, w sposób zrozumiały i łatwy do odczytania (art. 9 ust. 2 upk).²⁷⁷ Spełnienie powyższych wymagań w przypadku umów zawieranych przez Internet będzie mogło polegać między innymi na zapewnieniu przejrzystości strony internetowej, którą posługują się strony w celu nawiązania stosunku prawnego.²⁷⁸

G. Rączka podkreśla, że „przedsiębiorca ma obowiązek spontanicznego udzielenia konsumentowi wszelkich informacji wymaganych prawem, a nie jedynie stworzenia możliwości zapoznania się z nimi”, dlatego też „niedopuszczalne będzie stosowanie odesłań jako metody zapoznawania konsumenta z informacjami”.²⁷⁹

Ponadto przedsiębiorca jest zobowiązany do **pisemnego potwierdzenia**²⁸⁰ warunków umów najpóźniej w momencie rozpoczęcia spełniania świadczenia (art. 9 ust. 3 upk).²⁸¹ Jest to o tyle istotne, że w przypadku umów zawieranych drogą elektroniczną często stosuje się nietrwałe przekazy, takie jak zapis na monitorze komputera, na skutek czego, w przypadku braku obowiązku pisemnego potwierdzenia, konsument mógłby mieć problemy

²⁷⁴Na marginesie można dodać, że jeszcze szerszy katalog informacji, do których podania zobowiązany jest przedsiębiorca wprowadza art. 16b ust. 1 upk dotyczący zawierania na odległość umów w przedmiocie świadczenia usług finansowych.

²⁷⁵Pełen zakres informacji, jakie musi przekazać konsumentowi usługodawca na podstawie tego artykułu obejmuje: imię i nazwisko (nazwę), adres zamieszkania (siedziby) przedsiębiorcy oraz organ, który zarejestrował działalność gospodarczą przedsiębiorcy, numer, pod którym przedsiębiorca został zarejestrowany, istotne właściwości świadczenia i jego przedmiotu, cenę lub wynagrodzenie wraz ze wszystkimi ich składnikami (w szczególności clami i podatkami), zasady zapłaty ceny lub wynagrodzenia, koszty oraz termin i sposób dostawy, prawo odstąpienia od umowy w terminie 10 dni (ze wskazaniem określonych wyjątków), koszty wynikające z korzystania ze środków porozumiewania się na odległość (jeżeli są one skalkulowane inaczej niż według normalnej taryfy), termin, w jakim oferta lub informacja o cenie mają charakter wiążący, minimalny okres, na jaki ma być zawarta umowa o świadczenie ciągle lub okresowe, miejsce i sposób składania reklamacji oraz prawo wypowiedzenia umowy; Por. art. 9 ust. 1 pkt 1-11 upk.

²⁷⁶Por. W. Kocot, *Nowe zasady...*, op. cit., s. 49.

²⁷⁷Jednoznaczność dotyczy treści przekazu. Zrozumiałość jest zaś związana z jego formą i postacią; Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 196.

²⁷⁸Por. P. Litwiński, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 269.

²⁷⁹G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 196.

²⁸⁰Warto zaznaczyć, że obowiązek pisemnego potwierdzenia zostanie wypełniony również w przypadku przekazania informacji przez usługodawcę w postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym; Por. art. 78 § 2 KC.

²⁸¹Przy czym brak pisemnego potwierdzenia ze strony przedsiębiorcy skutkuje przedłużeniem terminu odstąpienia od umowy przez konsumenta – do 3 miesięcy (zamiast 10 dni) od dnia wydania rzeczy lub zawarcia umowy mającej za przedmiot usługę; Por. art. 10 ust. 2 upk.

z udowodnieniem treści umowy w późniejszym czasie (lub też mógłby wręcz zostać tej możliwości całkowicie pozbawiony).²⁸²

Co ciekawe, niewywiązanie się przez przedsiębiorcę z obowiązków informacyjnych wobec konsumenta (podobnie jak zaniechanie dopełnienia obowiązków informacyjnych uregulowanych w uśdzie przez usługodawcę wobec usługobiorców) nie zostało objęte żadną sankcją w upk. Tym samym należy przyjąć, że w takiej sytuacji odpowiedzialność odszkodowawcza przedsiębiorcy będzie kształtowała się na zasadach ogólnych.²⁸³

W tym miejscu warto również wspomnieć o innym ważnym instrumencie chroniącym konsumentów, który gwarantuje upk, a mianowicie o prawie odstąpienia od umowy. Jego szczegółowa analiza wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

Warto dodać, że szczególne obowiązki wiążące się z zakresem informacji dotyczącej ceny nakładają na sprzedawcę także usk oraz **Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach**²⁸⁴. Wprowadzają one wymóg podania, poza ceną oferowanego przez siebie towaru, także jego ceny jednostkowej (przy czym obowiązek ten dotyczy również zamieszczania cen w materiałach reklamowych).²⁸⁵

2.3. Ochrona danych osobowych konsumentów-usługobiorców

Rosnące znaczenie transakcji zawieranych w obrocie elektronicznym przekłada się na coraz większe nasilenie działań marketingowych prowadzonych w Internecie, a co z tym idzie na coraz większą potrzebę zapewnienia ochrony usługobiorcom usług świadczonych drogą elektroniczną (a wśród nich przede wszystkim konsumentom). Ciągłe doskonalenie systemów wyszukiwawczych, wykorzystywanie techniki *cookies*, stosowanie oprogramowania pozwalającego na pomiar częstotliwości odwiedzania określonych stron internetowych itp. stwarzają zarazem nowe szanse dla usługodawców i nowe zagrożenia dla usługobiorców związane z gromadzeniem i przetwarzaniem danych osobowych.²⁸⁶

Podstawowy przepis odnoszący się do problematyki ochrony danych osobowych znajduje się w **Konstytucji** Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. Jej art. 51 stanowi, że „każdy człowiek ma prawo do sprawowania kontroli nad własnymi danymi osobowymi poprzez

²⁸²X. Konarski, *Ochrona konsumenta...*, op. cit., s. 79.

²⁸³Por. Katarzyna Kurzępa-Dedo, *Uprawnienia konsumentów przy zawieraniu umów za pośrednictwem Internetu*, [w:] *Prawne aspekty e-biznesu*, pod red. W. Mendysa, Rzeszów 2005, s. 60.

²⁸⁴Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (DzU z 2001 r., nr 97, poz. 1050).

²⁸⁵G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 63.

²⁸⁶Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 224.

dostęp do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych”. Prawo to może jednak zostać ograniczone w drodze postanowień ustawowych.

Specyfika korzystania z nowych technologii w procesie komunikacji na odległość i pojawiające się wraz z jej rozwojem kolejne zagrożenia wpłynęły na decyzję ustawodawcy o uregulowaniu w odrębnym akcie prawnym zagadnień ochrony danych osobowych w tej dziedzinie.²⁸⁷ Zawarte w rozdziale 4. uśude przepisy (art. 16-22) regulujące zasady ochrony danych osobowych w związku ze świadczeniem usług drogą elektroniczną stanowią *lex specialis* wobec **Ustawy z dnia 19 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych**. Nie ma więc wątpliwości, że pojęcia wypracowane w odniesieniu do uodo zachowują aktualność i to samo znaczenie również na gruncie uśude.

Zawarcie w uśude postanowień dotyczących tematyki danych osobowych wzbudza kontrowersje w doktrynie.²⁸⁸ Dlatego też grupa robocza zajmująca się obecnie nowelizacją uśude zastanawia się nad usunięciem większości tych przepisów z ustawy. Przykładowo W. Wiewiórowski wskazuje cały rozdział 4. jako „szczególnie dobitny przykład martwych przepisów” uśude.²⁸⁹

Można dodać, za P. Podreckim, że przepisy uśude „znajdą zastosowanie zawsze wtedy, gdy prowadzona działalność, z którą związane jest przetwarzanie danych osobowych, stanowi świadczenie usług drogą elektroniczną w rozumieniu art. 2 pkt 4 uśude”.²⁹⁰ Przy czym uśude wprowadza znaczne zawężenie (w porównaniu z uodo) dopuszczalności wykorzystania danych osobowych zgromadzonych w trakcie świadczenia usług drogą elektroniczną.

Art. 17 uśude stanowi, że „dane osobowe usługobiorcy mogą być przetwarzane przez usługodawcę w celu i zakresie określonym w niniejszej ustawie”. Takie cele zostały określone w art. 18. Samo przetwarzanie danych osobowych definiuje uodo w art. 7 ust. 2 jako jakiegokolwiek operacje (zwłaszcza te, które wykonuje się w systemach teleinformatycznych) wykonywane na danych osobowych, takie jak: zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie.

Ochronie przewidzianej w uśude podlegają, na mocy art. 16 ust. 2, wszelkie dane osobowe, bez względu na to, czy są gromadzone w zbiorach, czy też nie.²⁹¹

²⁸⁷Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 224.

²⁸⁸Por. rozdział 1. niniejszej pracy.

²⁸⁹Podobny zarzut autor stawia w odniesieniu do tzw. przepisów antyspamowych, o których była mowa w poprzednim podrozdziale; W. Wiewiórowski, *Wylączenie odpowiedzialności usługodawcy świadczącego usługę drogą elektroniczną za niektóre rodzaje usług (uwagi de lege ferenda)*, GSP 2009, tom XXI, s. 200.

²⁹⁰P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 227.

²⁹¹Zbiór danych to posiadające strukturę zestawienie danych odstępných według co najmniej jednego kryterium wyszukiwawczego. Dane osobowe natomiast to każda informacja dotycząca osoby fizycznej pozwalająca na

Analizując **art. 18 uśude**, można podzielić dane osobowe przetwarzane przez usługodawcę na trzy kategorie²⁹²:

- a) **dane stałe** (przewidziane w art. 18 ust. 1) niezbędne do nawiązania, ukształtowania treści, zmiany lub rozwiązania stosunku prawnego (np. nazwisko i imiona, PESEL, adres usługodawcy),
- b) **dane eksploatacyjne**²⁹³ (przewidziane w art. 18 ust. 5) pozyskiwane automatycznie przez system teleinformatyczny i charakteryzujące sposób korzystania przez usługobiorcę z usługi świadczonej drogą elektroniczną (np. oznaczenia identyfikujące usługobiorcę, informacje o rozpoczęciu, zakończeniu oraz zakresie każdorazowego korzystania z usługi świadczonej drogą elektroniczną),
- c) **dane rozliczeniowe**, pozwalające na rozliczenie usługi z konsumentem, których przetwarzanie stanowi wyjątek od generalnego zakazu przetwarzania danych osobowych po zakończeniu korzystania z usług przez usługobiorcę (np. numer NIP niezbędny w celu wystawienia faktury).

Ochronę konsumenta gwarantuje przede wszystkim wymóg uzyskania jego **zgody na rozszerzenie zakresu przetwarzanych danych osobowych**.²⁹⁴

Usługodawca może przetwarzać dane osobowe usługobiorcy w określonych ramach czasowych wyznaczonych w **art. 19 uśude**, a więc tylko przez okres korzystania z usługi. Po zakończeniu korzystania z usługi przetwarzane mogą być jedynie dane niezbędne do rozliczenia usługi lub dochodzenia roszczeń w tym zakresie (art. 19 ust. 2 pkt 1), dane związane z niedozwolonym korzystaniem z usługi (art. 19 ust. 2 pkt 3), dane dopuszczone do przetwarzania na podstawie odrębnych ustaw lub umowy (art. 19 ust. 2 pkt 4) oraz dane niezbędne do celów reklamowych oraz badawczych (art. 19 ust. 2 pkt 2), przy czym te ostatnie przetwarzane można wyłącznie za zgodą²⁹⁵ usługobiorcy.²⁹⁶

Warto podkreślić, że art. 17-19 uśude przewidują wyższy poziom ochrony niż uodo. Powinny być w związku z tym stosowane z pierwszeństwem wobec niej.²⁹⁷

określenie tożsamości tej osoby; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 137 i n. oraz art. 6 uodo.

²⁹²Podział przyjęty za G. Rączką; Por. G. Rączka, *Ochrona konsumentów...*, op. cit., s. 35.

²⁹³Więcej na temat danych eksploatacyjnych (ang. *traffic data*) w rozdziale 3. niniejszej pracy.

²⁹⁴Por. G. Rączka, *Ochrona konsumentów...*, op. cit., s. 35.

²⁹⁵Z art. 4 uśude wynika, że zgoda taka nie może być dorozumiana ani domniemana. Ponadto może zostać odwołana w każdym czasie przez usługobiorcę.

²⁹⁶Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 150 i n.

²⁹⁷Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 225.

Dodatkową podstawą przetwarzania danych osobowych usługobiorcy jest brzmienie **art. 21 ust. 1 uśude**, zgodnie z którym jest to możliwe (jednakże tylko w niezbędnym zakresie) w przypadku uzyskania przez usługodawcę wiadomości o korzystaniu przez usługobiorcę z usługi świadczonej drogą elektroniczną niezgodnie z regulaminem (w rozumieniu art. 8 uśude) lub z obowiązującymi przepisami (pod warunkiem utrwalenia dla celów dowodowych faktu uzyskania oraz treści tych wiadomości). Zgodnie z ust. 2 niniejszego artykułu „usługodawca **może** powiadomić usługobiorcę o jego nieuprawnionych działaniach z żądaniem ich niezwłocznego zaprzestania, a także o skorzystaniu z uprawnienia, o którym mowa w ust. 1”.

Istnieją sytuacje, w których **usługodawca może odmówić świadczenia usługi drogą elektroniczną** na skutek niedostępności przez usługobiorcę określonych danych osobowych. Aby było to dopuszczalne, muszą jednak zostać spełnione następujące przesłanki: przetwarzanie tych danych jest niezbędne (ze względu na sposób funkcjonowania systemu teleinformatycznego lub właściwość usługi) albo wynika z odrębnych ustaw (art. 22 ust. 1 uśude). W ust. 2 art. 22 uregulowano z kolei **prawo do anonimowości** usługobiorcy.

W art. 20 uśude usługodawca uregulował specyficzne **obowiązki informacyjne** ciążące na usługodawcy, który przetwarza dane osobowe usługobiorcy. Ma on mianowicie obowiązek zapewnienia usługobiorcy stałego i łatwego dostępu²⁹⁸ (za pomocą sieci teleinformatycznej, którą się posługuje) do informacji dotyczących możliwości korzystania z usługi świadczonej drogą elektroniczną anonimowo lub z wykorzystaniem pseudonimu, informacji o środkach technicznych zapobiegających ingerencji w dane osobowe przez osoby nieuprawnione oraz o podmiocie, któremu powierza przetwarzanie danych, a także o ich zakresie i zamierzonym terminie przetwarzania.

Pozostałe zagadnienia związane z przetwarzaniem danych osobowych zostaną omówione w następnym rozdziale dotyczącym naruszeń dóbr osobistych usługobiorców w procesie świadczenia usług drogą elektroniczną i związanych z nimi środków ochrony.

2.4. Tendencje i projektowane zmiany w zakresie ochrony konsumenta-usługobiorcy

W uwagach ogólnych do niniejszego rozdziału była mowa o rosnącej roli transakcji zawieranych w obrocie elektronicznym pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami.

²⁹⁸Np. w postaci odnośnika do strony internetowej.

Potwierdzają to wnioski przedstawione w raporcie IDATE²⁹⁹ *Digital Yearbook 2008*, dotyczące prawdopodobnego trzykrotnego wzrostu (względem stanu na dzień dzisiejszy) zysków ze sprzedaży *on-line*³⁰⁰ na rynku wspólnotowym w 2010 r. Mają one wynieść 221 mld euro.³⁰¹

Należy jednak zaznaczyć, że poziom sprzedaży w ramach obrotu elektronicznego jest wciąż zdecydowanie niższy niż w obrocie tradycyjnym. Szczególnie niski jest odsetek konsumentów, którzy decydują się na zawarcie tzw. elektronicznej transakcji transgranicznej.³⁰² Spowodowane jest to różnymi przyczynami, spośród których na wyszczególnienie zasługuje mniejsze zaufanie do przedsiębiorców, którzy mają siedzibę zagranicą. 56% badanych konsumentów wskazało bowiem na zagrożenia związane z **prawdopodobieństwem nienależytego przestrzegania przez zagranicznych przedsiębiorców przepisów prawa konsumenckiego.**³⁰³

Analizując wyniki powyższych badań, Komisja Europejska zdecydowała się na podjęcie dalszych prac w zakresie harmonizacji przepisów konsumenckich w obszarze UE. Stwierdzono, że istniejące regulacje (zawarte m.in. w dyrektywie 97/7/WE oraz w dyrektywie 2002/65/WE) stały się nieaktualne wobec **nowych wyzwań** związanych z rosnącą rolą transakcji internetowych oraz pojawieniem się nowych praktyk marketingowych.³⁰⁴

Komisja wypracowała więc w pierwszym rzędzie dokument roboczy *Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis*, w dniu 6 listopada 2007 r. Zawarto w nim opinie wielu środowisk, w tym polityków unijnych, przedstawicieli nauki, prawników oraz różnych organizacji reprezentujących przedsiębiorców i konsumentów. Niecały rok później, w dniu 8 października 2008 r., Komisja Europejska przedstawiła projekt nowego horyzontalnego aktu wspólnotowego – **Dyrektywy o prawach konsumenta.**³⁰⁵ Projekt dyrektywy zakłada dostosowanie istniejących dyrektyw do ochrony

²⁹⁹ *Institut de l'audiovisuel et des télécommunications en Europe* to instytucja zajmująca się prowadzeniem badań rynkowych i doradztwem dla europejskiego sektora telekomunikacyjnego i tynku cyfrowego; Por. A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 47.

³⁰⁰ Z raportu wynika, że najbardziej popularnymi towarami kupowanymi za pośrednictwem sieci Internet są m.in. różnego rodzaju bilety, książki, płyty CD i wycieczki; Za: A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 47.

³⁰¹ Raport dostępny pod adresem <http://www.idate.fr> (data dostępu: 27.03.2010); Za: A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 47.

³⁰² Badania przeprowadzone na początku 2008 r. przez Eurobarometr (ośrodek badań opinii publicznej prowadzonych na zlecenie Komisji Europejskiej) pokazały, że 33% konsumentów w UE zdecydowało się na zakup przynajmniej jednego towaru przez Internet, podczas gdy tylko 7% kupiło tą drogą przynajmniej jeden towar od przedsiębiorcy prowadzącego działalność w innym państwie członkowskim; Za: A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 48.

³⁰³ A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 48-49.

³⁰⁴ *Zielona księga w sprawie przeglądu dorobku wspólnotowego w dziedzinie praw konsumenta*, COM (2006); Za: A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 49.

³⁰⁵ Tekst projektowanej dyrektywy można znaleźć pod adresem

konsumenta biorącego udział w transakcjach internetowych.³⁰⁶ Ma ona zastąpić dyrektywy: 85/577/WE, 93/13/WE, 97/7/WE oraz 1999/44/WE i zapewnić pełną harmonizację (szczególnie w zakresie obowiązków informacyjnych względem konsumenta, prawa odstąpienia od umowy, szczególnych praw konsumenta związanych z zawieraniem umowy sprzedaży, a także nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich).³⁰⁷

Nowy akt prawny ma zapewnić wysoki poziom ochrony konsumenta zawierającego umowę na odległość bądź poza lokalem przedsiębiorstwa. Podejście takie opiera się na założeniu, że do tej pory fragmentacja regulacji konsumenckich oraz wynikające z niej zróżnicowanie poziomu ochrony konsumenta w porządkach prawnych poszczególnych państw członkowskich³⁰⁸ było związane z obowiązywaniem klauzuli harmonizacji minimalnej (zawartej w dyrektywach konsumenckich), a tym samym ze zbyt dużym zakresem swobody³⁰⁹, jaki pozostawiono krajom co do normowania powyższej kwestii.³¹⁰ Ponadto podkreśla się, że dotychczasowe sektorowe podejście do regulacji konsumenckich znacznie skomplikowało ramy prawne, tworząc dużą ilość nakładających się przepisów.³¹¹

Na koniec rozważań dotyczących nowej dyrektywy należy dodać, że nie będzie ona chroniła jedynie konsumenta. Ustawodawca unijny dostrzegł bowiem również konieczność **ochrony profesjonalisty** (przede wszystkim w sytuacji, gdy nie jest w stanie zapewnić realizacji wszystkich zamówień składanych drogą elektroniczną).³¹²

http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive_final_EN.pdf (data dostępu: 27.03.2010).

³⁰⁶Por. P. Polański, *Problemy z modelem ochrony konsumenta w transakcjach internetowych*, PNT 2008, nr 4, s. 18.

³⁰⁷Por. A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 52 i n.

³⁰⁸Przykładowo, przyjęty przez większość państw członkowskich termin odstąpienia od umowy wynosi 7 dni. Niektóre państwa, w tym Polska, przewidziały jednak dłuższy, 10-dniowy termin. Jeszcze inne wydłużyły go do 14 dni; Por. P. Polański, *Problemy z modelem...*, op. cit., s. 7.

³⁰⁹Na skutek tego w UE obowiązuje odmienne definicje konsumenta, różne okresy odstąpienia od umowy zawieranej na odległość itd.

³¹⁰Por. A. Jaroszek, *Prawo właściwe...*, op. cit., s. 53 i n.

³¹¹Według Komisji Europejskiej „skutkiem różnic w przepisach dla rynku wewnętrznego jest niechęć przedsiębiorstw do sprzedaży transgranicznej na rzecz konsumentów, co z kolei ma negatywne skutki dla samych konsumentów”; KOM(2008) 614 wersja ostateczna, Bruksela, 08.10.2008; Za: P. Polański, *Problemy z modelem...*, op. cit., s. 7.

³¹²Por. P. Polański, *Problemy z modelem...*, op. cit., s. 18.

2.5. Podsumowanie

Przełamanie obaw konsumentów związanych z wykorzystywaniem nowych technologii, zrozumienie globalnego charakteru obrotu elektronicznego, a także odpowiednie działania legislacyjne są **kluczowymi czynnikami rozwoju handlu elektronicznego**.³¹³

Wydaje się, że istniejące regulacje prawne (w szczególności uśude i upk) chroniące konsumentów będących stroną umów zawieranych na odległość, a przede wszystkim tych zawieranych w obrocie elektronicznym, **w miarę dobrze pełnią swoją rolę na rynku wewnętrznym**. Dzięki szerokiemu zakresowi oraz kazuistycznemu uregulowaniu obowiązków informacyjnych ciążących na usługodawcy konsument-usługobiorca jest lepiej zorientowany i ma szansę podejmować decyzje w pełni świadomie. Wybór przez polskiego ustawodawcę modelu *opt-in* w kwestii przesyłania niezamówionej informacji handlowej również należy oceniać pozytywnie. Wymóg uzyskania zgody konsumenta chroni go bowiem w zdecydowanie większym stopniu, niż dzieje się to w przypadku systemu *opt-out*.

Należy jednak pamiętać, że uśude, pomimo tego, że w dużej mierze realizuje postulaty konsumenckie, „nie stanowi (...) specjalnego instrumentu ochrony interesów konsumentów, tj. nie różnicuje ochrony ze względu na status strony umowy – konsumenta, nie wprowadza szczególnego systemu ochrony konsumentów w odniesieniu do umów świadczonych drogą elektroniczną”.³¹⁴ Dlatego też ustawa znajduje zastosowanie nie tylko do stosunków prawnych pomiędzy usługodawcami a konsumentami, lecz także pomiędzy usługodawcami a wszelkimi innymi usługobiorcami. Z drugiej strony często do umów zawieranych z konsumentami na odległość będą stosowane jednocześnie przepisy upk oraz uśude (ustawy te są bowiem wobec siebie komplementarne).

Na pozytywną ocenę zasługuje zamieszczenie w uśude art. 11, który pozwala na stosowanie w sprawach w niej nieuregulowanych przepisów KC. Rozwiązania przewidziane w KC zdają się bowiem być wystarczające w wielu kwestiach dotyczących handlu elektronicznego (np. zgody i jej wykładni czy też wad elektronicznych oświadczeń woli). Warto ponadto zauważyć, za G. Rączką, że „odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego umożliwia wykorzystanie całego dorobku prawnego powstałego na ich tle, a będącego udziałem judykatury oraz doktryny prawa”.³¹⁵

³¹³Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 311.

³¹⁴S. Stanisławska-Kloc, *Świadczenie usług drogą elektroniczną – aspekty konsumenckie*, [w:] *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, pod red. E. Nowińskiej i P. Cybuli, Kraków 2005, s. 303.

³¹⁵G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 312.

Nie można jednak nie dostrzegać **istotnych wad obowiązujących przepisów**, wśród których rzucają się w oczy przede wszystkim niefortunne sformułowanie „informacja handlowa” oraz „martwe” postanowienia dotyczące gromadzenia i przetwarzania danych osobowych usługobiorców. W pierwszej kwestii koniecznym zdaje się zastąpienie tego wyrażenia innym terminem – np. „komunikacja handlowa” (jest to zresztą dosłowne tłumaczenie pojęcia *commercial communication* użytego w dyrektywie 2000/31/WE). Z kolei przepisy uśude dotyczące danych osobowych, jako, jak podkreśla się w doktrynie³¹⁶, w dużej mierze stanowiące zbędne superfluum wobec uodo, niedbale zredagowane, a ponadto nie znajdujące zastosowania praktycznego, powinny zostać gruntownie znowelizowane, jeśli nie usunięte całkowicie z uśude.³¹⁷ Oba powyższe zagadnienia są przedmiotem dyskusji przy okazji obecnych prac nad nowelizacją uśude.

Negatywnie trzeba też ocenić niewłączenie do uśude przesłanki stałego dostępu do informacji przekazywanych przez usługodawcę usługobiorcom. Mimo iż większość autorów twierdzi, że wymóg ten jest aktualny również w polskim porządku prawnym ze względu na konieczność interpretowania krajowych przepisów w świetle aktów wspólnotowych, brak wyraźnego wskazania obowiązku zapewnienia stałego dostępu należy uznać za istotną lukę prawną, która wymaga uzupełnienia.

Trzeba też pamiętać o postanowieniach zawartych w ustawach komplementarnych do uśude, przede wszystkim zaś w upk. W literaturze podkreśla się, że unormowanie kwestii ochrony konsumentów w kilku aktach prawnych, w sposób sektorowy, pociąga za sobą negatywne konsekwencje w postaci niejasności regulacji i problemów z ich stosowaniem.³¹⁸

Należy jednak zauważyć, że nawet funkcjonujące bez najmniejszych zarzutów **ustawodawstwo krajowe nie będzie wystarczające**. Palącą potrzebą jest uregulowanie w możliwie jednolity sposób kwestii ochrony konsumenta na arenie międzynarodowej. Cechy charakterystyczne Internetu, przede wszystkim zaś jego globalność, rodzą **konieczność wypracowania międzynarodowych aktów prawnych** regulujących różne aspekty jego funkcjonowania, w tym także ochronę interesów konsumentów-usługobiorców usług świadczonych drogą elektroniczną. Tylko działania na skalę światową pozwolą usunąć bariery rozwoju transgranicznego handlu elektronicznego, zapewniając zarazem odpowiednie (a przede wszystkim pewne i bezpieczne) środowisko prawne zarówno dla przedsiębiorców,

³¹⁶Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 316 i W. Wiewiórowski, *Wyłączenie odpowiedzialności...*, op. cit., s. 200.

³¹⁷W ramach ciekawostki można dodać, że już w 2002 r. (przed wejściem w życie uśude) J. Barta i R. Markiewicz wskazywali, że „mnożeniu norm mających na celu ochronę danych osobowych nie towarzyszy bynajmniej ich efektywność”; Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 73.

³¹⁸Por. P. Polański, *Problemy z modelem...*, op. cit., s. 7.

jak i dla konsumentów. Trzeba bowiem podkreślić, że obecnie internetowe transakcje międzynarodowe są zjawiskiem marginalnym. Zdecydowana większość konsumentów decyduje się na zakup towarów i usług na rynkach lokalnych.³¹⁹

Szansą na zapewnienie jednoczesnego rozwoju handlu elektronicznego i instrumentów chroniących podmioty w nim uczestniczące są zarówno obecne działania Komisji Europejskiej dotyczące **nowej dyrektywy o prawach konsumenta**, jak i krajowe **prace nowelizacyjne nad uśude** mające na celu usunięcie jej istniejących mankamentów.

Trzeba zdawać sobie sprawę z tego, że „zachęcenie konsumentów do dokonywania zakupów w Internecie jest istotne ze względu na fakt, że to właśnie konsumenci w decydującej mierze przyczyniają się do rozwoju gospodarki elektronicznej”.³²⁰

³¹⁹Por. W. Szpringer, *Wybór prawa właściwego w cyberprzestrzeni na tle harmonizacji prawa umów w Unii Europejskiej*, PPH 2007, nr 12, s. 52.

³²⁰P. Polański, *Problemy z modelem...*, op. cit., s. 4.

3. Naruszenia dóbr osobistych w związku ze świadczeniem usług drogą elektroniczną

3.1. Uwagi ogólne

Katalog dóbr osobistych został ujęty w **art. 23 KC**, zgodnie z którym: „dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach”. Nie jest to jednak katalog zamknięty, na co wskazuje aktywność doktryny i judykatury w zakresie wypracowywania nowych rodzajów dóbr osobistych. W ten sposób wskazano na istnienie m.in. prawa najbliższej rodziny do pochowania zmarłego czy prawa przynależności do określonej płci.³²¹

Najczęściej przytaczaną w literaturze przedmiotu definicją dóbr osobistych jest ta wypracowana przez A. Szpunara. Zgodnie z jej brzmieniem: „dobra osobiste są **wartościami niemajątkowymi związanymi z osobowością człowieka, uznawanymi powszechnie w społeczeństwie**”.³²² Z. Radwański przyjmuje z kolei, że pojęcie dóbr osobistych należy rozumieć jako „uznane przez system prawny wartości (tj. wysoko cenione stany rzeczy), obejmujące fizyczną i psychiczną integralność człowieka, jego indywidualność oraz godność i pozycję w społeczeństwie, co stanowi przesłankę samorealizacji osoby ludzkiej”.³²³

Przesłanki i środki ochrony w przypadku naruszenia (bądź zagrożenia naruszeniem) określonego dobra osobistego zostały wskazane przede wszystkim w **art. 24 KC**³²⁴ Ponadto ochronę dóbr osobistych gwarantuje także Konstytucja, a w szczególności jej **art. 47**³²⁵, który stanowi, że „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”. Można również

³²¹Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy usług elektronicznych*, Toruń 2007, s. 136.

³²²A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 106.

³²³Z. Radwański, *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 2005, s. 160-161.

³²⁴Zgodnie z brzmieniem art. 24 KC: „ten, czyje dobro zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne. W razie dokonanego naruszenia może on także żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Na zasadach przewidzianych w kodeksie może on również żądać zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny”.

³²⁵Poza art. 47 Konstytucji można wymienić również jej art. 31 (wolność), art. 38 (życie), art. 41 (nietykalność osobista oraz prywatność), art. 50 (nienaruszalność mieszkania), art. 51 ust. 1 (anonimowość) oraz art. 49 (tajemnica komunikacji).

przytoczyć **art. 8 EKPCz**³²⁶, na mocy którego chroniona jest prywatność i tajemnica korespondencji osób korzystających z Internetu.³²⁷

Zgodnie z tym, co zostało już wielokrotnie powiedziane w niniejszej pracy, rozwój Internetu, a za nim wzrost znaczenia i ilości transakcji zawieranych drogą elektroniczną, poza licznymi zaletami ma również strony negatywne. Jedną z nich są nowe zagrożenia związane z problematyką dóbr osobistych, a w szczególności, jak podkreśla się w piśmiennictwie, z naruszeniem sfery prywatności (lub nawet sfery intymności). Przykładem niech będzie dobro osobiste, jakim jest tajemnica korespondencji, które może być z łatwością naruszone w Internecie (nietrudno zauważyć, że z przesłaniem w *e-mailu* treści zniesławiających związane jest dużo większe, niż w przypadku korespondencji tradycyjnej, prawdopodobieństwo zapoznania się z nimi osoby postronnej).³²⁸

M. Collins wyróżnia kilka cech charakterystycznych Internetu, które sprawiają, że stanowi on zupełnie nową formę komunikacji społecznej, mając jednocześnie ogromne znaczenie w kontekście naruszeń i ochrony dóbr osobistych. Są to:

- a) globalność (geograficzna nieookreśloność),
- b) specyficzna rola pośredników,
- c) łatwość wtórnego upowszechniania materiału komunikowanego (przez jego odbiorców),
- d) systemy odesłań przez tzw. hiperlinki,
- e) elastyczność form udostępniania materiału (słowa, obrazy, dźwięki itd.).³²⁹

Warto zaznaczyć, że bardzo często określone zjawisko występujące w Internecie może być postrzegane zarówno jako szansa, jak i zagrożenie. Wystarczy pomyśleć o wolności wypowiedzi.

³²⁶Art. 8 EKPCz stanowi, że: „1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

³²⁷Spośród postanowień Europejskiej Konwencji Praw Człowieka można wymienić również art. 9 (wolność myśli, sumienia i wyznania) oraz art. 10 (wolność wyrażania opinii).

³²⁸Warto dodać, że Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 czerwca 1983 r. (sygn. II CR 160/83) stwierdził, że zasięg przekazu telewizyjnego i masowość jego odbioru wymagają szczególnej ostrożności nadawcy i wystrzegania się bezprawnego naruszenia czyjejsz czci. Na tej podstawie można wnioskować, że również przy przesyłkach mailowych wymagany poziom ostrożności będzie wyższy; Por. A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych dóbr osobistych w Internecie*, [w:] *Media a dobra osobiste*, pod. red. J. Barty i R. Markiewicza, Warszawa 2009, s. 388.

³²⁹M. Collins, *The Law of Defamation and the Internet*, London 2005, s. 55 i n.; Za: A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 358 i n.

Z jednej strony wraz z upowszechnieniem się sieci internetowej jej użytkownicy zyskali nowe medium, które pozwala im publikować wypowiedzi oraz wyrażać swoje opinie na najróżniejsze tematy w sposób, na pozór, nieskrępowany. Tym samym Internet pozwala na realizację wolności wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji zagwarantowaną w **art. 54 Konstytucji**. Z tego punktu widzenia nowe medium „spełnia marzenia o wolnej, nieskrępowanej debacie publicznej i wolnym rynku idei”.³³⁰ Z drugiej jednak strony wskazuje się na to, że publikowane w Internecie wypowiedzi nie podlegają praktycznie żadnej weryfikacji. Trudno jest też pociągnąć do odpowiedzialności jej autora, jako że zwykle pozostaje on anonimowy (posługując się tzw. *nickiem*). Stwarza to niemałe prawdopodobieństwo naruszenia dóbr osobistych osób trzecich. Pojawia się więc konflikt dwóch wartości: prawa do informacji oraz prawa do prywatności.³³¹

W kontekście tytułu niniejszej pracy decydujące znaczenie mają jednak działania podejmowane w ramach świadczenia usług drogą elektroniczną. Omówione więc zostaną zjawiska, które stanowią zagrożenie dla tradycyjnie pojmowanych dóbr osobistych (takich jak wolność, nietykalność mieszkania, sfera życia prywatnego oraz dobre imię), a także całkowicie nowe możliwości naruszeń (np. naruszanie prywatności przy użyciu poczty elektronicznej lub *sniffing*, czyli przechwytywanie cudzej komunikacji w formie elektronicznej)³³², związane nierozdzielnie z handlem elektronicznym.

Świadomość istnienia zagrożeń związanych z uczestnictwem w obrocie elektronicznym oddziałuje negatywnie na potencjalnych usługobiorców usług świadczonych drogą elektroniczną, obniżając w znacznej mierze ich poziom zaufania do tego typu transakcji. To z kolei może przełożyć się na spowolnienie rozwoju handlu elektronicznego. Dlatego problematyka ochrony dóbr osobistych jest tak ważna zarówno dla usługodawców, jak i dla usługobiorców.

Nawiązując do wypowiedzi A. Kopffa sprzed niemalże 30 lat (lecz wciąż aktualnej), należy stwierdzić, że „bezpieczeństwo prawne wymaga, aby każdy człowiek mógł zdawać sobie sprawę z tego, czy jego zachowanie narusza dobra osobiste innych

³³⁰A. Młynarska-Sobaczewska, *Wolność wirtualnej wypowiedzi*, PiP 2008, nr 2, s. 50.

³³¹M. Safjan twierdzi, że konflikt dwóch praw podmiotowych, jakimi są prawo do prywatności i prawo do informacji jest cechą charakterystyczną współczesnych stosunków społecznych; Por. M. Safjan, *Prawo do prywatności a ochrona danych osobowych w społeczeństwie informatycznym*, PiP 2002, nr 6, s. 3 i n.; Z kolei według B. Michalskiego „ochrona czci nie może przekreślać wolności słowa, a wolność wypowiedzi nie może być wolnością zniesławień”; Por. B. Michalski, *Ochrona czci – próba rozwiązania*, Jurysta 1994, nr 1, s. 12; Za: K. Krupa, *Internet a dobra osobiste (uwagi o odpowiedzialności za treści na tzw. plotkarskich stronach internetowych)*, GSP, 2009, tom XXI, s. 32; Por. również E. Woch, *Sfera życia prywatnego i jej ochrona przed naruszeniami w Cyberprzestrzeni*, [w:] *Internet 2000. Prawo – ekonomia – kultura*, pod red. R. Skubisza, Lublin 2000, s. 71.

³³²Por. M. Wojtasik, *Naruszanie dóbr osobistych w Internecie*, RP 2001, nr 6, s. 42.

podmiotów”.³³³ Obecnie w literaturze wskazuje się z kolei, że „udział w handlu *on-line* wymaga od uczestnika znajomości zasad nowej technologii, jak i świadomości związanego z tym ryzyka naruszeń jego prywatności”.³³⁴

W poprzednim rozdziale pracy poruszone zostały zagadnienia *spammingu* i ochrony danych osobowych w kontekście ochrony konsumentów korzystających z usług świadczonych drogą elektroniczną. Obydwie te kwestie są kluczowe dla omówienia zagrożeń i instrumentów ochrony dóbr osobistych usługobiorców, należy więc dokonać ich analizy w tym aspekcie.

Dodatkowo omówione zostanie specyficzne uregulowanie odpowiedzialności usługodawców z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną zawarte w rozdziale 3. uśude, mające istotne znaczenie przy rozpatrywaniu zagadnienia naruszeń dóbr osobistych podmiotów trzecich (niekoniecznie będących usługobiorcami) w związku ze świadczeniem usług drogą elektroniczną.

3.2. *Spamming*

Przesyłanie niezamówionej informacji handlowej, a tym bardziej *spamming*,³³⁵ stanowi istotne zagrożenie dla takich dóbr osobistych odbiorców jak: wolność, cześć, wizerunek, tajemnica korespondencji czy dobre imię. Można wysnuć szerszy wniosek, zgodnie z którym rozsyłanie spamu zagraża w znacznym stopniu realizacji prawa do prywatności³³⁶ (tzw. *right to be alone*) przez poszczególnych usługobiorców. K. Kowalik-Bańczyk stwierdza, że „przesyłanie niezamawianych informacji handlowych stanowi (...) ingerencję w prywatność odbiorców, której nie da się uzasadnić swobodą przekazywania informacji”.³³⁷

³³³A. Kopff, *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, SC 1972, t. XX, s. 12; Za: G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 136.

³³⁴A. Wojciechowska, *Ochrona prywatności w handlu elektronicznym*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, Kraków 2005, s. 545.

³³⁵Różnice pomiędzy pojęciem nie zamówionej informacji handlowej a pojęciem *spammingu* zostały omówione w 2. rozdziale niniejszej pracy.

³³⁶Koncepcję prawa do prywatności i jego ochrony upowszechnił w polskiej nauce prawa A. Kopff. Wyróżnił on trzy sfery dóbr osobistych: sferę życia prywatnego (w której chroni się odosobnienie jednostki), sferę intymności (czyli najbardziej osobistą część życia prywatnego, w ramach której chroni się określone przeżycia psychiczne jednostki) oraz sferę powszechnej dostępności (która stanowi granicę dla sfery prywatności). Zgodnie z tym poglądem poszczególne dobra osobiste (takie jak cześć, wizerunek, tajemnica korespondencji czy przynależność rodzinna) wchodzą w zakres pojęciowy prawa do prywatności stanowiąc wobec niego kategorię podrzędną; Por. A. Kopff, *Ochrona sfery życia prywatnego jednostki w świetle doktryny i orzecznictwa*, PP 1982, nr 100, s. 33; Za: A. Wojciechowska, *Ochrona prywatności...*, op. cit., s. 505.

³³⁷K. Kowalik-Bańczyk, *Ochrona przed spamem w prawie Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo umów elektronicznych*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Kraków 2006, s. 95.

Przesyłanie spamu może naruszać m.in. szeroko rozumianą wolność odbiorcy (prawo do ochrony przez wszelkimi niedozwolonymi naciskami) lub szeroko rozumianą nietykalność mieszkania (każdy przejaw niepokożenia kogoś w obrębie mieszkania³³⁸). Przesłanie nawet pojedynczej niezamówionej informacji handlowej będzie mogło być rozpatrywane zarówno w kontekście naruszenia wolności, jak i nietykalności mieszkania jej adresata.

P. Waglowski wśród skutków *spammingu* odczuwalnych przez użytkowników Internetu wymienia między innymi: uniemożliwienie komunikacji elektronicznej, utrudnienie funkcjonowania osoby prawnej przez zablokowanie jej systemów informatycznych, naruszenie jej dobrego imienia, reputacji czy też renomy poprzez użycie tych systemów do przesyłania spamu, naruszenie prywatności, zdrowia psychicznego i kradzież tożsamości sieciowej.³³⁹

Skalę zjawiska pokazują dane statystyczne, z których wynika, że spam stanowi 80% ruchu w ogólnoswiatowej sieci internetowej (co więcej Polska plasuje się na siódmym miejscu w klasyfikacji międzynarodowej, produkując 3,9% światowego spamu³⁴⁰). W Polsce udział spamu we wszystkich wiadomościach przesyłanych drogą elektroniczną stanowi około 40% i rośnie.³⁴¹ W 2009 r. CERT Polska, zespół ds. bezpieczeństwa w Internecie działający w ramach NASK odnotował 1292 przypadki naruszenia bezpieczeństwa teleinformatycznego, z czego aż jedna trzecia dotyczyła spamu, co przesądziło o uznaniu tego zjawiska za **największe zagrożenie występujące w Internecie**.³⁴²

³³⁸Takie szerokie rozumienia pojęcia nietykalność mieszkania zaproponował m.in. P. Waglowski; Por. P. Waglowski, *Internet a dobra osobiste człowieka*, [w:] *Internet – fenomen społeczeństwa informacyjnego*, pod red. T. Zasepy, Częstochowa 2001, s. 322; Podobne rozumienie tego dobra osobistego zaproponował w 2000 r. w jednym ze swoich orzeczeń Sąd Apelacyjny w Gdańsku, stwierdzając, że powinno być ono postrzegane jako prawo do ochrony przed wtargnięciem nie tylko w pewną „substancję mieszkaniową”, lecz także w sferę określonego stanu psychicznego i emocjonalnego; Por. wyrok z 29.12.2000 r., I Aca 910/00, opublikowany w: OSA 2002, z. 2, poz. 11; Za: G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 143.

³³⁹Za: P. Drewniak, *Wybrane problemy regulacji antyspamowych w Polsce*, PME, dodatek do MoP 2007, nr 4, s. 25.

³⁴⁰Por. P. J. Kozyris, *General Report*, [w:] *Regulating Internet Abuses. Invasion of Privacy*, Kluwer Law 2007, s. 2; Za: A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 378, J. Kurek, *Nowe koncepcje ochrony antyspamowej w projekcie ustawy – Prawo telekomunikacyjne*, MoP 2009, nr 17, s. 949 oraz *Polska na siódmym miejscu pod względem "produkcji" spamu*, artykuł internetowy z dnia 12.03.2010 r., dostępny na stronie <http://www.wirtualnemedial.pl/artykul/polska-na-siodmym-miejscu-pod-wzglem-produkcji-spamu> (data dostępu: 20.04.2010).

³⁴¹Por. A. Malarewicz, *Konsument a reklama. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2009, s. 221 oraz G. Rączka, *Prawne aspekty odpowiedzialności accidental spammers*, PPH 2006, nr 9, s. 44.

³⁴²*Spam i phishing najgroźniejsze w polskim internecie w 2009 r.*, artykuł internetowy z dnia 29.03.2010 r., dostępny na stronie <http://www.wirtualnemedial.pl/artykul/spam-i-phishing-najgrozniejsze-w-polskim-internecie-w-2009-roku> (data dostępu: 20.04.2010); W ramach ciekawostki można dodać, że w 2009 r. najczęściej wykorzystywanymi nazwiskami przez spamerów były: Barack Obama, Angelina Jolie i Oprah Winfrey; Por. *Barack Obama, Angelina Jolie i Oprah Winfrey najczęściej wykorzystywani przez spamerów*, artykuł internetowy z dnia 12.01.2010 r., dostępny na stronie <http://www.wirtualnemedial.pl/artykul/barack-obama-angelina-jolie-i-oprah-winfrey-najczesciej-wykorzystywani-przez-spamerow> (data dostępu: 20.04.2010).

Zgodnie z definicją skonstruowaną przez M.A.P.S³⁴³ (czyli *Mail Abuse Prevention System*³⁴⁴) **spam** to wiadomość, którą cechują następujące elementy:

- a) jej kontekst i treść są niezależne od tożsamości odbiorcy (może być bowiem kierowana do wielu odbiorców naraz),
- b) jej odbiorca nie wyraził uprzedniej, możliwej do weryfikacji, zamierzonej, wyraźnej i zawsze odwoływalnej zgody na otrzymanie wiadomości,
- c) jej treść pozwala przypuszczać, że nadawca wskutek jej wysłania może odnieść korzyści nieproporcjonalne w stosunku do korzyści odbiorcy związanych z jej odebraniem.

W literaturze wyróżnia się cztery **formy spamu**³⁴⁵:

- a) spam komercyjny (spam *sensu stricto*, czyli informacje mające na celu zachęcenie do zakupu określonego towaru bądź usługi),
- b) spam niebezpieczny³⁴⁶ (zawierający różnego rodzaju wirusy, programy szpiegowskie itp.),
- c) spam niekomercyjny (np. polityczny, społeczny),
- d) spam towarzyski (zawierający zabawne obrazki, pliki video itp.).

Wśród najczęściej spotykanych rodzajów spamu M. Mikoś wymienia: „hoax” (tzw. łańcuszki szczęścia), reklamy, „nigeryjski szwindel” (propozycja udziału w przetransferowaniu majątku w znacznych rozmiarach pod warunkiem wpłaty pewnej kwoty na łapówki czy też sfalszowanie dokumentów) oraz „joe job” (rozsyłanie spamu ze sfalszowanym adresem nadawcy).³⁴⁷

W ramach ciekawostki można dodać, że określenie „spam” pochodzi od nazwy konserwy mięsnej, a dokładnie od konserwy (spamu), która w jednym ze skeczy brytyjskiego programu telewizyjnego „Latający Cyrk Monty Pythona” była składnikiem wszystkich dań

³⁴³Oryginalną definicję można znaleźć na stronie: www.mail_abuse.com/spam_def.html (data dostępu: 30.03.2010), zaś jej polskie tłumaczenie dokonane przez Ł. Kozickiego dostępne jest na stronie: <http://nosspam.pl/net/standard.php> (data dostępu: 30.03.2010); Por. również A. Michalska, *Spam – przykład naruszania dóbr osobistych czy czyn nieuczciwej konkurencji?*, RP 2003, nr 5, s. 55.

³⁴⁴M.A.P.S. to amerykańska organizacja pozarządowa oferująca wsparcie w walce ze spamem (przyp. Autorki).

³⁴⁵Por. A. Malarewicz, *Konsument a reklama...*, op. cit., s. 220-221 oraz D. Kasprzycki, *Handel elektroniczny. Etap przedofertowy*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, Kraków 2005, s. 76.

³⁴⁶W. Wiewiórowski dzieli spam niebezpieczny na **spam niebezpieczny dla zasobów** oraz **spam niebezpieczny dla użytkownika**; Por. referat W. Wiewiórowskiego wygłoszony podczas konferencji naukowej zorganizowanej w dniu 14 marca 2006 r. przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta; prezentacja dostępna pod adresem www.uokik.gov.pl/download.php?id=334 (data dostępu: 14.04.2010).

³⁴⁷Por. M. Mikoś, *SPAM – metody walki i obrony*, PME, dodatek do MoP 2006, nr 2, s. 77.

w pewnej restauracji (w związku z czym goście nie mogli zamówić niczego innego). W tym samym skeczu grupa Wikingów śpiewa coraz głośniejszy „spam...spam...spam...”, co skutecznie uniemożliwia prowadzenie rozmów w lokalu.³⁴⁸ SPAM pisany wielkimi literami oznacza „Spiced HaM” lub też „Shoulder of Pork And HaM”.³⁴⁹

K. Kowalik-Bańczyk twierdzi, że używanie pojęcia „spam” ma po pierwsze na celu zobrazowanie tego, że „odbiorca wraz z tym, czego chce, dostaje coś, czego nie zamawiał i co niekoniecznie mu odpowiada, bez możliwości skutecznej rezygnacji z tej niechcianej usługi” (czyli np. wraz z oczekiwaną pocztą elektroniczną dostaje spam), a po drugie, że „duża ilość przesyłek spam może spowodować blokadę usług” (na co wskazywać by miało uniemożliwienie konwersacji przez śpiewających „spam...spam...spam...” Wikingów).³⁵⁰

Jako pierwszy znaczący przykład *spammingu* podaje się przypadek Enara Stefferuda, który w 1978 r. rozesłał 1000 informacji odnośnie zaproszenia na przyjęcie urodzinowe. Posłużył się w tym celu zbiorem adresów mailowych znajdujących się w sieci Arpanet. Jednakże pierwszym **komercyjnym** spamerem w historii były komunikaty na temat loterii wizowej, w której można było wygrać zieloną kartę, rozsyłane w 1994 r. przez amerykańską kancelarię prawną prowadzoną przez Lawrence'a Cantera i Marthę Siegel. Oba powyższe zdarzenia pociągnęły za sobą negatywne skutki. W pierwszym przypadku nadsyłane odpowiedzi zablokowały twarde dyski na serwerze wysyłającego. Działalność firmy adwokackiej spowodowała zaś, że dostawca usług internetowych zablokował jej dostęp do należących do niej kont pocztowych.³⁵¹

Już z powyższych przykładów wynika, że działalność marketingowa oparta o wykorzystanie spamu ma równie wiele zalet dla reklamodawców, co wad dla jej adresatów. Ci pierwsi są zadowoleni, ponieważ reklama w formie *spammingu* jest tania, szybka oraz skuteczna. Ponadto pozwala na dokonanie personalizacji komunikatu reklamowego w taki sposób, by był zgodny z preferencjami konkretnego odbiorcy. Ci ostatni z kolei ponoszą negatywne konsekwencje w postaci kosztów (związanych z dostępem do Internetu, ewentualnym filtrowaniem listów, a także ze stosowaniem różnego rodzaju zabezpieczeń),

³⁴⁸Por. K. Kowalik-Bańczyk, *Ochrona przed spamem...*, op. cit., s. 92-93 oraz K. Lasota, *Reklama w poczcie elektronicznej w prawie europejskim*, PiP 2002, nr 5, s. 67; Według innych teorii nazwa „spam” może pochodzić od określenia *Selective Promotion Advertisement Mailing* albo od określenia *Stupid Person Advertisement*; Por. referat W. Wiewiórowskiego wygłoszony podczas konferencji naukowej zorganizowanej w dniu 14 marca 2006 r. przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta; Prezentacja dostępna pod adresem www.uokik.gov.pl/download.php?id=334 (data dostępu: 14.04.2010).

³⁴⁹Nazwa produkowanej od 1936 roku konserwy jest znakiem towarowym Homel Foods Corporation; Za: K. Kowalik-Bańczyk, *Ochrona przed spamem...*, op. cit., s. 92.

³⁵⁰Ibidem, s. 93.

³⁵¹Por. A. Krochmal-Węgrzyn, *Spam - użycie poczty elektronicznej w celach komercyjnych*, PPH 2005, nr 1, s. 38.

straty czasu (związanej z koniecznością czytania, selekcjonowania i kasowania niepotrzebnych wiadomości), a także związane z opóźnieniem lub nawet całkowitym zablokowaniem korespondencji pożądanej.³⁵²

Wnioski z raportu opublikowanego w 2006 r. przez Komisję Europejską potwierdzają wagę zjawiska, wskazując, że niektóre firmy potrafią wysłać nawet 500 mln *e-maili* dziennie w ramach *spammingu*, a straty użytkowników spowodowane taką działalnością szacuje się na około 10 mld rocznie.³⁵³

Poza naruszaniem postanowień dyrektyw unijnych (tj. dyrektywa 95/46/WE, 2002/58/WE, 2005/29/WE, 97/7/WE, 2000/31/WE)³⁵⁴ oraz określonych przepisów uśude (w szczególności art. 10), o czym była mowa w poprzednim rozdziale przy okazji omawiania zagadnienia informacji handlowej, *spamming* może naruszać również inne regulacje prawne. Za taką możliwością przemawia chociażby zamieszczenie w uśude art. 11, który w sprawach nieuregulowanych tą ustawą odsyła m.in. do Kodeksu cywilnego (zastosowanie będą więc mogły znaleźć przepisy odnoszące się do ochrony dóbr osobistych). Wskazuje na to również brzmienie art. 23 KC, na mocy którego dobra osobiste pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach.

Warto podkreślić, że tzw. regulacje antyspammingowe zawarte w uśude świadczą o przyjęciu przez polskiego ustawodawcę systemu *opt-in*.

W kontekście naruszenia dóbr osobistych odbiorców na uwagę zasługuje zagadnienie tzw. *accidental spammers* (przypadkowych spamerów). Jest to zbiorcze określenie dwóch kategorii podmiotów³⁵⁵:

- a) spamerów (głównie przedsiębiorców zajmujących się marketingiem bezpośrednim), którzy nabyli odpłatnie adresy *e-mail* osób, które w rzeczywistości nie wyraziły zgody na otrzymywanie informacji handlowych,
- b) spamerów będących użytkownikami Internetu, którzy rozsyłają spam bez swojej wiedzy i zamiaru (np. w wyniku działania wirusa na ich komputerach).

Problematyka odpowiedzialności przypadkowych spamerów jest o tyle ciekawa, że podmioty te mogą być postrzegane przez innych użytkowników Internetu jako zwyczajni

³⁵²Por. D. Kasprzycki, *Komercyjne wykorzystanie poczty elektronicznej oraz inne postaci nieuczciwych zachowań w Internecie*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 580 i n. oraz A. Krochmal-Węgrzyn, *Spam - użycie...*, op. cit., s. 38 i n.

³⁵³Por. G. Rączka, *Prawne aspekty...*, op. cit., s. 44. oraz G. Rączka, *Problematyka obrotu elektronicznego w orzecznictwie sądowym*, RP 2007, nr 1, s. 28.

³⁵⁴Por. K. Kowalik-Bańczyk, *Ochrona przed spamem...*, op. cit., s. 102 i n.

³⁵⁵Por. G. Rączka, *Prawne aspekty...*, op. cit., s. 45.

spamerzy, wobec czego mogą być wobec nich wysuwane zarzuty naruszania np. dóbr osobistych. W efekcie sam *accidental spammer* może być poszkodowany w związku z naruszeniem jego dobrego imienia.

W krajach, w których świadomość społeczna w zakresie możliwości zostania *accidental spammerem* (np. w Australii) jest większa, prowadzone są różnego rodzaju akcje informacyjne, które mają przede wszystkim na celu uzmysłowienie użytkownikom Internetu konieczności instalowania programów antywirusowych (które blokują instalowanie wirusów na komputerach potencjalnych *accidental spammers* przez prawdziwych spamerów). Trzeba jednak pamiętać, że żaden program antywirusowy nie gwarantuje całkowitej ochrony. G. Rączka twierdzi w związku z powyższym, że „racjonalne wydaje się zajęcie stanowiska dopuszczającego odpowiedzialność jedynie tych *accidental spammers*, którzy nie zapewnili minimalnego standardu ochrony swojego komputera”.³⁵⁶

Analiza odpowiedzialności przypadkowych spamerów wymaga rozważenia kwestii przyczynienia się (por. art. 362 KC). Jest to instytucja, która pozwala sądowi na zmniejszenie obowiązku naprawienia szkody. W literaturze można spotkać opinię, że „źródłem przyczynienia się *accidental spammers* jest brak należytej staranności w zabezpieczeniu swojego komputera poprzez niezainstalowanie oprogramowania antywirusowego uniemożliwiającego dalsze rozsyłanie spamu”.³⁵⁷

Należy dodać, że dochodzenie ochrony dóbr osobistych w związku z działalnością *accidental spammers* jest bardzo trudne, przede wszystkim ze względu na komplikacje dowodowe (ciężar udowodnienia ciąży w takiej sytuacji na poszkodowanym, ponieważ to on wywodzi skutki prawne z naruszenia jego dobra osobistego).³⁵⁸

Trudności (szczególnie dowodowe) z dochodzeniem roszczeń przez poszkodowanych są zresztą cechą charakterystyczną zjawiska *spammingu* w ogóle. Jak trafnie zauważa G. Rączka „w obliczu anonimowości Internetu powstaje problem wskazania pozwanego, a więc bezprawnie działającego użytkownika końcowego czy dostawcy usług”.³⁵⁹ Autorka wskazuje również na możliwość powoływania się przez spamerów (zwłaszcza w przypadku odbiorców będących osobami fizycznymi) „na znikomość doznanej przez odbiorcę szkody”.

³⁵⁶G. Rączka, *Prawne aspekty...*, op. cit., s. 47.

³⁵⁷G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 151.

³⁵⁸Por. G. Rączka, *Prawne aspekty...*, op. cit., s. 48.

³⁵⁹G. Rączka, *Zagadnienie dóbr osobistych w świetle ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, RP 2004, nr 4.

Ważnym orzeczeniem dotyczącym przesyłania spamu jest **wyrok Sądu Apelacyjnego** w Warszawie z 2007 r.³⁶⁰, w którym sąd ten uznał, że przesyłanie przez towarzystwo ubezpieczeniowe krótkich wiadomości tekstowych do swojego byłego pracownika we wczesnych godzinach porannych (między 5.00 a 6.00 rano) stanowiło zawinione naruszenie prywatności. Na skutek tego zasądzono wypłatę 5 tys. zł zadośćuczynienia na rzecz pokrzywdzonego.

Należy jednak pamiętać, że zastosowanie przepisów odnoszących się do ochrony dóbr osobistych w przypadku *spammingu* musi zostać poprzedzone w każdej konkretnej sytuacji analizą tego, czy przez przesyłanie niezamówionej informacji handlowej rzeczywiście doszło do zagrożenia bądź naruszenia dóbr osobistych (np. sfery prywatności danego podmiotu).³⁶¹

Na koniec rozważań na temat *spammingu* należy dodać, że trwają prace nad **nowelizacją ustawy – Prawo telekomunikacyjne**. Ma ona między innymi na celu kompleksowe uregulowanie zwalczania niezamówionej korespondencji (spamu). Ostateczny projekt nowelizacji datowany jest na 14.05.2009 r. i opiera się na trzech podstawowych założeniach: rozszerzeniu zakresu przedmiotowego zakazu przesyłania niezamówionych informacji handlowych, rozszerzeniu odpowiedzialności także na podmioty odnoszące korzyści oraz zlecające przesyłanie spamu oraz wprowadzeniu nowej drogi administracyjnej walki ze spamem (czyli postępowania przed Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej) przy pozostawieniu dotychczasowych kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w przypadku, gdy *spamming* stanowi czyn nieuczciwej konkurencji naruszający lub zagrażający zbiorowym interesom konsumentów.³⁶²

Najważniejszą zmianą, którą ma przynieść nowelizacja, jest wprowadzenie **legalnej definicji spamu** w art. 175a ust 1. Zgodnie z jego brzmieniem „zakazane jest 1) przesyłanie komunikatów, których treść i kontekst są niezależne od tożsamości odbiorcy, lub 2) komunikatów z wykorzystaniem automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, lub 3) komunikatów, których zadaniem jest tworzenie baz danych teleadresowych odbiorców, w szczególności dla celów marketingowych, lub 4) informacji handlowej w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną – jeżeli odbiorca nie wyraził na ich przesłanie

³⁶⁰Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 2007 r., sygn. I ACa 584/06; Omówienie wyroku dostępne w M. Domagalski, *Esemesy do byłego pracownika naruszały prywatność*, Rzeczpospolita z dnia 05.12.2006, nr 283 oraz na stronie: <http://prawo.vagla.pl/node/6964> (data dostępu: 31.03.2010).

³⁶¹Por. D. Kasprzycki, *Handel elektroniczny...*, op. cit., s. 111.

³⁶²Por. J. Kurek, *Nowe koncepcje...*, op. cit., s. 942 i n.

uprzedniej zgody”. Można zauważyć, że powyższa definicja odnosi się w pewnym stopniu do wcześniej przytaczanej definicji wypracowanej przez *Mail Abuse Prevention System*.³⁶³

W doktrynie podkreśla się, że projektowana definicja ustawowa spamu „skonstruowana jest od strony przedmiotowej i odnosi się do dobra w postaci wolności komunikacji, które ma podlegać ustawowej ochronie”.³⁶⁴

3.3. *Traffic data*

W literaturze twierdzi się, że ochrona danych osobowych stanowi szczególną postać ochrony prywatności.³⁶⁵ Należy jednak stwierdzić, że zagrożeniem dla sfery prywatności usługobiorców usług elektronicznych jest wykorzystywanie tzw. *traffic data*³⁶⁶, czyli danych eksploatacyjnych (a wśród nich także tzw. danych wrażliwych) pozwalających na „elektroniczne śledzenie” ruchu danego użytkownika w sieci internetowej.³⁶⁷ Cyfrowe ślady (których podobno każdy uczestnik obrotu elektronicznego zostawia około 30 dziennie³⁶⁸) są często źródłem informacji wchodzących w zakres sfery prywatności.³⁶⁹

Ważne jest, że podmiot zawierający transakcje drogą elektroniczną często nie ma nawet świadomości, iż jego dane mogą zostać przetworzone do tego celu.³⁷⁰

Należy mieć świadomość tego, że bezprawne wykorzystywanie danych osobowych usługobiorców nie zawsze będzie mogło zostać zakwalifikowane jako naruszenie dóbr osobistych, a co za tym idzie, niekoniecznie w takiej sytuacji muszą znaleźć zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. W doktrynie wyklucza się w tym zakresie automatyczne przechodzenie na grunt ochrony przewidzianej w art. 24 i 24 KC³⁷¹ Ewentualne sięgnięcie do Kodeksu cywilnego powinno więc wynikać z dokładnej analizy konkretnego przypadku.

Zjawisko przetwarzania *traffic data* reguluje przede wszystkim **dyrektywa 2002/58/WE** oraz uśude. Postanowienia zawarte w obu tych aktach prawnych są wyrazem

³⁶³Por. J. Kurek, *Nowe koncepcje...*, op. cit., s. 945-946 oraz A. Mendis, *Propozycje zmian prawnych w zakresie zwalczania spamu*, PNT 2008, nr 4, s. 58 i n.

³⁶⁴J. Kurek, *Nowe koncepcje...*, op. cit., s. 946.

³⁶⁵Por. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 170.

³⁶⁶Dyrektywa 2002/58/WE definiuje *traffic data* w art. 2 jako „wszelkie dane przetwarzane w celu przekazania komunikatu w sieciach komunikacji elektronicznej lub naliczania opłat”,

³⁶⁷A. Wojciechowska, *Ochrona prywatności...*, op. cit., s. 534.

³⁶⁸Por. A. Książ, *Od redakcji*, PNT 2008, nr 4, s. 1.

³⁶⁹Por. A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 377.

³⁷⁰A. Wojciechowska, *Ochrona prywatności...*, op. cit., s. 534.

³⁷¹Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych: komentarz*, wyd. 3, Kraków 2004, s. 261; Za: G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 285.

kompromisu pomiędzy „dążeniem do dochowania wyrażanego w zapisach konstytucyjnych prawa do prywatności a potrzebą dysponowania danymi w różnych ważnych celach, na przykład kontroli transakcji handlowych czy walki w przestępczością”.³⁷²

W preambule dyrektywy 2002/58/WE ustawodawca unijny stwierdził, co następuje: „Internet przekształca tradycyjne struktury rynkowe przez udostępnienie ogólnej, globalnej infrastruktury dostarczającej szerokiego spektrum usług łączności elektronicznej. Usługi łączności elektronicznej ogólnodostępne za pośrednictwem Internetu stwarzają nowe możliwości użytkownikom, ale również powodują powstanie nowych zagrożeń dotyczących ich danych osobowych i prywatności”.³⁷³ Co za tym idzie „pomyślny rozwój takich usług jest uzależniony od pewności użytkowników, że ich prywatność nie będzie zagrożona”.³⁷⁴

W innym miejscu dodał zaś, że: „Poufność komunikacji powinna być również zapewniona w toku legalnej praktyki handlowej. Komunikaty mogą być utrwalane dla potwierdzenia transakcji handlowych, gdy jest to konieczne i zgodne z prawem. (...) Strony, do których odnosi się komunikat, powinny być poinformowane o zapisie, jego celu oraz okresie przechowywania przed rozpoczęciem zapisu. Zapisany komunikat powinien zostać usunięty jak najszybciej i w każdym przypadku najpóźniej z końcem okresu, w trakcie którego transakcja może zostać zakwestionowana zgodnie z prawem”.³⁷⁵ Powyższe postanowienie zostało następnie sprecyzowane w art. 6 ust. 1 dyrektywy.³⁷⁶ Stanowi to wyraz próby wypracowania kompromisu pomiędzy prawem do prywatności (w tym przypadku w postaci prawa do poufności korespondencji) a prawem do przetwarzania danych osobowych w celu kontroli transakcji handlowych zawieranych drogą elektroniczną.³⁷⁷

Problematyka ewentualnego naruszania dóbr osobistych usługobiorców na skutek przetwarzania danych eksploatacyjnych nabiera jeszcze większego znaczenia w kontekście zmian dyrektywy 2002/58/WE, które zostały przyjęte przez Parlament Europejski w grudniu 2005 r. Wprowadzono bowiem m.in. obowiązek przechowywania *traffic data* przez 2 lata (tzw. *data retention*).³⁷⁸

³⁷²A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 377.

³⁷³Por. pkt 6 preambuły do dyrektywy 2002/58/WE.

³⁷⁴Por. pkt 5 preambuły do dyrektywy 2002/58/WE.

³⁷⁵Por. pkt 23 preambuły do dyrektywy 2002/58/WE.

³⁷⁶Art. 6 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE stanowi, że „dane o ruchu dotyczące abonentów i użytkowników przetwarzane i przechowywane przez dostawcę publicznej sieci łączności lub publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej muszą zostać usunięte lub uczynione anonimowymi, gdy nie są już potrzebne dla celów transmisji komunikatu, bez uszczerbku dla przepisów ust. 2, 3 i 5 niniejszego artykułu oraz art. 15 ust. 1”.

³⁷⁷Por. A. Wojciechowska, *Ochrona prywatności...*, op. cit., s. 534.

³⁷⁸Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług drogą elektroniczną*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 243.

Warto dodać, że w 2005 r. powstał raport pt. *Invasive, Illusory, Illegal, and Illegitimate: Privacy International and EDRi Response to the Consultation on a Framework Decision on Data Retention* opracowany przez różnego rodzaju organizacje (m.in. przez *Internet Society Poland*) w odpowiedzi na konsultacje europejskie. Wynika z niego, że gromadzenie i przechowywanie danych związanych z nowymi technologiami i aktywnością użytkowników stanowi naruszenie sfery ich prywatności, a co więcej jest nielegalne i niepotrzebne. Każda jednostka ma bowiem prawo do prywatności.³⁷⁹

Polski odpowiednik regulacji zawartych w dyrektywie o prywatności i łączności elektronicznej stanowi, omawiany w poprzednim rozdziale, **art. 19 uśude**³⁸⁰ ustanawiający generalny zakaz przetwarzania danych osobowych usługobiorcy usług świadczonych drogą elektroniczną po zakończeniu korzystania z takiej usługi (wraz z wyjątkami ujętymi w ust. 2).³⁸¹

Przy okazji obecnie trwającego procesu nowelizacji uśude toczy się dyskusja na temat retencji danych³⁸², obowiązku tzw. kontroli operacyjnej i zdalnego przeszukiwania nośników.³⁸³

3.4. Cookies

Przypomnieć należy, że *cookies* to technika pozwalająca na zapamiętywanie informacji o użytkownikach odwiedzających poszczególne strony internetowe.³⁸⁴ A. Wojciechowska

³⁷⁹Por. P. Wąglowski, *Inwazja i iluzja: prywatność*, artykuł dostępny na stronie <http://prawo.vagla.pl/node/4101> (data dostępu: 31.03.2010); Oryginalny raport można znaleźć pod adresem <http://www.privacyinternational.org/issues/terrorism/rpt/responsetoretention.html> (data dostępu: 31.03.2010).

³⁸⁰Jak już było powiedziane na wcześniejszym etapie pracy, w doktrynie toczy się spór pomiędzy zwolennikami poglądu, że uśude stanowi zarówno implementację dyrektywy 2000/31/WE, jak i dyrektywy 2002/58/WE, a tymi, którzy twierdzą, że uśude z pewnością nie stanowi implementacji dyrektywy 2002/58/WE (zaś kontrowersyjne przepisy odnośnie ochrony danych osobowych zawarte w uśude są postanowieniami autonomicznymi, które mogły być jedynie wzorowane na wspomnianej dyrektywie).

³⁸¹Por. A. Wojciechowska, *Ochrona prywatności...*, op. cit., s. 536.

³⁸²Na marginesie można wspomnieć o tym, że zagadnienie retencji danych budzi wiele kontrowersji, które dobrze oddaje stwierdzenie A. Wojciechowskiej: „Tendencja organów ścigania do penetracji obszarów wirtualnej aktywności użytkowników sieci nie może rozwijać się bez przeszkód, gdyż pozostaje w sprzeczności z przekonaniem o istnieniu niezbywalnych praw człowieka, w tym podstawowych praw i wolności obywatelskich”; A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 384.

³⁸³Por. Informacja ze spotkania grupy roboczej dot. retencji danych, obowiązku tzw. kontroli operacyjnej i zdalnego przeszukiwania nośników z dnia 8 czerwca 2009 r. dostępna na stronie http://www.mswia.gov.pl/portal/pl/582/7401/Informacja_ze_spotkania_grupy_roboczej_dot_retencji_danych_o_obowiazku_tzw_kontro.html (data dostępu: 31.03.2010).

³⁸⁴G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 17.

definiuje *cookies* jako „małe cząstki informacji, stosowane przez serwery dla identyfikacji użytkowników sieci”.³⁸⁵

Cookies wykorzystywane są przez usługodawców w celu gromadzenia takich informacji na temat usługobiorców, jak: odwiedzane przez nich witryny internetowe, zakupione towary, hasła czy numery kart kredytowych.³⁸⁶ Ze względu na to, że *cookies* ułatwiają tzw. profilowanie, czyli tworzenie zindywidualizowanych profili użytkowników (w niezauważalny zresztą dla nich sposób) z łatwością mogą prowadzić do naruszenia ich dóbr osobistych, przede wszystkim zaś zagrażają ich sferze prywatności.

Pkt 24 preambuły **dyrektywy 2002/58/WE** stanowi, że „wyposażenie terminali użytkowników sieci łączności elektronicznej oraz informacje przechowywane na tych urządzeniach stanowią część prywatnej sfery użytkowników (...). Programy określone mianem *spyware*, błędy sieciowe, ukryte identyfikatory i inne narzędzia mogą się znaleźć w terminalu użytkownika bez jego zgody w celu uzyskania dostępu do informacji, przechowania ukrytych informacji lub śledzenia czynności użytkownika i mogą w poważny sposób naruszyć jego prywatność. Stosowanie takich narzędzi powinno być dozwolone wyłącznie dla uzasadnionych celów, po powiadomieniu zainteresowanych użytkowników”.

Do oprogramowania typu *cookies* odnosi się z kolei bezpośrednio pkt 25 tej samej preambuły, z którego wynika, że „jednakże takie narzędzia, jak na przykład tzw. <<cookies>>, stanowią prawnie dopuszczalne i użyteczne narzędzie, na przykład w analizowaniu skuteczności projektu strony internetowej i reklamy oraz w sprawdzaniu tożsamości użytkowników prowadzących transakcje w systemie *on-line*”. Wskazano więc przykładowe cele, które uzasadniają stosowanie tego typu oprogramowania. Ponadto, co bardzo ważne, usługodawca ma obowiązek poinformowania usługobiorcy o wykorzystywaniu *cookies*, a usługobiorca ma prawo odmowy przechowywania *cookies* w jego terminalu.³⁸⁷

Co ciekawe, w dyrektywie 2002/58/WE przewidziano sytuację, w której „dostęp do niektórych treści zamieszczonych na stronach internetowych może być (...) uzależniony od

³⁸⁵A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 376.

³⁸⁶Na przykład na portalu Wp.pl można znaleźć następujące zapewnienie: „Wirtualna Polska S.A. używa *cookies* do zapamiętania informacji o internautach. Rozpoznajemy ich po to, by dowiedzieć się, jakiej informacji potrzebują i szukają na naszych stronach. Wiedząc, które serwisy odwiedzają częściej niż pozostałe, możemy stać się dla nich znacznie ciekawszym i bogatszym portalem niż dotychczas. To użytkownicy dają nam wiedzę o tym, w jakim kierunku rozwijać serwisy już istniejące, jakim wymaganiom musimy jeszcze sprostać, co uzupełnić, co stworzyć nowego, by odpowiedzieć na ich oczekiwania i potrzeby. Tak więc korzystając z portalu Wirtualna Polska, sami Internauci decydują o przyszłym jego kształcie”; Spółka deklaruje, że ponadto wykorzystuje pliki *cookies* do celów statystycznych, reklamowych oraz ankietowych, przy czym każdy użytkownik może się sprzeciwić instalowaniu plików *cookies* na jego komputerze; Informacja dostępna na stronie <http://onas.wp.pl/poufnosc.html?ticaid=19e7b> (data dostępu: 31.03.2010).

³⁸⁷Por. pkt 25 preambuły do dyrektywy 2002/58/WE.

świadomej akceptacji zastosowania <<cookie>> (...), jeżeli służy ono prawnie dopuszczalnemu celowi”.³⁸⁸

W polskim porządku prawnym do *cookies* odnosi się m.in. art. 6 uśude³⁸⁹ (o którym już była mowa w niniejszej pracy) regulujący obowiązki informacyjne usługodawcy względem usługobiorcy. Jego treść pozwala wyciągnąć wniosek o istnieniu generalnego przyzwolenia dla usługodawcy na wykorzystywanie *cookies*, jeżeli tylko uczyni zadość obowiązkowi informacyjnemu (wobec usługobiorcy), które na nim ciąży.³⁹⁰ Można stwierdzić, że zarówno na gruncie regulacji europejskich (dyrektywa 2002/58/WE), jak i polskiego prawa „warunkiem legalności oprogramowania typu *cookies* jest wiedza użytkownika o ich stosowaniu, nie zaś jego zgoda na stosowanie”³⁹¹ (co jest zresztą zgodne z systemem *opt-out*).

3.5. Ochrona dóbr osobistych usługobiorcy

W tym miejscu, w celu zwieńczenia części niniejszego rozdziału dotyczącej naruszeń dóbr osobistych przy okazji świadczenia usług drogą elektroniczną, zostaną omówione w minimalnym zakresie przesłanki ochrony dóbr osobistych oraz środki ochrony przysługujące poszkodowanym.

Na początek należy przytoczyć dwa twierdzenia wypracowane w ostatnich latach przez doktrynę. Po pierwsze przeważa pogląd, że konstrukcją prawną dla ochrony dóbr osobistych jest konstrukcja prawa podmiotowego bezwzględnego (czyli o skuteczności *erga omnes*), niemajątkowego, niezbywalnego i nieprzenaszalnego. Po drugie podkreśla się, że nie istnieje jedno dobro osobiste, lecz wiele różnych, których zakresy często się ze sobą krzyżują (na skutek czego ich katalog pozostaje otwarty).³⁹²

Przesłanką ochrony dóbr osobistych jest ich **bezprawne** naruszenie lub zagrożenie. Kodeks cywilny nie wymaga jednak, by tego typu działanie było zawinione. W art. 24 KC ustanowione zostało domniemanie bezprawności. W związku z tym dowód obciąża pozwanego, który musi wykazać, że jego działanie było zgodne z prawem.

³⁸⁸Ibidem.

³⁸⁹Art. 6 uśude stanowi, że „usługodawca jest obowiązany zapewnić usługobiorcy dostęp do aktualnej informacji o: 1) szczególnych zagrożeniach związanych z korzystaniem z usługi świadczonej drogą elektroniczną, 2) funkcji i celu oprogramowania lub danych nie będących składnikami treści usługi, wprowadzanych przez usługodawcę do systemu teleinformatycznego, którym posługuje się usługobiorca”.

³⁹⁰Por. A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 377.

³⁹¹A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 378.

³⁹²Ibidem, s. 364-365 oraz Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 160 i n.

Okolicznościami **wyluczającymi bezprawność** są: zgoda pokrzywdzonego, działanie w ramach porządku prawnego (w sposób dozwolony przez obowiązujące przepisy prawne), wykonywanie prawa podmiotowego, a także działanie w obronie uzasadnionego interesu.³⁹³

Podkreślić należy, że stwierdzenie, iż doszło lub też nie do naruszenia bądź zagrożenia dóbr osobistych, powinno być oparte o kryterium obiektywne odwołujące się do ocen przyjętych w społeczeństwie.³⁹⁴

Środki ochrony przysługujące pokrzywdzonym można podzielić na dwie kategorie: roszczenia niemajątkowe oraz roszczenia majątkowe. Do pierwszej z grup należy powództwo o ustalenie, o zaniechanie oraz o usunięcie skutków naruszenia (np. w przypadku naruszenia dóbr osobistych na skutek *spammingu* żądanie usunięcia adresu mailowego odbiorcy z bazy danych nadawcy połączone z zakazem przesyłania w przyszłości jakichkolwiek niechcianych komunikatów³⁹⁵). Do drugiej zaś powództwo o zadośćuczynienie pieniężne, zapłatę na cel społeczny oraz o naprawienie szkody na zasadach ogólnych, jeżeli w wyniku naruszenia dóbr osobistych została wyrządzona szkoda majątkowa (np. gdy na skutek *spammingu* dojdzie do sparaliżowania działalności osoby prawnej, na skutek czego ucierpi jej renoma, a jednocześnie będzie ona narażona na poniesienie wymiernych strat finansowych³⁹⁶).³⁹⁷

3.6. Ograniczenie odpowiedzialności *intermediary service providers*³⁹⁸

Problematykę naruszenia dóbr osobistych związanego ze świadczeniem usług drogą elektroniczną można rozpatrywać również pod innym kątem. Istnieją bowiem sytuacje, w których usługodawca, świadcząc usługi określonego rodzaju (tzw. usługi pośredniczenia w przekazywaniu danych³⁹⁹), może narazić się na odpowiedzialność nie tyle wobec samych podmiotów korzystających z tych usług, co wobec osób trzecich, których dobra osobiste

³⁹³Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 266 i Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 173-176.

³⁹⁴Por. M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny, t. I, Komentarz do artykułów 1-449 (11)*, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. 4, Warszawa 2005, s. 80; Za: G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 135 oraz Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 161.

³⁹⁵Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 268.

³⁹⁶*Ibidem*, s. 275.

³⁹⁷Por. art. 24 oraz art. 448 KC.

³⁹⁸Sytuację, w jakiej znajduje się pośredniczący dostawca usług można zobrazować poprzez porównanie do właściciela klubu golfowego, który może ponosić odpowiedzialność (jako że ma „całkowitą kontrolę nad ścianami”) za obelżywy wierszyk umieszczony przez anonimową osobę na jednej ze ścian klubu golfowego, mimo że nie podejmuje żadnej aktywnej czynności, mającej na celu napisanie wierszyka lub jego umieszczenie na ścianie; Por. Byrne przeciwko Dean (1937) 1 KB 818; Za: G. J. Pacek, *Wybrane zagadnienia związane z odpowiedzialnością dostawców usług hostingowych*, PME, dodatek do MoP 2007, nr 4, s. 17.

³⁹⁹*Intermediary services*; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 126.

zostały zagrożone lub bezprawnie naruszone na skutek działań tych podmiotów (usługobiorców usług świadczonych drogą elektroniczną). Jest to tzw. odpowiedzialność prawna za umieszczane treści.⁴⁰⁰

Szczególne unormowanie odpowiedzialności podmiotów typu *intermediary service providers* w znacznym stopniu modyfikuje ramy prawne w zakresie ochrony dóbr osobistych.⁴⁰¹

W pkt 42 preambuły dyrektywy 2000/31/WE ustawodawca europejski stwierdził, co następuje: „Wyłączenia w dziedzinie odpowiedzialności ustanowione w niniejszej dyrektywie obejmują jedynie przypadki, w których działalność podmiotu świadczącego usługi społeczeństwa informacyjnego jest ograniczona do technicznego procesu obsługi i udzielania dostępu do sieci komunikacyjnej, w której informacje udostępniane przez osoby trzecie są przekazywane lub przechowywane czasowo, w celu poprawienia skuteczności przekazu; działanie takie przybiera charakter czysto techniczny, automatyczny i bierny, który zakłada, że podmiot świadczący usługi społeczeństwa informacyjnego nie posiada wiedzy o informacjach przekazywanych lub przechowywanych ani kontroli nad nimi”.

Uśude, w ślad za dyrektywą o handlu elektronicznym⁴⁰², w rozdziale 3. pt. „Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną” (art. 12-15) ogranicza odpowiedzialność podmiotów świadczących usługi polegające na transmisji i przechowywaniu danych pochodzących od osób trzecich (czyli tzw. *intemediary service providers* – ISP⁴⁰³). Wśród pośredniczących usługodawców wyróżnia się *access providers*, czyli podmioty umożliwiające dostęp do sieci internetowej innym podmiotom, oraz *service providers*, czyli podmioty przekazujące, przechowujące i udostępniające informacje w Internecie.⁴⁰⁴

W doktrynie podkreśla się, że regulacją dyrektywy 2000/31/WE oraz uśude **nie są objęci**, poza *content providers* (których odpowiedzialność można, w przeciwieństwie do odpowiedzialności usługodawców pośredniczących, rozstrzygnąć bez większego problemu w oparciu o zasady ogólne⁴⁰⁵), również tzw. *information localization tool providers*, czyli

⁴⁰⁰Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004, s. 120.

⁴⁰¹Por. A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 390 i n.

⁴⁰²Należy podkreślić, że postanowienia dyrektywy 2000/31/WE (art. 12-15) mają w tym zakresie charakter maksymalny, w związku z czym państwa członkowskie nie mogą wprowadzać we własnych porządkach prawnych surowszych kryteriów odpowiedzialności pośredniczących usługodawców; Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii Europejskiej o handlu elektronicznym i jej implikacje dla prawa cywilnego*, KPP 2001, nr 1, s. 89.

⁴⁰³Por. podział umów elektronicznych zaprezentowany w rozdziale 1. niniejszej pracy.

⁴⁰⁴Poza zakresem regulacji uśude (oraz dyrektywy 2000/31/WE, której jest ona implementacją) pozostają tzw. *content providers*, czyli dostawcy zawartości; Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 212.

⁴⁰⁵Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 88.

dostawcy wyszukiwarek internetowych⁴⁰⁶ (takich jak wyszukiwarka Google).⁴⁰⁷ Podczas dyskusji w ramach prac nowelizacyjnych zaproponowano jednak dodanie dwóch nowych przepisów do uśude – art. 12¹⁴⁰⁸ i art. 14¹⁴⁰⁹, dotyczących odpowiedzialności operatorów wyszukiwarek internetowych oraz podmiotów posługujących się w swojej działalności tzw. hiperlinkami.

Warto również zwrócić uwagę na wyrok z dnia 23 marca 2010 r., w którym **Europejski Trybunał Sprawiedliwości** orzekł, że „art. 14 dyrektywy 2000/31/WE (...) należy interpretować w ten sposób, że ustanowiona w nim zasada ma zastosowanie do podmiotu świadczącego usługę odsyłania w Internecie, jeżeli przy świadczeniu swych usług usługodawca ten nie odgrywa czynnej roli, która mogłaby sprawić, że będzie on posiadał wiedzę o przechowywanych informacjach lub miał nad nimi kontrolę. Jeżeli wspomniany usługodawca nie odgrywa takiej roli, nie może być on pociągnięty do odpowiedzialności za treść przechowywanych przez siebie na żądanie reklamodawcy informacji, chyba że powziąwszy wiadomość o bezprawnym charakterze tych informacji lub działalności reklamodawcy, nie podjął niezwłocznie odpowiednich działań w celu usunięcia wspomnianych informacji lub uniemożliwienia dostępu do nich”⁴¹⁰.

⁴⁰⁶Dyrektywa 2000/31/WE przewiduje w art. 21 konieczność rozważenia uregulowania tej kwestii; Por. Ibidem, s. 89.

⁴⁰⁷Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 213 oraz X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 128-129.

⁴⁰⁸Proponowane brzmienie przepisu: „12¹ Nie ponosi odpowiedzialności za bezprawny charakter danych ten, kto za pomocą wyszukiwarki internetowej umożliwiającej automatyczne odnalezienie informacji poszukiwanej przez użytkownika, umożliwia dostęp do tych danych o ile: 1) nie wprowadził tych danych do sieci, 2) nie jest inicjatorem transmisji danych uzyskanych w toku wyszukiwania, 3) nie wybiera odbiorcy danych, 4) nie usuwa lub nie modyfikuje danych uzyskanych w toku wyszukiwania”; Informacja ze spotkania grupy roboczej D dot. tzw. wyłączenia odpowiedzialności z art. 14 uśude z dnia 13 maja 2009; dostępna na stronie http://www.mswia.gov.pl/portal/pl/582/7406/Informacja_ze_spotkania_grupy_roboczej_D_dot_tzw_wylaczenia_odpowiedzialnosc_z_.html (data dostępu: 08.04.2010).

⁴⁰⁹Proponowane brzmienie przepisu: „14¹ Nie ponosi odpowiedzialności za bezprawny charakter danych ten, kto za pomocą łącza hipertekstowego lub odpowiadającego mu funkcjonalnie rozwiązania umożliwia dostęp do zasobów systemu teleinformatycznego, w których te dane się znajdują, o ile nie wprowadził tych danych do sieci, nie wie o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności, a w razie otrzymania urzędowego zawiadomienia lub uzyskania wiarygodnej wiadomości o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności, niezwłocznie uniemożliwi dostęp do tych danych”; Informacja ze spotkania grupy roboczej D dot. tzw. wyłączenia odpowiedzialności z art. 14 uśude z dnia 13 maja 2009; dostępna na stronie http://www.mswia.gov.pl/portal/pl/582/7406/Informacja_ze_spotkania_grupy_roboczej_D_dot_tzw_wylaczenia_odpowiedzialnosc_z_.html (data dostępu: 08.04.2010).

⁴¹⁰Wyrok ETS z 23 marca 2010 r. w sprawach połączonych od C-236/08 do C-238/08; dostępny na stronie <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=pl&num=79899676C19080236&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET> (data dostępu: 08.04.2010).

W związku z uznaniem przez ETS, że operatorzy wyszukiwarek są objęci ogólnym wyłączeniem odpowiedzialności z art. 14 uśude pojawiają się głosy, że uchwalanie projektowanego art. 14¹ uśude stało się zbędne.⁴¹¹

Wśród usług świadczonych przez *intermediary service providers* można wymienić *mere conduit* (czyli tzw. zwykły przesył), *caching* oraz *hosting*, o których mowa w uśude. Do pozostałych usług pośrednictwa (np. do tzw. *mirror caching*⁴¹²) znajdują zastosowanie ogólne zasady odpowiedzialności.⁴¹³

Odbiorcami usług świadczonych przez *intermediary service providers* są nie tylko podmioty, które zamieszczają informacje w Internecie (dostawcy zawartości), lecz także użytkownicy, którzy uzyskują dostęp do tych informacji.⁴¹⁴

Art. 15 uśude ustanawia zasadę, zgodnie z którą „podmiot, który świadczy usługi określone w art. 12-14, **nie jest** obowiązany do sprawdzania przekazywanych, przechowywanych lub udostępnianych przez niego danych, o których mowa w art. 12-14”. Ustawodawca nie zobowiązał więc usługodawców do kontrolowania ani cenzurowania ze względu na ewentualną bezprawność treści dostarczanych przez inne osoby.⁴¹⁵ Warto dodać, że wprowadzenie obowiązku monitorowania zamieszczanych treści mógłby wywołać negatywny skutek w postaci znacznego obniżenia poziomu ochrony sfery prywatności usługobiorców usług świadczonych drogą elektroniczną.⁴¹⁶

Odpowiedzialność usługodawców uregulowano w sposób negatywny, uzależniając jej ograniczenie (wyłączenie) od łącznego spełnienia kilku przesłanek przewidzianych w przepisach odnoszących się do konkretnego typu usługi (przesłanki zwolnienia z odpowiedzialności są bowiem różne dla każdego typu usługi – *mere conduit*, *cachingu* oraz *hostingu*). Należy dodać, za J. Gołaczyńskim, że „poza regulacją ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, wzorem dyrektywy 2000/31/WE, pozostaje przy tym samo stwierdzenie odpowiedzialności sprawcy oraz określenie jej ewentualnych podstaw”.⁴¹⁷ Co do przesłanek odpowiedzialności uśude odsyła więc do Kodeksu cywilnego.

Podkreślić należy, że odpowiedzialność cywilnoprawna z tytułu naruszenia dóbr osobistych jest jednym z rodzajów odpowiedzialności, o których mowa w uśude (a konkretnie

⁴¹¹Tak m.in. P. Litwiński; Por. dyskusja na portalu Prawo.vagla.pl; dostępna na stronie <http://prawo.vagla.pl/node/9003#comment-22786> (data dostępu: 08.04.2010).

⁴¹²*Mirror caching* to usługa dłuższego przechowywania zawartości całych stron internetowych; Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 219.

⁴¹³Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 127.

⁴¹⁴Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 87.

⁴¹⁵Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 128.

⁴¹⁶Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 213.

⁴¹⁷J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 127.

w art. 14 uśude).⁴¹⁸ Potwierdził to **Sąd Okręgowy we Wrocławiu** w wyroku z 31 lipca 2009 r. (a następnie w tej samej sprawie, 15 stycznia 2010 r., Sąd Apelacyjny we Wrocławiu) w sprawie naruszeń dóbr osobistych w portalu Nasza-klasa.pl.⁴¹⁹

Uregulowanie kwestii odpowiedzialności *intermediary service providers* było spowodowane wieloma przyczynami. Przede wszystkim poszkodowani często kierowali swe roszczenia do usługodawców będących na lepszej ekonomicznej pozycji (mających większą „zdolność płatniczą”⁴²⁰) niż dostawcy treści (ang. *content providers*).⁴²¹ Występowanie przeciwko usługodawcom spowodowane było również tym, że osoby umieszczające bezprawne treści w Internecie w wielu przypadkach pozostawały anonimowe, co skutecznie uniemożliwiało ich identyfikację. Wysokość odszkodowań, których poszkodowani domagali się na drodze sądowej od usługodawców usług świadczonych drogą elektroniczną, stanowiła znaczne zagrożenie dla dalszego rozwoju transakcji zawieranych w obrocie elektronicznym.⁴²²

Założeniem, które towarzyszyło uregulowaniu w szczególny sposób odpowiedzialności usługodawcy, był częsty brak jego wiedzy na temat informacji, które przesyła lub przechowuje oraz kontroli nad nimi (przede wszystkim ze względu na ich ogromną ilość), a tym samym brak wpływu na umieszczanie określonych treści w Internecie.⁴²³ X. Konarski zauważa, że działalność tego typu podmiotów ma „charakter automatyczny i pasywny”.⁴²⁴

Ustawodawca europejski, a w ślad za nim również i polski, zdecydował się na uregulowanie omawianej kwestii w oparciu o tzw. **model horyzontalny**⁴²⁵, polegający na wyłączeniu odpowiedzialności (stworzeniu tzw. „wysp bezkarności”⁴²⁶) pod warunkiem spełnienia określonych w ustawie przesłanek, bez względu na akt prawny, którego przepisy

⁴¹⁸P. Wagłowski, *O tym, że Sąd Apelacyjny potwierdził odpowiedzialność NK za naruszenie dóbr osobistych*, artykuł opublikowany na stronie <http://prawo.vagla.pl/node/8890> (data dostępu: 28.03.2010).

⁴¹⁹Por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, sygn. I ACa 1202/09, uzasadnienie wyroku dostępne na stronie <http://prawo.vagla.pl/node/8975> (data dostępu: 28.03.2010).

⁴²⁰Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 88.

⁴²¹Tego typu zjawisko zostało nazwane w literaturze „sięganiem do głębszej kieszeni”; Por. A. Kuczerawy, *Odpowiedzialność dostawcy usług internetowych*, PME, dodatek do MoP 2007, nr 4, s. 12.

⁴²²Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 124 oraz I. Olesiuk, *Ochrona dobrego imienia w Internecie (Na tle orzecznictwa i doktryny USA)*, PiP 2005, nr 11, s. 70.

⁴²³Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Ja tu tylko przesyłam. Odpowiedzialność za rozpowszechnianie treści sprzecznych z prawem*, Rzeczpospolita, 31 sierpnia 1999 r. oraz X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 121.

⁴²⁴X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 121.

⁴²⁵Alternatywnym model jest tzw. **model wertykalny**, polegający na wyłączeniu odpowiedzialności dotyczącej przepisów określonej ustawy, na który zdecydował się z kolei ustawodawca amerykański uchwalając ustawę *Digital Millennium Copyright Act* z 1998 r.

⁴²⁶Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Świadczenie usług drogą elektroniczną – nowa rzeczywistość dla prawników*, RP 2002, nr 4-5, s. 71.

zostały naruszone. Zwolnienie może więc dotyczyć równie dobrze odpowiedzialności cywilnej, administracyjnej, jak i karnej, związanej z naruszeniem przykładowo praw autorskich, reguł konkurencji czy dóbr osobistych.⁴²⁷ W literaturze zagranicznej podkreśla się, że wyłącznie odpowiedzialności *intermediary service providers* obejmuje również przesyłanie spamu przy wykorzystaniu ich urządzeń (przy spełnieniu przesłanek zawartych w art. 12-15 dyrektywy 2000/31/WE).⁴²⁸

Podkreślić warto, że spełnienie wszystkich przesłanek przewidzianych w którychś z przepisów uśude (art. 12, 13 czy 14) powoduje, że poszkodowani nie mogą kierować żadnych roszczeń (odnoszących się do przechowywania, przetwarzania czy udostępniania określonych informacji) wobec usługodawcy.⁴²⁹ Z kolei niespełnienie którejkolwiek z nich nie przesądza jeszcze samo przez się o tym, że usługodawca będzie ponosił odpowiedzialność. Musi bowiem wystąpić ponadto naruszenie aktu prawnego przewidującego odpowiedzialność określonego rodzaju.⁴³⁰

W literaturze wskazuje się, że środki prawne, które zostały przyjęte w dyrektywie 2000/31/WE oraz w uśude, nie są jedynym sposobem regulacji zagadnienia rozpowszechniania bezprawnych treści w Internecie. Jako inne (alternatywne lub dodatkowe) możliwości podaje się przykładowo kodeksy deontologiczne (ang. *codes of conduct*) opracowywane przez usługodawców, *rating systems* i *filtering systems* (oprogramowania pozwalające na filtrowanie treści rozpowszechnianych w sieci), różnego rodzaju systemy weryfikacji osób (np. poprzez wymóg podania numeru karty kredytowej) oraz tzw. *hotlines* (gorące linie, które pozwalają na powiadamianie usługodawców o zauważonych nieprawidłowościach w celu ich usunięcia).⁴³¹

A) Mere conduit

Usługa zwykłego przesyłu (informacji) jest obarczona stosunkowo najmniejszym „ryzykiem”.⁴³² Uregulowana została w **art. 12** uśude, zgodnie z którym „usługodawca, który świadczy usługi drogą elektroniczną obejmujące transmisję w sieci telekomunikacyjnej

⁴²⁷Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 124 i n. oraz P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 213.

⁴²⁸Por. P. J. Kozyris, *General Report...*, op. cit., s. 5.

⁴²⁹Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 214.

⁴³⁰Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 126.

⁴³¹Por. Ibidem, s. 129-130.

⁴³²Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 90.

danych przekazywanych przez odbiorcę usługi⁴³³ lub zapewnienie dostępu do sieci telekomunikacyjnej⁴³⁴ w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, nie ponosi odpowiedzialności za treść tych danych”. Wyłączenie odpowiedzialności zostało obwarowane następującymi warunkami:

- a) usługodawca **nie może być inicjatorem** przekazu danych (nie może podejmować decyzji o rozpoczęciu transmisji⁴³⁵),
- b) usługodawca **nie wybiera odbiorcy** przekazu danych,
- c) usługodawca **nie wybiera oraz nie modyfikuje**⁴³⁶ **informacji** zawartych w przekazie (nie występuje naruszenie integralności danych⁴³⁷).

Dyrektywa o handlu elektronicznym w pkt 43 preambuły stanowi, że „usługodawca może korzystać z wyłączenia dla <<zwykłego przekazu>> oraz dla <<cachingu>>, jeżeli nie jest on związany z przekazywaną informacją; wymaga to między innymi, aby nie modyfikował on informacji, które przekazuje; wymaganie to nie obejmuje czynności o charakterze technicznym, które mają miejsce podczas przekazu, jeśli nie wpływają one na integralność informacji zawartej w przekazie”.

Mere conduit polega więc na pasywnym udziale w przesyle danych (usługodawca nie decyduje ani o odbiorcy przekazu, ani o treści przekazu). Zwolnienie z odpowiedzialności na tej podstawie będzie dotyczyć przede wszystkim przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Zakresem powyższej regulacji objęty jest również podmiot, który przesyła na określone adresy *e-mailowe* z listy *mailingowej* pocztę elektroniczną o dostarczonej treści, nie ingerując w nią.⁴³⁸

Na mocy ust. 2 art. 12 uśude odpowiedzialność usługodawcy jest wyłączona także w sytuacji, gdy przechowywanie i transmitowanie danych jest „automatyczne i krótkotrwałe”, a ponadto, „jeżeli działanie to ma wyłącznie na celu przeprowadzenie transmisji, a dane nie są przechowywane dłużej, niż jest to w zwykłych warunkach konieczne dla zrealizowania

⁴³³Tzw. *transmission in a communication network*; Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 90.

⁴³⁴Tzw. *provision of access to a communication network*; Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 90.

⁴³⁵Usługodawca nie będzie inicjował transmisji np. w sytuacji, gdy będzie ją wykonywał na życzenie usługobiorcy; Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 131.

⁴³⁶Przykładem modyfikacji informacji jest dodanie przez usługodawcę swojego logo do przesyłanej wiadomości. Nie będzie nią natomiast modyfikowanie danych o charakterze ściśle technicznym (np. zmiana nagłówka pakietu danych lub automatyczne dzielenie na mniejsze fragmenty komunikatu przesyłanego za pośrednictwem bezpłatnych bramek sms na stronach WWW); Por. Ibidem, s. 132, B. Sołtys i M. Podleś, *Umowy z pośredniczącymi dostawcami usług internetowych*, [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005, s. 162-163 oraz G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 289.

⁴³⁷Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 288.

⁴³⁸Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 129-130.

transmisji”. W doktrynie wskazuje się, że przepis ten odnosi się to tzw. pakietowej transmisji danych w sieciach komputerowych (ang. *packet switching transmission*).⁴³⁹ Jako że przechowywanie danych wiąże się z procesem przesyłu (inaczej niż w przypadku *cachingu* oraz *hostingu*), służąc jedynie jego usprawnieniu, objęcie tej sytuacji wyłączeniem odpowiedzialności ma istotne znaczenie praktyczne.⁴⁴⁰

Dyrektywa o handlu elektronicznym doprecyzowuje (w art. 12 ust. 2) okoliczności przechowywania danych w przypadku ich pakietowej transmisji. Musi być ono: automatyczne (dokonane bez udziału człowieka), pośrednie (w związku z transmisją) i krótkotrwałe (w ograniczonym okresie czasu).⁴⁴¹

B) Caching

Caching (nazywany inaczej **buforowaniem** danych) to uregulowana w art. 13 uśude usługa, którą w literaturze definiuje się jako „automatyczne i czasowe pośrednie przechowywanie danych w celu przyspieszenia ponownego do nich dostępu”.⁴⁴²

Art. 13 uśude stanowi, że „nie ponosi odpowiedzialności za przechowywane dane ten, kto transmitując dane oraz zapewniając **automatyczne i krótkotrwałe**⁴⁴³ przechowywanie tych danych w celu przyspieszenia ponownego dostępu do nich na żądanie innego podmiotu: 1) nie modyfikuje danych⁴⁴⁴, 2) posługuje się uznanymi i stosowanymi zwykle w tego rodzaju działalności technikami informatycznymi określającymi parametry techniczne dostępu do danych i ich aktualizowania⁴⁴⁵ oraz 3) nie zakłóca posługiwania się technikami

⁴³⁹Pakietowa transmisja danych w sieciach komputerowych polega na przesyłaniu pakietów danych, które są zapisywane na pośrednim komputerze (routerze) w sposób automatyczny (następuje więc ich reprodukcja), po czym są przekazywane dalej z tego komputera; J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 130.

⁴⁴⁰Por. Ibidem, s. 130.

⁴⁴¹Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 91 oraz X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 132-133.

⁴⁴²Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 218; Por. również D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 92 oraz X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 132.

⁴⁴³Krótkotrwałość jest cechą podstawową *cachingu*, która odróżnia go między innymi od usługi *mirror caching*; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 132.

⁴⁴⁴Na skutek nowelizacji uśude z 2008 r. z treści art. 13 ust. 1 pkt 1 usunięto sformułowanie „nie usuwa”. Uzasadnieniem było stwierdzenie, że pojęcie modyfikacji obejmuje również usuwanie danych; Por. Ibidem, s. 132.

⁴⁴⁵Przesłankę zawartą w art. 13 ust. 1 pkt 2 można wytłumaczyć tak, że warunki dostępu do kopii przechowywanych na *proxy* serwerze muszą być takie same jak warunki dostępu na *remote* serwerze (czyli np. jeśli gdy dana usługa jest odpłatna, dostęp do niej powinien być odpłatny zarówno „u źródła” jak i na *proxy* serwerze); Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 136.

informatycznymi uznanymi i stosowanymi zwykle w tego rodzaju działalności w zakresie zbierania informacji o korzystaniu ze zgromadzonych danych”.⁴⁴⁶

Założeniem leżącym u podstaw *cachingu* jest przyspieszenie dostępu do danych na skutek zapisywania ich na łatwo dostępnych serwerach lokalnych (tzw. *proxy server*).⁴⁴⁷ Serwery *proxy* umożliwiają przesyłanie pakietów między siecią wewnętrzną a zewnętrzną (np. Internetem).⁴⁴⁸ Jak twierdzi J. Gołaczyński, dzięki tej usłudze „dane pozyskane z odległego serwera (tzw. *remote server*) i zapisane na pewien czas na bliższym serwerze mogą być ponownie wykorzystane bez potrzeby ponownego pozyskiwania ich z dalszego serwera”.⁴⁴⁹ Istota *cachingu* tkwi więc w tym, by raz „ściągnięte” z *remote* serwera informacje nie musiały być ponownie stamtąd transmitowane, gdy ktoś będzie chciał uzyskać do nich dostęp w ramach sieci wewnętrznej.⁴⁵⁰

Przechowywanie danych w ramach *cachingu* różni się od przechowywania danych przy okazji świadczenia usługi *mere conduit* przede wszystkim okresem tego przechowywania⁴⁵¹ (w przypadku *cachingu* okres przechowywania danych jest zdecydowanie dłuższy od rzeczywiście koniecznego dla dokonania transmisji⁴⁵²) oraz celem, którym w przypadku omawianej aktualnie usługi jest podniesienie efektywności i zwiększenie szybkości funkcjonowania systemu.⁴⁵³

Usługodawca nie ponosi więc odpowiedzialności za przechowywanie danych, które okazały się bezprawne w ramach świadczenia usługi *cachingu*, jeśli spełnia warunki przewidziane w art. 13 ust. 1 pkt 1-3 uśude.

⁴⁴⁶Dla porównania warto przytoczyć nieco odmienną treść art. 13 dyrektywy 2000/31/WE, zgodnie z brzmieniem którego „1. Państwa Członkowskie zapewniają, żeby w przypadku świadczenia usługi społeczeństwa informacyjnego polegającej na transmisji w sieci telekomunikacyjnej informacji przekazanych przez usługobiorcę usługodawca nie był odpowiedzialny z tytułu automatycznego, pośredniego i krótkotrwałego przechowywania tej informacji dokonywanego w celu usprawnienia późniejszej transmisji informacji na żądanie innych usługobiorców pod warunkiem że: a) usługodawca nie modyfikuje informacji; b) usługodawca przestrzega warunków dostępu do informacji; c) usługodawca przestrzega zasad dotyczących aktualizowania informacji, określonych w sposób szeroko uznany i używany w branży; d) usługodawca nie zakłóca dozwolonego posługiwania się technologią, szeroko uznaną i używaną w branży w celu uzyskania danych o korzystaniu z informacji; oraz e) usługodawca niezwłocznie usuwa lub uniemożliwia dostęp do przechowywanych informacji, gdy uzyska wiarygodną wiadomość, że informacje zostały usunięte z początkowego źródła transmisji lub dostęp do nich został uniemożliwiony albo gdy sąd lub organ administracyjny nakazał usunięcie informacji lub uniemożliwienie dostępu do niej. 2. Niniejszy artykuł nie ma wpływu na możliwość wymagania od usługodawcy przez sądy lub organy administracyjne, zgodnie z systemem prawnym Państw Członkowskich, żeby przerwał naruszenia prawa lub im zapobiegł”.

⁴⁴⁷Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 218.

⁴⁴⁸Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 134.

⁴⁴⁹J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 131.

⁴⁵⁰Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 92.

⁴⁵¹Brak jednakże ustawowych regulacji dotyczących czasu przechowywania danych. Oceny należy więc dokonywać w oparciu o okoliczności konkretnego przypadku; Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 219.

⁴⁵²Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 92.

⁴⁵³Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 131.

Ust. 2 art. 13 usude ustanawia dodatkową przesłankę zwolnienia z odpowiedzialności w sytuacji, gdy usługodawca otrzymał wiadomość, że „dane zostały usunięte z początkowego źródła transmisji lub dostęp do nich został uniemożliwiony”, albo „gdy sąd lub inny właściwy organ nakazał usunięcie danych lub uniemożliwienie do nich dostępu”. Wówczas podmiot świadczący usługę *cachingu* (aby nie ponosić odpowiedzialności) musi niezwłocznie usunąć przechowywane dane albo uniemożliwić do nich dostęp.⁴⁵⁴ Jeśli tego nie zrobi, jego odpowiedzialność nie zostanie wyłączona.

W tym miejscu warto przytoczyć treść **pkt 44 preambuły dyrektywy o handlu elektronicznym**, odnoszącego się zarówno do usługi *mere conduit*, jak i do *cachingu*: „Usługodawca, który współpracuje rozmyślnie z jednym ze swoich usługobiorców w celu bezprawnego działania, wykracza poza działalność <<zwykłego przekazu>> lub <<buforowania>> oraz w konsekwencji nie może korzystać z wyłączeń odpowiedzialności przewidzianych dla tego typu działalności”.

C) *Hosting*

Najistotniejszą usługą w kontekście omawiania wyłączenia odpowiedzialności *intermediary service providers* z tytułu naruszenia dóbr osobistych innych podmiotów jest tzw. *hosting*, czyli udostępnianie pamięci podłączonych do sieci serwerów (tzw. *host* serwerów) w celu przechowywania i udostępniania⁴⁵⁵ różnego rodzaju danych, pochodzących od usługobiorców (przede wszystkim stron WWW, ale także np. grup dyskusyjnych).⁴⁵⁶ Wyłączenie odpowiedzialności z tego tytułu ma więc największe praktyczne znaczenie.

Tym, co charakteryzuje *hosting* i wyróżnia go na tle *mere conduit* i *cachingu*, jest tzw. przechowywanie źródłowe (samoistne), czyli z zasady nieograniczone w czasie przechowywanie danych i udostępnianie ich innym podmiotom.⁴⁵⁷

J. Gołaczyński wymienia dwa rodzaje *hostingu*: utrzymywanie materiałów dostarczanych przez jednego usługodawcę (np. witryny internetowe) oraz utrzymywanie

⁴⁵⁴Por. art. 13 ust. 2 usude.

⁴⁵⁵Większość autorów twierdzi, że *hosting* dotyczy operacji przechowywania i udostępniania danych; Por. P. Litwiński, *Hosting danych osobowych. Zagadnienia podstawowe*, MoP 2008, nr 23, s. 1257 i n. oraz M. Jackowski, *Hosting – operacje na danych objęte wyłączeniem odpowiedzialności – polemika*, MoP 2009, nr 24, s. 1333 i n.; Są jednak i tacy którzy uważają, że nie dotyczy on operacji udostępniania danych; Por. P. Sadowski, *Wyłączenie odpowiedzialności przy świadczeniu usług hostingu – polemika*, MoP 2009, nr 16, s. 884 i n.

⁴⁵⁶Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 219.

⁴⁵⁷Por. Ibidem, s. 220.

materiałów pochodzących od wielu usługodawców (np. materiały z grup dyskusyjnych).⁴⁵⁸ P. Podrecki wyróżnia z kolei *website hosting* (polegający na udostępnianiu miejsca na serwerze) oraz *website housing* (polegający na wspieraniu klienta).⁴⁵⁹

Przed uregulowaniem zasad wyłączenia odpowiedzialności pośredniczących usługodawców przez dyrektywę 2000/31/WE świadczenie usług *hostingu* w dużym stopniu narażało ich na ponoszenie odpowiedzialności za udostępniane informacje. W państwach członkowskich UE sądy często uznawały⁴⁶⁰, że podmiot, który świadczy tego typu usługi, udostępniając w ich ramach określone treści (pochodzące faktycznie od kogoś innego), powinien odpowiadać między innymi z tytułu naruszenia dóbr osobistych innych osób.⁴⁶¹

Tym samym zdecydowano się uregulować przesłanki wyłączenia odpowiedzialności usługodawców świadczących takie usługi w art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym⁴⁶² (dokonano w nim rozróżnienia na odpowiedzialność karną i cywilną). Jego odpowiednik w polskim porządku prawnym stanowi **art. 14** uśude, zgodnie z którym „nie ponosi odpowiedzialności za przechowywane dane ten, kto udostępniając zasoby systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorcę, **nie wie** o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności, a w razie otrzymania urzędowego zawiadomienia⁴⁶³ lub uzyskania wiarygodnej wiadomości⁴⁶⁴ o bezprawnym

⁴⁵⁸J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 133.

⁴⁵⁹P. Podrecki, *Podział i rodzaje umów zawieranych w Internecie*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 57-58.

⁴⁶⁰Jako przykład można przytoczyć wyrok w sprawie *Godfrey v. Demon* wydany przez sąd brytyjski w 1999 r., w którym zasądzono na rzecz powoda od pozwanego, który prowadził serwis internetowy grup dyskusyjnych, 230 tys. GBP tytułem zadośćuczynienia za zniesławienie, którego dopuściła się osoba trzecia poprzez zamieszczenie treści naruszających dobre imię powoda z wykorzystaniem tychże grup dyskusyjnych; Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 220.

⁴⁶¹Por. *Ibidem*, s. 220.

⁴⁶²Art. 14 dyrektywy 2000/31/WE brzmi następująco: „1. Państwa Członkowskie zapewniają, żeby w przypadku świadczenia usługi społeczeństwa informacyjnego polegającej na przechowywaniu informacji przekazanych przez usługobiorcę usługodawca nie był odpowiedzialny za informacje przechowywane na żądanie usługobiorcy, pod warunkiem że: a) usługodawca nie ma wiarygodnych wiadomości o bezprawnym charakterze działalności lub informacji, a w odniesieniu do roszczeń odszkodowawczych — nie wie o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności; lub b) usługodawca podejmuje niezwłocznie odpowiednie działania w celu usunięcia lub uniemożliwienia dostępu do informacji, gdy uzyska takie wiadomości lub zostanie o nich powiadomiony. 2. Ustęp 1 nie ma zastosowania, jeżeli usługobiorca działa z upoważnienia albo pod kontrolą usługodawcy. 3. Niniejszy artykuł nie ma wpływu na możliwość wymagania od usługodawcy przez sądy lub organy administracyjne, zgodnie z systemem prawnym Państw Członkowskich, żeby przerwał on naruszenia prawa lub im zapobiegł oraz nie ma wpływu na możliwość ustanowienia procedur regulujących usuwanie lub uniemożliwienie dostępu do tych informacji przez Państwa Członkowskie”.

⁴⁶³Jako przykład urzędowego zawiadomienia X. Konarski podaje odpis postanowienia zabezpieczającego w sprawie o naruszenie praw autorskich; Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 141.

⁴⁶⁴Wiadomość może pochodzić nie tylko od osoby, której prawa zostały naruszone bądź zagrożone, ale też od osób trzecich; Por. X. Konarski, *Ibidem*, s. 141; G. J. Pacek twierdzi, że aby wiadomość została uznana za wiarygodną „musi pochodzić od osoby zasługującej na zaufanie (najlepiej samego poszkodowanego), a jednocześnie musi przedstawiać fakt dokonania określonego naruszenia w sposób precyzyjny, czy wręcz pewny”; G. J. Pacek, *Wybrane zagadnienia...*, op. cit., s. 21.

charakterze danych lub związanej z nimi działalności **niezwłocznie uniemożliwi dostęp** do tych danych”.

Podkreślenia wymaga fakt, że wyłączenie odpowiedzialności usługodawców, którzy świadczą usługi *hostingu*, jest znacznie szersze w stosunku do wyłączenia odpowiedzialności podmiotów świadczących usługi *mere conduit* lub *cachingu*. Nie mogą oni bowiem po pierwsze posiadać wiedzy w zakresie bezprawności danych lub swoich działań, po drugie zaś, jeśli już taką wiedzę posiadają, są zmuszeni do niezwłocznego uniemożliwienia dostępu do przechowywanych danych. W celu pociągnięcia takiego usługodawcy do odpowiedzialności powód musi więc udowodnić, że wiedział o bezprawności umieszczanych treści. Nie jest to łatwe ze względu na przytaczaną wcześniej treść art. 15 uśude, wyłączającą obowiązek monitorowania sieci.⁴⁶⁵ Zdecydowanie prościej jest natomiast wykazać pozytywną wiedzę usługodawcy, gdy zostanie on poinformowany o naruszeniu prawa przez osoby trzecie.⁴⁶⁶

Podczas gdy ust. 1 art. 14 uśude wyłącza odpowiedzialność usługodawcy względem osób trzecich, ust. 2 i 3 reguluje takie wyłączenie **wobec usługobiorcy** (za szkodę powstałą na skutek uniemożliwienia dostępu do określonych danych). Zgodnie z ich brzmieniem po pierwsze – „usługodawca, który otrzymał urzędowe zawiadomienie o bezprawnym charakterze przechowywanych danych dostarczonych przez usługobiorcę i uniemożliwił dostęp do tych danych, nie ponosi odpowiedzialności względem tego usługobiorcy za szkodę powstałą w wyniku uniemożliwienia dostępu do tych danych” (art. 14 ust. 2 uśude), po drugie zaś – „usługodawca, który uzyskał wiarygodną wiadomość o bezprawnym charakterze przechowywanych danych, nie odpowiada względem tego usługobiorcy za szkodę powstałą w wyniku uniemożliwienia dostępu do tych danych, jeżeli **niezwłocznie zawiadomił usługobiorcę** o zamiarze uniemożliwienia do nich dostępu” (art. 14 ust. 3 uśude).

Trudności związane z zawiadamianiem usługodawcy o bezprawności informacji i dochodzeniem roszczeń z niej wynikających związane są z brakiem uregulowania w polskim porządku prawnym procedury tzw. *notice and takedown*, czyli notyfikacji (m.in. z brakiem określenia formy, w której zawiadomienie powinno nastąpić).⁴⁶⁷ Brak unormowania tej kwestii stwarza również wątpliwości po stronie podmiotu świadczącego usługi *hostingu* w zakresie tego, w jakim stopniu i kiedy notyfikacja wpływa na stan wymaganej od niego w art. 14 uśude wiedzy. Na skutek tego usługodawcy skłaniają się raczej ku usuwaniu lub blokowaniu informacji po uzyskaniu jakiegokolwiek notyfikacji (wcześniej zastrzegając

⁴⁶⁵Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 136.

⁴⁶⁶Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 95.

⁴⁶⁷Nie jest to jednak wada wyłącznie polskiego ustawodawstwa. Spośród państw członkowskich UE tylko Finlandia uregulowała procedurę notyfikacji; Por. J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, op. cit., s. 134.

w umowie z usługobiorcą, że może dojść do takiej sytuacji).⁴⁶⁸ Trwające obecnie prace nad nowelizacją uśude dotyczą również tego zagadnienia.⁴⁶⁹

Można dodać, że zasady odpowiedzialności karnej ustalone w uśude są takie same, jak w dyrektywie 2000/31/WE, natomiast te odnoszące się do odpowiedzialności cywilnej zostały złagodzone (w wyniku dodania wymogu pozytywnej wiedzy usługodawcy⁴⁷⁰).

Wyłączenie odpowiedzialności przewidziane w art. 14 (ust. 1-3) nie znajduje zastosowania, gdy usługodawca przejął kontrolę⁴⁷¹ nad usługobiorcą (por. art. 14 ust. 4 uśude).

Ciekawym przykładem **orzecnictwa** sądów polskich odnoszącego się do tematyki wyłączenia odpowiedzialności pośredniczącego usługodawcy za naruszenie dóbr osobistych osoby trzeciej jest, wspomniany już w tym rozdziale, wyrok w sprawie portalu społecznościowego Nasza-klasa.pl.



Nasza Klasa⁴⁷²

Sprawa dotyczyła fałszywego profilu założonego przed dniem 9 czerwca 2008 r. na portalu Nasza-klasa.pl przez nieznaną osobę.

Cytując uzasadnienie wyroku SA we Wrocławiu: „Nasza-klasa jest portalem społecznościowym, będącym platformą internetową, umożliwiającą użytkownikom nawiązywanie kontaktów, wyszukiwanie znajomych. Administratorem portalu jest spółka Nasza Klasa sp. z o.o. Spółka udostępnia zasoby systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorców-użytkowników portalu Nasza-klasa.pl. W ramach świadczonej bezpłatnie na rzecz użytkowników usługi umożliwia się korzystanie z dysków pamięci komputerowej służących do

⁴⁶⁸Por. D. Kot, *Dyrektywa Unii...*, op. cit., s. 95.

⁴⁶⁹Sformułowano m.in. wstępny projekt definicji wiarygodnej wiadomości, która miałaby brzmieć następująco: „Wiarygodna wiadomość to wiadomość zawierająca elementy wskazane poniżej i przesłana na adres usługodawcy wskazany w art. 5 ust. 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną”, przy czym elementami wiarygodnej wiadomości byłyby: określenie wnioskodawcy składającego żądanie wraz z podaniem danych kontaktowych, podpis wnioskodawcy, wskazanie treści, do których prawa są naruszane, wskazanie treści, które naruszają prawo, wskazanie podstawy faktycznej oraz określenie wnioskodawcy. Poczyniono również wstępne założenia w kwestii postępowania w przypadku braków formalnych oraz w kwestii sprzeciwu usługobiorcy; Informacja ze spotkania grupy roboczej dot. procedury *notice and takedown* z dnia 29 września 2009 r. dostępna jest na stronie

http://www.ms.gov.pl/portal/pl/582/7933/Informacja_ze_spotkania_grupy_robotczej_dot_procedury_notice_and_takedown.html (data dostępu: 29.03.2010).

⁴⁷⁰W dyrektywie o handlu zagranicznym przewidziano, że wystarczy sama świadomość usługodawcy odnośnie bezprawności przechowywanych danych; Por. P. Litwiński, *Świadczenie usług...*, op. cit., s. 221.

⁴⁷¹Zgodnie z Ustawą z dnia 16 lutego 2007 r. (DzU z 2007 r., nr 50, poz. 331) o ochronie konkurencji i konsumentów przejęcie kontroli oznacza „wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców”; Por. art. 4 uokik.

⁴⁷²Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, sygn. I A Ca 1202/09, uzasadnienie wyroku dostępne na stronie <http://prawo.vagla.pl/node/8975> (data dostępu: 30.03.2010).

gromadzenia danych udostępnianych w sieci Internet osobom trzecim. Użytkownik otrzymuje do dyspozycji określoną ilość miejsca na dysku wirtualnego serwera, który jest oznaczony jego adresem domenowym”. Nasza Klasa sp. z o.o. świadczy więc usługi hostingowe.

Falszywy profil zawierał zdjęcia, dane osobowe (prawdziwe i nieprawdziwe) oraz inne informacje (w dużej mierze obraźliwe) na temat powoda, będącego rozpoznawalną osobą w lokalnej społeczności. Ponadto z profilu rozsyłane były obraźliwe komentarze do innych użytkowników. Profil został założony bez wiedzy i woli powoda. Powód i jego żona interweniowali od 9 czerwca 2008 r. Falszywy profil został usunięty przez Naszą Klasę jednak dopiero 18 lipca 2008 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu orzekł, że po pierwsze treści zawarte w fałszywym profilu naruszały dobra osobiste (cześć, dobre imię) powoda, a po drugie, że spółka Nasza Klasa jako administrator portalu Nasza-klasa.pl ponosi odpowiedzialność za bezprawne naruszenie dóbr osobistych powoda, jako że nie usunęła fałszywego profilu niezwłocznie po otrzymaniu wiarygodnej wiadomości. Nakazał tym samym umieszczenie na łamach portalu Nasza-klasa.pl oraz w tygodniku „7dnigryfina” przeprosin o określonej treści oraz zasądził na rzecz powoda kwotę 5000 zł zadośćuczynienia.

Spółka Nasza Klasa wniosła apelację, którą jednak Sąd Apelacyjny we Wrocławiu oddalił, uznając ją za bezzasadną i potwierdzając tym samym wyrok Sądu Okręgowego.

Mec. Piotr Szeja z kancelarii Goldstein reprezentujący powoda skomentował na łamach Gazety Wyborczej wyrok następującymi słowami: „Wyrok Sądu Apelacyjnego pokazuje, że polskie prawo chroni dobra osobiste także w cyberprzestrzeni, a osoba, której cześć i dobre imię zostało przez tubę Internetu naruszone, skutecznie może dochodzić swoich praw także względem operatora serwisu”.⁴⁷³

3.7. Podsumowanie

Specyfika Internetu jako przedmiotu regulacji prawnych wynika przede wszystkim z jego globalności, która sprawia, że często trudne lub nawet niemożliwe jest określenie kręgu odbiorców naruszeń dóbr osobistych (dokonanych za jego pośrednictwem). Również wszystkie pozostałe cechy, które wymienia M. Collins⁴⁷⁴, sprawiają, że **naruszenia dóbr osobistych w Internecie odróżniają się znacznie od tych spotykanych w tradycyjnym obrocie prawnym.**

W związku z powyższym w doktrynie toczy się dyskusja na temat tego, czy w dobie Internetu niezbędne jest stworzenie odrębnej regulacji dotyczącej naruszeń dóbr osobistych w sieci⁴⁷⁵, czy może wystarczające są istniejące unormowania, dostosowywane do nowych

⁴⁷³Wypowiedź Mec. Piotra Szeji dla Gazety Wyborczej; Za: K. Lubiniecka, *Portal Nasza-klasa.pl został skazany prawomocnie*, Gazeta Wyborcza Wrocław z dnia 15.01.2010 r., artykuł dostępny na stronie http://wroclaw.gazeta.pl/wroclaw/1,35768,7459643,Portal_Nasza_klasa_pl_zostal_skazany_prawomocnie.html (data dostępu: 30.03.2010 r.).

⁴⁷⁴Por. podrozdział 3.1. niniejszej pracy.

⁴⁷⁵Ku tej opcji skłania się m.in. A. Wojciechowska; Por. A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 359 oraz P. Wąglowski, *Naruszenie dóbr osobistych w Internecie i ich cywilnoprawna ochrona na podstawie Kodeksu cywilnego*, praca magisterska napisana pod kierunkiem M.Safjana, Warszawa 1999, s. 72; praca dostępna na stronie http://prawo.vagla.pl/files/mgr_p_waglowski.pdf (data dostępu: 08.04.2010).

realiów dzięki ewoluującej wykładni sądowej. Nie wiadomo jeszcze, co będzie owocem tej debaty, jednak pewnym jest, że na dzień dzisiejszy „nie istnieje międzynarodowy akt prawny wprost odnoszący się do ochrony dóbr osobistych w Internecie i kompleksowo ujmujący tę ochronę”.⁴⁷⁶

Przeszkody w wypracowaniu szczególnej regulacji dóbr osobistych na potrzeby obrotu elektronicznego wynikają w dużej mierze z globalności Internetu i szerszego problemu, jakim jest stworzenie jego ram prawnych na poziomie światowym. Jak wielokrotnie było sygnalizowane w niniejszym opracowaniu, od kilku lat trwają dyskusje i prace nad stworzeniem ponadnarodowych regulacji obejmujących zagadnienie Internetu. Do tej pory największe zasługi na tym polu należy przypisać Unii Europejskiej. Jednakże europejskie akty prawne, jeżeli w ogóle odnoszą się do zagadnienia dóbr osobistych, robią to niejako przy okazji realizacji odmiennych celów (np. Dyrektywa 95/46/WE w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych).

Z pewnością nie można spodziewać się szybkiego opracowania światowych (czy też quasi-swiatowych) norm odnoszących się do dóbr osobistych. Bariera jest chociażby katalog dóbr osobistych, który jest różny w poszczególnych krajach. Jednak, jak słusznie twierdzi P. Wagłowski, „bez jednolitych, międzynarodowych standardów ochrona dóbr osobistych w Internecie nie jest możliwa”.⁴⁷⁷

W polskim porządku prawnym zagadnienie dóbr osobistych regulują Konstytucja, Kodeks cywilny oraz szczegółowe ustawy (np. Prawo prasowe, uodo, uśude, Prawo telekomunikacyjne).

W tym miejscu raz jeszcze **pozytywnie należy ocenić art. 11 uśude**, na mocy którego w kwestiach nieuregulowanych w ustawie zastosowanie znajdą odpowiednie postanowienia zawarte w KC. Takie sformułowanie przepisu pozwala na korzystanie z wszechstronnej ochrony dóbr osobistych, które mogą zostać naruszone w Internecie. Ponadto istnienie art. 11 uśude w pełni uzasadnia rozważania dotyczące przesyłania niezamówionej informacji handlowej czy też *spammingu* w kontekście naruszeń dóbr osobistych.⁴⁷⁸

Warto zauważyć, że akty prawne, które odnoszą się bezpośrednio do obrotu elektronicznego (np. uśude), koncentrują się na zagadnieniu danych osobowych. Relacja pojęcia dóbr osobistych do pojęcia danych osobowych była i jest szeroko dyskutowana

⁴⁷⁶A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 367-368.

⁴⁷⁷P. Wagłowski, *Naruszenie dóbr...*, op. cit., s. 73.

⁴⁷⁸Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 312-313.

w doktrynie. Niektórzy autorzy wymieniają ochronę danych osobowych jako odrębną pozycję w katalogu dóbr osobistych⁴⁷⁹. Większość przedstawicieli nauki nie zgadza się jednak z tym poglądem, twierdząc, że jest ona częścią sfery prywatności.⁴⁸⁰ Bez względu na pogląd na tę kwestię należy stanowczo stwierdzić, że **problematyka danych osobowych jest nierozdzielnie związana z ochroną dóbr osobistych**, szczególnie w kontekście zagrożeń występujących w sieci internetowej (np. wyżej omawianego zjawiska *spammingu*, stosowania przez usługodawców oprogramowań typu *cookies* czy przetwarzania tzw. *traffic data*).

Należy podzielić pogląd A. Wojciechowskiej, zgodnie z którym „internetowa ochrona dóbr osobistych została w zbyt dużym stopniu skoncentrowana na naruszeniach danych osobowych”.⁴⁸¹ Słusznym wydaje się twierdzenie, że nie powinno się ograniczać prac legislacyjnych na poziomie ponadnarodowym tylko do tego wycinka zagadnienia ochrony dóbr osobistych. Wirtualna rzeczywistość wymaga wypracowania **szerszych międzynarodowych regulacji**, m.in. uniwersalnego katalogu chronionych dóbr.

Reasumując, można stwierdzić, że takie zjawiska jak *spamming*, wykorzystywanie *cookies* oraz przetwarzanie *traffic data* stanowią ogromne zagrożenie dla dóbr osobistych usługobiorcy usług świadczonych drogą elektroniczną. Jednakże na dzień dzisiejszy powołanie się przez poszkodowanego na naruszenie konkretnego dobra będzie zależało w dużej mierze od przyjęcia przez sądy szerokiej wykładni poszczególnych dóbr osobistych, które zostały wypracowane na potrzeby tradycyjnego obrotu prawnego.

Przypomnieć również należy, że sprawy dotyczące ochrony dóbr osobistych (szczególnie tych, do których naruszenia dochodzi w obrocie elektronicznym) należą do **bardzo skomplikowanych pod względem dowodowym** (choćby ze względu na niemożność precyzyjnego określenia kręgu odbiorców naruszenia oraz częstą anonimowość naruszcycieli).⁴⁸²

Zdecydowanie pozytywnie ocenić trzeba uregulowanie w uśdzie kwestii odpowiedzialności prawnej usługodawcy pośredniczącego (w tym odpowiedzialności cywilnoprawnej związanej z naruszeniem dóbr osobistych). Zgodnie z nimi podmiot świadczący usługi typu *mere conduit*, *caching* czy *hosting* nie ma, po pierwsze, obowiązku

⁴⁷⁹Por. M. Pazdan, *Dobra osobiste i ich ochrona*, [w:] *Prawo cywilne – część ogólna. System prawa prywatnego. Tom 1*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2007, s. 1119 i n.

⁴⁸⁰Por. A. Mednis, *Ochrona prawa danych osobowych a zagrożenie prywatności – rozwiązania polskie*, [w:] *Ochrona danych osobowych*, pod red. M. Wyrzykowskiego, Warszawa 1999, s. 168 oraz Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 170; J. Barta i R. Markiewicz reprezentują z kolei stanowisko, zgodnie z którym zakresy pojęciowe prawa do prywatności oraz ochrony danych osobowych krzyżują się; Por. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, wyd. 3, Kraków 2004, s. 178-179.

⁴⁸¹A. Wojciechowska, *Naruszenie powszechnych...*, op. cit., s. 396.

⁴⁸²Por. G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy...*, op. cit., s. 308.

kontrolowania treści dostarczanych przez tzw. *content providers* (co byłoby zresztą praktycznie niewykonalne ze względu na ogromny rozmiar zasobów internetowych), a po drugie, nie odpowiada (pod ściśle określonymi warunkami) za ich bezprawność (co zapobiega często spotykanym przez wejściem w życie dyrektywy 2000/31/WE oraz uśude praktykom tzw. „sięgania do głębszej kieszeni”).

Przepisy te uznawane są w doktrynie za jedne z najbardziej innowacyjnych i najlepszych w całej ustawie. Zarówno praktycy, jak i teoretycy prawa przyznają, że znajdują one zastosowanie w życiu codziennym.⁴⁸³ **Istotnym mankamentem rozdziału 3. uśude jest nie zawarcie w nim postanowień odnoszących się do operatorów wyszukiwarek internetowych oraz do twórców katalogów odesłań.** W doktrynie uznaje się to powszechnie za lukę prawną, która wymaga uzupełnienia.⁴⁸⁴ Trwające prace nowelizacyjne dotyczą jednak i tego zagadnienia. Należy ponadto pamiętać o wyroku ETS z 23 marca 2010 r., w którym Trybunał stwierdził, że operatorzy wyszukiwarek internetowych są również objęci regulacją art. 14 uśude.

Negatywnie odnieść się również należy do **nieuregulowania w polskim porządku prawnym procedury *notice and takedown* i stworzenia tym samym stanu niepewności prawnej.** Pozostawienie luki w tej kwestii stawia *intermediary service providers* w trudnej sytuacji i sprawia, że skłaniają się oni ku uniemożliwianiu dostępu do określonych treści po uzyskaniu jakiegokolwiek informacji od osób trzecich (ze względu na brak doprecyzowania przesłanki „wiarygodności” takiej informacji). Taka sytuacja jest z kolei w dużym stopniu problematyczna dla *content providers*, których treści zostają niesłusznie usunięte na skutek tego typu zawiadomienia. Pozostaje wierzyć, że nowelizacja uśude rozwiąże i ten problem.

⁴⁸³Por. W. Wiewiórowski, *Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy świadczącego usługę drogą elektroniczną za niektóre rodzaje usług (uwagi de lege ferenda)*, GSP 2009, tom XXI, s. 200 oraz *Założenia do projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną z dnia 28.01.2010 r.*, s. 3, Dokument dostępny na stronie http://www.bip.mswia.gov.pl/porta1/bip/200/18656/Projekt_zalozen_do_projektu_ustawy_o_zmianie_ustawy_o_swiadczeniu_uslug_droga_el.html (data dostępu: 18.04.2010).

⁴⁸⁴Por. W. Wiewiórowski, *Wyłączenie odpowiedzialności...*, op. cit., s. 206 oraz I. Wróbel, *Instytucjonalno-prawny aspekt promowania handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, PME, dodatek do MoP 2008, nr 16, s. 5.

Zakończenie

Celem niniejszego opracowania było przeprowadzenie cywilnoprawnej analizy istniejących regulacji prawnych odnoszących się (bezpośrednio lub pośrednio) do świadczenia usług drogą elektroniczną, przede wszystkim pod kątem ich zdolności adaptacji do niezwykle dynamicznych zmian zachodzących w obrocie elektronicznym. Analiza ta pozwoliła na wyciągnięcie następujących wniosków:

1. Szybki rozwój obrotu elektronicznego rodzi potrzebę nowych elastycznych regulacji.

Znaczenie handlu elektronicznego i usług świadczonych drogą elektroniczną rośnie wszędzie – na świecie, w Unii Europejskiej i w Polsce. Na wzrost popularności tych zjawisk wpływają zarówno czynniki ekonomiczne, jak i społeczne. Rozważając zmiany, jakie niesie za sobą rozwój nowych technologii, nie należy zapominać, że wirtualna rzeczywistość nie jest alternatywną rzeczywistością. Jest po prostu nowym wymiarem rzeczywistości, jaką znamy. Można się w związku z tym zgodzić z opinią, że duża część obowiązujących regulacji znajdzie bezpośrednie zastosowanie do obrotu elektronicznego. Nie można jednak zaakceptować poglądu uznającego istniejące akty prawne za wystarczające. M. Skory słusznie twierdzi, że „głównym obszarem działania prawa są mechanizmy zachowań społecznych. Udział czynników technicznych w tych zachowaniach nie może być ignorowany, niemniej jego rola nie powinna być też nadmiernie eksponowana”⁴⁸⁵.

Szybki wzrost zainteresowania obrotem elektronicznym, jego specyfika i ilość transakcji w nim zawieranych rodzą konieczność uregulowania w sposób odrębny przynajmniej części zjawisk z nim związanych. Niezbędne jest przy tym uświadomienie sobie interdyscyplinarnego charakteru tego typu zagadnień prawnych. Biorąc pod uwagę tempo zachodzących zmian, nowe akty prawne musi cechować wysoki stopień elastyczności. Punktem wyjścia dla działalności legislacyjnej w tym zakresie powinien być postulat Komisji Europejskiej, zgodnie z którym wszelkie rozwiązania (i to nie tylko prawne, lecz również np. techniczne) dotyczące nowych technologii były *future-proof*, czyli, w wolnym tłumaczeniu, odporne na zmiany zachodzące w przyszłości. Trzeba również pamiętać o tym, że, w celu uniknięcia chaosu legislacyjnego, problemy prawne, które pojawiają się na skutek rozwoju obrotu elektronicznego, wymagają w pierwszym rzędzie precyzyjnej diagnozy. Dopiero po jej dokonaniu można zająć się poszukiwaniem odpowiednich rozwiązań.

⁴⁸⁵ M. Skory, *O potrzebie interdyscyplinarnego podejścia do tak zwanego obrotu elektronicznego*, [w:] *Prawo umów elektronicznych*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Kraków 2006, s. 121.

2. Nowe technologie to nowe metody regulacji.

Cechy charakterystyczne środków komunikacji elektronicznej (w szczególności Internetu) wymuszają na ustawodawcy i innych podmiotach zainteresowanych sprawnym funkcjonowaniem obrotu elektronicznego poszukiwanie nowych metod regulacji. Ustawodawstwo krajowe w zderzeniu z globalnością Internetu z pewnością nie jest wystarczające. Potrzebne są rozwiązania legislacyjne o zasięgu światowym. Wypracowanie konsensusu na arenie międzynarodowej napotyka jednak wiele zrozumiałych trudności. Podejmowane są więc działania na mniejszą skalę. Najbardziej pozytywnie w tym zakresie należy ocenić wypracowanie quasi-światowych ram prawnych obrotu elektronicznego na obszarze Unii Europejskiej. Trzeba jednak pamiętać, że liczba państw członkowskich UE wynosi 27, a liczba wszystkich państw na świecie 192. Świadomość tej dysproporcji prowadzi do wniosku, że dążenia do wypracowania światowych ram prawnych obrotu elektronicznego powinny być wspierane wieloma metodami regulacji jednocześnie. Na dzień dzisiejszy nie wystarczą akty wydawane przez organizacje lub organy międzynarodowe (takie jak organy UE). Trzeba stosować również inne techniki regulacji, takie jak miękkie prawo, koregulacja, autoregulacja, zwyczaj, standaryzacja techniczna, *lex informatica*, regulacja przez „zaniechanie regulacji” oraz konwencje międzynarodowe.

3. Akty prawne dotyczące obrotu elektronicznego nie są pozbawione luk.

W tym roku mija 10 lat od wejście w życie Dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów prawnych usług w ramach społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego, i 7 lat od wejścia w życie Ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (za pomocą której dokonano implementacji dyrektywy ramowej). Tak krótki okres obowiązywania powyższych aktów prawnych sprawia, że ciężko jest oceniać ich skuteczność oraz wpływ na obrót prawny. Na zdecydowanie pozytywną ocenę zasługuje jednak dostrzeżenie przez ustawodawcę wspólnotowego potrzeby uregulowania handlu elektronicznego w osobnym, horyzontalnym akcie prawnym i podjęcie konkretnych działań legislacyjnych w tym zakresie. Podobnie pozytywnie odnieść się należy do tego, że ustawodawca polski również zdecydował się unormować świadczenie usług drogą elektroniczną w odrębnej ustawie. Horyzontalność zagadnień związanych z *e-commerce* powoduje, że uregulowanie ich poprzez dodanie odpowiednich postanowień do już istniejących aktów prawnych byłoby wysoce utrudnione, co więcej, powodowałoby chaos, uniemożliwiający korzystanie z nowych przepisów.

Na wysoce pozytywną ocenę zasługuje zamieszczenie w usude art. 11, który w sprawach nieregulowanych w ustawie odsyła do ogólnych reguł zawartych w Kodeksie cywilnym. Zamieszczenie takiego postanowienia wynika z faktu, że zawarte w KC rozwiązania prawne (a także związane z nimi orzecznictwo oraz poglądy doktryny) są w wielu sytuacjach (np. przy udzielaniu zgody, wykładni czy wadach oświadczeń woli) wystarczające dla określenia konsekwencji prawnych czynności prawnych dokonywanych w obrocie elektronicznym. Nie można jednak odnosić się z aprobatą do zamieszczenia w usude przepisów autonomicznych dotyczących ochrony danych osobowych usługobiorców. Jak zostało wskazane w niniejszej pracy, wielu przedstawicieli doktryny uznaje te postanowienia za „martwe” i zbędne. Tę wadę zdaje się dostrzegać również ustawodawca, o czym świadczy treść *Projektu założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*.

Mimo że to właśnie usude zajmuje szczególne miejsce wśród źródeł prawa obrotu elektronicznego, nie można pomijać innych ustaw krajowych - m.in. Ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne czy też Ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym – które również odgrywają ważną rolę na tym polu. Przypomnieć warto, że to właśnie w ustawie – Prawo telekomunikacyjne ma znaleźć się pierwsza w polskim porządku prawnym ustawowa definicja spamu.⁴⁸⁶

Podsumowując, należy pozytywnie ocenić działalność legislacyjną (zarówno na szczeblu unijnym, jak i w polskim porządku prawnym) w dziedzinie obrotu elektronicznego, której owocem są przede wszystkim dyrektywa o handlu elektronicznym oraz usude. Trzeba, oczywiście, pamiętać o tym, że usude ma jeszcze wiele mankamentów i luk. Taka sytuacja wynika jednak, jak można przypuszczać, z krótkiego okresu obowiązywania wymienionej ustawy. Usude była nowelizowana po raz pierwszy jesienią 2008 roku – Ustawą z dnia 7 listopada 2008 r. o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (DzU, nr 216, poz. 1371). Było to spowodowane koniecznością uzupełnienia implementacji postanowień dyrektywy o handlu elektronicznym do polskiego porządku prawnego (m.in. o zasadę państwa pochodzenia oraz o zasadę swobody świadczenia usług).⁴⁸⁷ Ponowna nowelizacja usude jest związana z potrzebą zmiany redakcji przepisów budzących wątpliwości

⁴⁸⁶ Por. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw z dnia 21 września 2009 r., dostępny na stronie http://bip.mi.gov.pl/pl/bip/projekty_aktow_prawnych/projekty_ustaw/ustawy_telekomunikacja/proj_ust_prawo_telekom_21_09_08 (data dostępu: 07.05.2010).

⁴⁸⁷ Por. W. Wiewiórowski, *Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy świadczącego usługę drogą elektroniczną za niektóre rodzaje usług (uwagi de lege ferenda)*, GSP 2009, t. XXI, s. 201-204.

interpretacyjne, a tym samym z problemami, o których była mowa wcześniej – m.in. z koniecznością zastąpienia pojęcia „informacji handlowa” innym terminem oraz z potrzebą uregulowania procedury *notice and takedown*. Proponowane zmiany powinny wejść w życie z dniem 1 stycznia 2011 r. Trzeba dodać, że nowelizacja uśude jest w istotnym stopniu powiązana z nowelizacją uodo oraz ustawy – Prawo telekomunikacyjne.

4. Istnieje konieczność uporządkowania terminologii.

Pewne trudności przy rozwiązywaniu problemów prawnych dotyczących świadczenia usług drogą elektroniczną może stwarzać posługiwanie się wieloma niedostatecznie doprecyzowanymi pojęciami (których wzajemny stosunek nie jest jasny). Próbę ich definicji zawiera rozdział 1. niniejszej pracy. Mając na uwadze, że uśude definiuje szereg terminów związanych z komunikowaniem się w społeczeństwie informacyjnym, a ponadto, że jest to podstawowy akt prawny w zakresie obrotu elektronicznego, trzeba z pewnością przyjąć, że „ustalone w ustawie znaczenia tych pojęć powinny – co do zasady – być również uwzględnione przy wykładni przepisów innych ustaw regulujących stosunki z dziedziny handlu elektronicznego”⁴⁸⁸. Trzeba jednak zauważyć, że poza pojęciami, których definicje legalne odnaleźć można w dyrektywie 2000/31/WE (np. „usługa społeczeństwa informacyjnego”) czy w uśude (np. „świadczenie usług drogą elektroniczną”), występują również inne, np. „obróć elektroniczny”, „handel elektroniczny” i „umowa elektroniczna”. Objaśnianie tych terminów w drodze ustawowej nie wydaje się właściwe, jednak z pewnością należy postulować wypracowanie ich jednolitej definicji przez orzecznictwo lub doktrynę. Rosnąca ilość orzeczeń dotyczących obrotu elektronicznego, a także bogactwo literatury w tym zakresie pozwala przypuszczać, że w najbliższym czasie wątpliwości terminologiczne zostaną wyjaśnione.

5. Konsumentowi brakuje wiedzy, zaufania i poczucia bezpieczeństwa.

Rozwój obrotu elektronicznego jest uzależniony od zachowań jego uczestników, dlatego raczej mają J. Barta i R. Markiewicz, mówiąc, że: „prawo konsumenckie stanowi (...) istotny segment prawa handlu elektronicznego”⁴⁸⁹. Potrzeba ochrony konsumenta-usługobiorcy usług świadczonych drogą elektroniczną jest oczywista. Można się spierać o jej poziom i o to, czy usługodawca nie powinien być chroniony w tym samym lub nawet w większym stopniu. Nie

⁴⁸⁸ K. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004, s. 7.

⁴⁸⁹ J. Barta, R. Markiewicz, *Wstęp*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, Kraków 2005, s. 9.

ulega jednak wątpliwości, że konsumentowi w starciu z profesjonalistą powinny zawsze przysługiwać pewne mechanizmy obronne. Tak jest w tradycyjnym i tak powinno być w elektronicznym obrocie prawnym. Same regulacje jednak nie wystarczą. Musi im towarzyszyć świadomość konsumenta dotycząca tego, przed czym jest chroniony, kiedy i w jaki sposób.

Dane statystyczne pokazują, że takiej wiedzy brakuje przede wszystkim w transgranicznym obrocie elektronicznym. Większość konsumentów boi się zawierania transgranicznych transakcji ze względu na brak wiedzy dotyczący ochrony prawnej, która mu w takiej sytuacji przysługuje. Zmianie tego stanu rzeczy nie sprzyja nadmiar konsumenckich dyrektyw unijnych. Dlatego pozytywnie należy ocenić działalność legislacyjną zmierzającą do zastąpienia wszystkich obowiązujących w tej materii aktów prawnych jedną dyrektywą o prawach konsumenta. Nowa dyrektywa pozwoli jednak na „posprzątanie bałaganu” wyłącznie na obszarze Unii Europejskiej, tymczasem globalność Internetu wymaga w dłuższej perspektywie opracowania podobnych rozwiązań na skalę światową.

W polskim porządku prawnym z perspektywy ochrony konsumenta na pozytywną ocenę zasługuje wybór przez ustawodawcę modelu *opt-in*, zgodnie z którym możliwość przesłania niezamówionej informacji handlowej usługobiorcy jest uzależniona od uzyskania jego zgody. Takie rozwiązanie z pewnością w większym stopniu chroni konsumenta.

Podsumowując, należy podkreślić, że przełamanie obaw konsumentów związanych z wykorzystywaniem nowych technologii, zrozumienie globalnego charakteru obrotu elektronicznego, a także odpowiednie działania legislacyjne są kluczowymi czynnikami rozwoju handlu elektronicznego.

6. Nowe dobra osobiste – nowe sposoby naruszeń.

Problematyka naruszeń i ochrony dóbr osobistych związana ze świadczeniem usług drogą elektroniczną łączy się z kluczową dla dalszego rozwoju obrotu elektronicznego kwestią zaufania usługobiorców (nie tylko konsumentów). Użytkownik musi zdawać sobie sprawę z tego, które z jego dóbr osobistych i w jaki sposób mogą zostać zagrożone bądź naruszone, oraz z tego, jakie środki ochrony mu przysługują. W obliczu rosnącej popularności korzystania ze środków komunikacji elektronicznej wiedza odnosząca się do stosunków prawnych występujących w tradycyjnym obrocie prawnym nie jest wystarczająca. Tradycyjny katalog dóbr osobistych – częściowo zawarty w art. 23 KC, częściowo wypracowany przez orzecznictwo – wymaga poszerzenia. Nie oznacza to, że na potrzeby obrotu elektronicznego powinien zostać stworzony całkowicie nowy katalog dóbr osobistych, lecz że należy

uzupełnić dotychczasowy o nowe kategorie chronionych dóbr. Jest to możliwe ze względu na koncepcję otwartego katalogu dóbr osobistych przyjętą w polskim systemie prawnym. Przykładem nowej kategorii dobra osobistego, którego potrzeba ochrony powstała na skutek rozwoju nowych technologii, jest tzw. *nick*, czyli nazwa użytkownika serwisu internetowego. Potwierdził to Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 11 marca 2008 r.⁴⁹⁰

Z pewnością takie zjawiska jak *spamming*, przetwarzanie *traffic data* czy wykorzystywanie oprogramowania typu *cookies* – występujące wyłącznie w obrocie elektronicznym – rodzą nowe, poważne zagrożenia, zarówno dla tradycyjnych kategorii dóbr osobistych (takich jak wolność, prywatność, tajemnica korespondencji), jak i dla tych dopiero się pojawiających (takich jak *nick*). Należy się w związku z tym zastanowić również nad tym, czy istniejące środki ochrony (roszczenia majątkowe oraz niemajątkowe) są wystarczające, a jeśli są, to czy korzystanie z nich w obrocie elektronicznym powinno różnić się w jakimś stopniu od korzystania z nich w obrocie tradycyjnym. W tym miejscu po raz kolejny podkreślić należy pozytywną rolę, jaką spełnia zamieszczenie art. 11 w uśude, na skutek którego w sprawach nieregulowanych w ustawie stosuje się ogólne reguły zawarte w Kodeksie cywilnym, a tym samym cały dorobek doktrynalny i orzecznictwo w tym zakresie. Dzięki takiemu postanowieniu za całkowicie uzasadnione należy m.in. uznać rozpatrywanie przesyłania niezamówionej informacji handlowej w kategorii naruszenia dóbr osobistych.

Analizując ramy prawne obrotu elektronicznego pod względem naruszeń dóbr osobistych, nie można pomijać kwestii odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług (*intermediary service providers*). Odpowiedzialność cywilnoprawna z tytułu naruszeń dóbr osobistych nie zawsze spoczywa bowiem na bezpośrednim sprawcy naruszenia, lecz może obarczać także usługodawcę pośredniczącego (np. w sytuacji, w której jego serwis staje się narzędziem naruszenia). Postanowienia zawarte w rozdziale 4. uśude uznawane są za najbardziej nowatorskie i praktyczne. Jednak i w tym zakresie uśude nie jest pozbawiona luk. Brakuje uregulowania odpowiedzialności operatorów wyszukiwarek internetowych oraz odpowiedzialności za tzw. głębokie odesłania (ang. *deep-linking*). Nadzieję na usunięcie tych mankamentów budzi zarówno trwający proces nowelizacji ustawy, jak i aktywność Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

⁴⁹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2008 r., sygn. II CSK 539/07, fragmenty dostępne na stronie <http://prawo.vagla.pl/node/8117> (data dostępu: 09.05.2010).

Podsumowując, warto zauważyć, że wzajemna zależność rosnącego znaczenia obrotu elektronicznego, zmian zachodzących w społeczeństwie oraz zmian w regulacjach prawnych nie podlega wątpliwości. Stosunki prawne zawierane przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej opierają się na odpowiednich aktach prawnych. Z drugiej strony akty te podlegają ciągłej ewolucji, ponieważ prawodawstwo stara się nadążyć za zmieniającą się w bardzo szybkim tempie rzeczywistością. Pojawiają się również zupełnie nowe regulacje, które jeszcze parę lat temu mogłyby wydawać się zbędne, a dziś ciężko wyobrazić sobie sprawnie funkcjonujący bez nich system prawny. Nowa rzeczywistość rodzi nowe potrzeby, które z kolei wymuszają poszukiwanie nowych rozwiązań, również (choć oczywiście nie tylko) prawnych.

Należy podkreślić, że „prawo obrotu elektronicznego” nie jest odrębną dziedziną prawa, lecz czymś, co można określić jako „elektroniczne aspekty wszystkich dziedzin prawa” (stąd też wynika horyzontalny charakter regulacji prawnych w tym zakresie). Dlatego też niniejsza praca, pomimo znacznego przekroczenia zakładanej objętości, zdołała zakreślić jedynie ogólne ramy problematyki świadczenia usług drogą elektroniczną, w tym zagadnień związanych z ochroną konsumenta-usługobiorcy oraz z naruszeniami dóbr osobistych.

Bibliografia

Książki

1. Barta J., Fajgielski P., Markiewicz R., *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, wyd. 3, Kraków 2004.
2. Barta J., Markiewicz R., *Internet a prawo*, Kraków 1998.
3. Barta J., Markiewicz R., *Wstęp*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, Kraków 2005.
4. Czaplński W., Wyrozumsk A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, wyd. 2, Warszawa 2004.
5. Dickie J., *Internet and Electronic Commerce Law in the EU*, Oxford and Portland, Oregon 1999.
6. Dubis W., *Elektroniczne oświadczenia woli*, [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005.
7. Duisberg A., Fritzemeyer W., *Report: Doing E-Commerce in Europe*, New York: Baker and McKenzie 2001.
8. Gołaczyński J., *Umowy elektroniczne – próba definicji*, [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005.
9. Gołaczyński J., *Umowy elektroniczne w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2007.
10. Gołaczyński J., *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Warszawa 2009.
11. Jaroszek A., *Prawo właściwe dla umów konsumenckich zawieranych przez Internet*, Warszawa 2009.
12. Kasprzycki D., *Handel elektroniczny. Etap przedofertowy*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, Kraków 2005.
13. Kasprzycki D., *Komercyjne wykorzystanie poczty elektronicznej oraz inne postaci nieuczciwych zachowań w Internecie*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007.
14. Kasprzycki D., *Spam, czyli niezamawiana komercyjna poczta elektroniczna. Zagadnienia cywilnoprawne*, Kraków 2005.
15. Kilian W., *Umowy elektroniczne w prawie międzynarodowym*, [w:] *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2003.
16. Kocot W., *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004.
17. Konarski X., *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004.
18. Konarski X., *Ochrona konsumenta korzystającego z usług elektronicznych w prawie polskim i Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo umów elektronicznych*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Kraków 2006.
19. Korus K., *Umowy i inne czynności prawne w obrocie elektronicznym*, [w:] *Prawo handlu elektronicznego*, M. Chudzik, A. Frań, A. Grzywacz, K. Korus, M. Spyra, Bydgoszcz, Kraków 2005.
20. Kotler Ph., *Marketing*, 2005.
21. Kowalik-Bańczyk K., *Ochrona przed spamem w prawie Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo umów elektronicznych*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Kraków 2006.
22. Kowalik-Bańczyk K., *Sposoby regulacji handlu elektronicznego w prawie wspólnotowym i międzynarodowym*, Kraków 2006.
23. Kozyris P. J., *General Report*, [w:] *Regulating Internet Abuses. Invasion of Privacy*, Kluwer Law 2007.

24. Kurzępa-Dedo K., *Uprawnienia konsumentów przy zawieraniu umów za pośrednictwem Internetu*, [w:] *Prawne aspekty e-biznesu*, pod red. W. Mendysa, Rzeszów 2005.
25. Lem S., *Cave Internetum*, [w:] *Dziury w całym*, Kraków 1997.
26. Litwiński P., *Ochrona konsumenta w umowach zawieranych przez Internet*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007.
27. Litwiński P., *Ochrona konsumentów w umowach zawieranych na odległość*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty, R. Markiewicza, Kraków 2005.
28. Litwiński P., *Świadczenie usług drogą elektroniczną*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007.
29. Łętowska E., *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004.
30. Łętowska E., *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999.
31. Łętowska E., *Prawo umów konsumenckich*, wyd. 2, Warszawa 2002.
32. Łętowska E., *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów: komentarz*, Warszawa 2000.
33. Malarewicz A., *Konsument a reklama. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2009.
34. Mednis A., *Ochrona prawa danych osobowych a zagrożenie prywatności – rozwiązania polskie*, [w:] *Ochrona danych osobowych*, pod red. M. Wyrzykowskiego, Warszawa 1999.
35. Pazdan M., [w] *Kodeks cywilny, t. I, Komentarz do artykułów 1-449 (11)*, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. 4, Warszawa 2005.
36. Pazdan M., *Dobra osobiste i ich ochrona*, [w:] *Prawo cywilne – część ogólna. System prawa prywatnego. Tom I*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2007.
37. Piątek S., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2005.
38. Podrecki P., *Ochrona konsumentów w umowach zawieranych na odległość*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty, R. Markiewicza, Kraków 2005.
39. Podrecki P., *Podział i rodzaje umów w Internecie*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007.
40. Podrecki P., *Wprowadzenie*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, wyd. 2, Warszawa 2007.
41. Podrecki P., *Zawarcie umowy w sieci Internet*, [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2007.
42. Radwański Z., *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 2005.
43. Radwański Z., *Teorie oświadczeń woli w świetle najnowszych zjawisk społecznych – komunikacji elektronicznej i ochrony konsumentów*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga dedykowana prof. S. Soltysińskiemu*, pod red. A. Nowickiej, Poznań 2005.
44. Rączka G., *Ochrona usługobiorcy usług elektronicznych*, Toruń 2007.
45. Skory M., *O potrzebie interdyscyplinarnego podejścia do tak zwanego obrotu elektronicznego*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, Kraków 2005.
46. Skory M., *Sytuacja konsumenta w umowach elektronicznych*, [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005.
47. Soltys B., Podleś M., *Umowy z pośredniczącymi dostawcami usług internetowych*, [w:] *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005.

48. Stasiak M., *Internet – wyzwanie dla nauki prawa*, [w:] *Internet – problemy prawne*, pod red. R. Skubisza, Lublin 1999.
49. Stosio A., *Umowy zawierane przez Internet*, Warszawa 2002.
50. Streżyńska A., *Ochrona konsumentów w Unii Europejskiej i Polsce*, Warszawa 2000.
51. Szpunar A., *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979.
52. Wąglowski P., *Internet a dobra osobiste człowieka*, [w:] *Internet – fenomen społeczeństwa informacyjnego*, pod red. T. Zasępy, Częstochowa 2001.
53. Woch E., *Sfera życia prywatnego i jej ochrona przed naruszeniami w Cyberprzestrzeni*, [w:] *Internet 2000. Prawo – ekonomia – kultura*, pod red. R. Skubisza, Lublin 2000.
54. Wojciechowska A., *Naruszenie powszechnych dóbr osobistych w Internecie*, [w:] *Media a dobra osobiste*, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, Warszawa 2009.
55. Wojciechowska A., *Ochrona prywatności w handlu elektronicznym*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod red. J. Barty, R. Markiewicza, Kraków 2005.
56. Wójcik R., *Świadczenie usług drogą elektroniczną*, [w:] *Prawne aspekty e-biznesu*, pod red. W. Mendysa, Rzeszów 2005.

Artykuły

1. Barta J., Markiewicz R., *Ja tu tylko przesyłam. Odpowiedzialność za rozpowszechnianie treści sprzecznych z prawem*, Rzeczpospolita, 31 sierpnia 1999 r.
2. Barta J., Markiewicz R., *Świadczenie usług drogą elektroniczną – nowa rzeczywistość dla prawników*, RP 2002, nr 4-5.
3. Domagalski M., *Esesy do byłego pracownika naruszały prywatność*, Rzeczpospolita, 5 grudnia 2006 r., nr 283.
4. Drewniak P., *Wybrane problemy regulacji antyspamowych w Polsce*, PME, dodatek do MoP 2007, nr 4.
5. Frań A., *Uwagi do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, TPP 2000, nr 4.
6. Hugenholtz P. B., *Copyright, Contract and Code: What Will Remain of the Public Domain?*, 26 BJIL 77-90, 2000.
7. Jackowski M., *Hosting – operacje na danych objęte wyłączeniem odpowiedzialności – polemika*, MoP 2009, nr 24.
8. Jagielska M., *Umowy zawierane poza lokalem przedsiębiorstwa i na odległość*, MoP 2000, nr 9.
9. Kasprzycki D., *Spam, czyli niezamawiana komercyjna poczta elektroniczna. Zagadnienia cywilnoprawne*, Prace IPWI UJ, 2005, z. 91.
10. Kenig-Witkowska M.M., *Niektóre zagadnienia prawnomiędzynarodowej regulacji Internetu*, PiP 2001, nr 9.
11. Książ A., *Od redakcji*, PNT, 2008, nr 4.
12. Kocot W., *Elektroniczna forma oświadczeń woli*, PPH 2001, nr 3.
13. Kocot W., *Nowe zasady zawierania i wykonywania umów z udziałem konsumentów (II)*, PPH 2000, nr 12.

14. Kocot W., *Ofertowy i negocjacyjny tryb zawarcia umowy w ujęciu znowelizowanych przepisów Kodeksu cywilnego*, PPH 2003, nr 5.
15. Kondrat M., *Regulacje wspólnotowe dotyczące Internetu*, PUE 2000, nr 1-2.
16. Kopff A., *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, SC 1972, t. XX.
17. Kopff A., *Ochrona sfery życia prywatnego jednostki w świetle doktryny i orzecznictwa*, PP 1982, nr 100.
18. Kot D., *Dyrektywa Unii Europejskiej o handlu elektronicznym i jej implikacje dla prawa cywilnego*, KPP 2001, nr 1.
19. Kowalik K., *Umowy w handlu elektronicznym – jurysdykcja i prawo stosowane w Unii Europejskiej*, PiP 2002, nr 10.
20. Krawczyk A., *Ochrona ekonomicznych interesów konsumenta w umowach zawieranych na odległość*, RP 2006, nr 4.
21. Krochmal-Węgrzyn A., *Spam - użycie poczty elektronicznej w celach komercyjnych*, PPH 2005, nr 1.
22. Krupa K., *Internet a dobra osobiste (uwagi o odpowiedzialności za treści na tzw. plotkarskich stronach internetowych)*, GSP 2009, tom XXI.
23. Kuczerawy A., *Odpowiedzialność dostawcy usług internetowych*, PME, dodatek do MoP 2007, nr 4.
24. Kurek J., *Nowe koncepcje ochrony antyspamowej w projekcie ustawy – Prawo telekomunikacyjne*, MoP 2009, nr 17.
25. Lasota K., *Reklama w poczcie elektronicznej w prawie europejskim*, PiP 2002, nr 5.
26. Litwiński P., *Hosting danych osobowych. Zagadnienia podstawowe*, MoP 2008, nr 23.
27. Litwiński P., *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną – nowa regulacja, nowe obowiązki*, Ochrona Informacji, Biuletyn TISM 2000, nr 6-7.
28. Lubiniecka K., *Portal Nasza-klasa.pl został skazany prawomocnie*, Gazeta Wyborcza Wrocław, 15 stycznia 2010 r.
29. Mendis A., *Propozycje zmian prawnych w zakresie zwalczania spamu*, PNT 2008, nr 4.
30. Michalska A., *Spam – przykład naruszania dóbr osobistych czy czyn nieuczciwej konkurencji?*, RP 2003, nr 5.
31. Michalski B., *Ochrona czci – próba rozwiązania*, Jurysta 1994, nr 1.
32. Mikoś M., *SPAM – metody walki i obrony*, PME, dodatek do MoP 2006, nr 2.
33. Młynarska-Sobaczewska A., *Wolność wirtualnej wypowiedzi*, PiP 2008, nr 2.
34. Olesiuk I., *Ochrona dobrego imienia w Internecie (Na tle orzecznictwa i doktryny USA)*, PiP 2005, nr 11.
35. Pacek G. J., *Wybrane zagadnienia związane z odpowiedzialnością dostawców usług hostingowych*, PME, dodatek do MoP 2007, nr 4.
36. Polański P., *A New Approach to Regulating Internet Commerce*, ECLR 2002, nr 9.
37. Polański P., *Problemy z modelem ochrony konsumenta w transakcjach internetowych*, PNT 2008, nr 4.
38. Rączka G., *Informacja handlowa w prawie polskim*, RP 2006, nr 4.
39. Rączka G., *Ochrona konsumentów w usługach świadczonych drogą elektroniczną*, PPH 2005, nr 7.
40. Rączka G., *Prawne aspekty odpowiedzialności accidental spammers*, PPH 2006, nr 9.
41. Rączka G., *Problematyka obrotu elektronicznego w orzecznictwie sądowym*, RP 2007, nr 1.

42. Rączka G., *Zagadnienie dóbr osobistych w świetle ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, RP 2004, nr 4.
43. Sadowski P., *Wylączenie odpowiedzialności przy świadczeniu usług hostingu – polemika*, MoP 2009, nr 16.
44. Safjan M., *Prawo do prywatności a ochrona danych osobowych w społeczeństwie informatycznym*, PiP 2002, nr 6.
45. Srokosz W., *Zawarcie umowy rachunku bankowego on-line*, PB 2001, nr 12.
46. Stone P., *The Treatment of Electronic Contracts and Torts in Private International Law under European Community Legislation*, ICTL 2002, nr 2.
47. Szpringer W., *Wybór prawa właściwego w cyberprzestrzeni na tle harmonizacji prawa umów w Unii Europejskiej*, PPH 2007, nr 12.
48. Wąglowski P., *Inwazja i iluzja: prywatność*, artykuł internetowy.
49. Wąglowski P., *O tym, że Sąd Apelacyjny potwierdził odpowiedzialność NK za naruszenie dóbr osobistych*, artykuł internetowy.
50. Wiewiórowski W., *Wylączenie odpowiedzialności usługodawcy świadczącego usługę drogą elektroniczną za niektóre rodzaje usług (uwagi de lege ferenda)*, GSP 2009, tom XXI.
51. Wojtasik M., *Naruszanie dóbr osobistych w Internecie*, RP 2001, nr 6.
52. Wróbel I., *Instytucjonalno-prawny aspekt promowania handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, PME, dodatek do MoP 2008, nr 16.

Orzecznictwo

1. Wyrok ETS z dnia 23 marca 2010 r. w sprawach połączonych C-236/08 do C-238/08.
2. Wyrok SN z dnia 29 czerwca 1983 r., II CR 160/83, niepublikowane.
3. Wyrok SA w Gdańsku z dnia 29 grudnia 2000 r., I ACa 910/00, OSA 2002, z. 2, poz. 11.
4. Wyrok SA w Warszawie z 2007 r., I ACa 584/06.
5. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 15 stycznia 2010 r., I ACa 1202/09.
6. Wyrok SN z dnia 11 marca 2008 r., II CSK 539/07.

Strony internetowe

1. curia.europa.eu
2. ec.europa.eu
3. nospam-pl.net
4. onas.wp.pl
5. prawo.vagla.pl
6. wroclaw.gazeta.pl
7. www.bip.mi.gov.pl

8. www.bip.mswia.gov.pl
9. www.idate.fr
10. www.internetstats.pl
11. www.mail_abuse.com
12. www.mswia.gov.pl
13. www.privacyinternational.org
14. www.smb.pl
15. www.uncitral.org
16. www.uokik.gov.pl
17. www.time.com
18. www.wirtualnemedi.pl

Pozostałe źródła

1. Dokument Komisji Europejskiej *eEurope: An Information Society for All, Communication on a Commission Initiative for the Special European Council of Lisbon*, 23 and 24 March 2000.
2. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Inicjatywa i2010 – roczne sprawozdanie na temat społeczeństwa informacyjnego (2007)*, sporządzony w dniu 30.03.2007 r. w Brukseli.
3. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw z dnia 21 września 2009 r.
4. *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*, United Nations, New York 1997.
5. Wąglowski P., *Naruszenie dóbr osobistych w Internecie i ich cywilnoprawna ochrona na podstawie Kodeksu cywilnego*, praca magisterska napisana pod kierunkiem M. Safjana, Warszawa 1999.
6. Wiewiórowski W., *Prawna regulacja spamu*, prezentacja przygotowana na potrzeby referatu wygłaszanego na konferencji naukowej zorganizowanej w dniu 14 marca 2006 r. przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta; prezentacja dostępna pod adresem www.uokik.gov.pl/download.php?id=334 (data dostępu: 14.04.2010).
7. *Założenia do projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, z dnia 28.01.2010 r.
8. *Zielona księga w sprawie przeglądu dorobku wspólnotowego w dziedzinie praw konsumenta*, 08.02.2007 r., COM (2006) 744 final.